

# REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA



## DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 25  
Número 1  
Julho/2015 a Dezembro/2015



REVISTA DE DOCTRINA  
E JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL



REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO  
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 25  
Número 1  
Jul./2015 a Dez./2015



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

## **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR** **Comissão de Jurisprudência**

### **Supervisão editorial**

Reginaldo Alves Araújo  
Eduardo Monteiro Pereira

### **Planejamento gráfico**

Luis Carlos dos Reis

### **Capa**

Antonio Simão Neto

### **Diagramação**

Antonio Simão Neto  
Paulo Henrique Tito

### **Ficha catalográfica e Índice de assunto**

Jonniery dos Santos Moreira

---

#### Ficha Catalográfica

---

Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –  
Vol. 25, n. 1 (jul./dez. 2015). – Brasília : Superior Tribunal Militar, 2015-  
v.

Irregular.

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

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

---

CDU 344.1

---

Catálogo na fonte – Seção de Biblioteca

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

#### **Elaboração, distribuição e informações**

Superior Tribunal Militar (STM)

Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento (Didoc)

Setor de Autarquias Sul – Praça dos Tribunais Superiores – Edifício-Sede – 10º Andar

CEP: 70098-900 Brasília-DF

Telefones: (61) 3313-9183/3313-9353/3313-9311

E-mail: didoc@stm.jus.br

---

## **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2015**

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros (*Presidente*)

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira (*Vice-Presidente*)

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

Ministro Dr. José Barroso Filho

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi

Ministro Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo

---

## COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ata da 1ª Sessão Administrativa, de 3/2/2016

Expediente Administrativo nº 5/16, de 3/2/2016

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

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

Ministro Dr. José Barroso Filho *(Membro)*

Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi *(Suplente)*

Secretário da Comissão (Nomeado pelo Ato nº 1.264, de 24/4/2015)

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

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
---------------------------	---

### **DOCTRINA**

“SERENDIPIIDADE” .....	13
Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos	
O JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO: A APLICABILIDADE DOS BENEFÍCIOS DA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM...	19
Alte Esq Carlos Augusto de Sousa	
O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ART. 290 DO CPM .....	55
Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo Dr. Ignácio Kazutomo Sette Silva	

### **JURISPRUDÊNCIA**

#### **APELAÇÃO**

16-77.2009.7.12.0012-AM .....	67
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos	
36-39.2007.7.12.0012-AM.....	94
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva	
37-98.2014.7.01.0201-RJ .....	138
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos	
82-71.2013.7.07.0007-PE .....	151
Relator – Dr. José Coêlho Ferreira	
130-95.2013.7.11.0111-DF .....	158
Relator – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros	
149-58.2014.7.11.0211-DF .....	174
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi	

#### **CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO**

26-83.2015.7.00.0000-DF.....	255
Relator – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa	
43-56.2014.7.00.0000-DF .....	302
Relatora p/ o Acórdão – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	

## **HABEAS CORPUS**

138-52.2015.7.00.0000-RS .....	345
Relator – Dr. Artur Vidigal de Oliveira	
191-33.2015.7.00.0000-DF .....	358
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto	
205-17.2015.7.00.0000-MS .....	365
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo	

## **MANDADO DE SEGURANÇA**

160-13.2015.7.00.0000-RS .....	377
Relator – Dr. José Barroso Filho	
245-96.2015.7.00.0000-RJ .....	385
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes	

<b>ÍNDICE DE ASSUNTO</b> .....	393
--------------------------------	-----

# *Apresentação*

Com a edição do volume 25, nº 1, da *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, agora editada em 2 números, referente aos acórdãos de julho de 2015 a dezembro de 2015 desta Corte, a Comissão de Jurisprudência consolida a meta propugnada de difusão da doutrina e da jurisprudência referentes à Justiça Militar da União (JMU).

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

A seguir relacionamos os artigos que foram colaborações dos Ministros do Superior Tribunal Militar:

- a) “Serendipidade” (Ministro do STM LUIS CARLOS GOMES MATTOS);
- b) “O julgamento de civis pela Justiça Militar da União: a aplicabilidade dos benefícios da legislação penal comum” (Ministro do STM CARLOS AUGUSTO DE SOUSA); e
- c) “O princípio da insignificância e o art. 290 do CPM” (Ministro do STM FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO).

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

***Comissão de Jurisprudência***





---

DOUTRINA



# “SERENDIPIDADE”

**LUIS CARLOS GOMES MATTOS**

General de Exército – Ministro do Superior Tribunal Militar

## 1 INTRODUÇÃO

Com mais de 8,5 milhões de quilômetros quadrados de extensão, o Brasil é o quinto maior país do mundo e o maior da América do Sul. Seu território se estende por cerca de 47% do continente sul-americano, com 23.102 km de fronteiras (7.367 km marítimas e 15.735 km terrestres), limitando-se com dez dos doze países da América do Sul. Além disso, o Brasil detém 2/3 das reservas de energia elétrica do planeta e possui diferentes ecossistemas. A diversidade cultural e étnica também se destaca, tratando-se de um país com população superior a 200 milhões de pessoas.

É fato, porém, que aspectos geopolíticos de uma nação influenciam diretamente a atuação de operadores do direito. As proporções continentais do território brasileiro, embora abriguem tantas riquezas naturais e culturais, muitas vezes dificultam os feitos da Justiça Militar, que precisa atuar nos mais afastados e variados rincões do território nacional.

Assim, o contexto da geopolítica e as particularidades jurídicas de cada país vizinho são fatores que devem ser considerados para aclarar os conflitos entre os direitos e garantias fundamentais e o encontro fortuito de provas no desdobramento de uma ação penal; condicionando, ainda, a aplicação das normas do direito em regiões do mundo de difícil acesso, sobretudo no que tange aos aspectos culturais e religiosos diversos, tamanho, dimensões e abrangências de normas jurídicas divergentes.

É cediço que o instrumento para efetivação do Direito Penal é o Processo Penal. Nesse sentido, o Magistrado, ao proferir uma Sentença Condenatória, tem o dever legal de fundamentar sua decisão, baseado nas provas acostadas nos autos. Todavia, não se pode olvidar que toda produção de provas no processo tem limites balizados pela própria Constituição Federal, não se admitindo, dessa forma, a obtenção de provas por meios ilícitos.

Nesse diapasão, pode ocorrer que, durante uma investigação criminal, sejam encontrados elementos probatórios de outro delito que não aquele inicialmente investigado. É a chamada “serendipidade” (encontro fortuito de provas). No ponto, discute-se a possibilidade ou não de conexão entre os delitos quando se tem um encontro casual de provas, tendo em vista não ser pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário no que tange ao valor a ser dado às provas fortuitamente encontradas no curso de uma investigação.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### a. Aplicação no direito

O termo serendipidade ou serendipismo origina-se da palavra inglesa “serendipity”, criada pelo aristocrata britânico Horace Walpole, em 1754, que significa realizar descobertas de forma acidental, ou seja, descobrir algo que inicialmente não se estava procurando.

O núcleo da Teoria da Serendipidade é a verificação da licitude de uma prova encontrada fortuitamente no curso de uma investigação penal. Nesse caso, parte da doutrina e da jurisprudência entende que essa prova só será válida se houver conexão entre a prova encontrada ao acaso e a que se buscava inicialmente.

O encontro fortuito de provas no processo penal deve ser avaliado à luz da evolução dos direitos fundamentais, em um eventual conflito entre esses institutos. Assim, a teoria da serendipidade não poderá deixar de observar, no que tange aos direitos fundamentais, regras constitucionais de direito processual penal e direito penal.

### b. Validade da Prova

A validade da prova, cerne da serendipidade, estará sempre condicionada à maneira como foi realizado o procedimento investigatório, amparado em fundamentada decisão judicial.

Quando houver desvio de finalidade, a prova não é válida. Não havendo desvio, a prova é válida.

Didaticamente, a jurisprudência considera dois tipos de serendipidade: primeiro grau e segundo grau.

Para boa parte da doutrina, a legítima utilização da prova descoberta fortuitamente somente poderia se dar quando da presença de conexão ou continência em relação ao delito inicialmente investigado, do contrário a sua utilização somente poderia se dar como “notitia criminis”.

Quando, no curso de uma investigação, encontram-se, ao acaso, novas provas que tenham relação direta de conexão (ou continência) com o objeto principal, a prova fortuita passa a ser válida dentro do processo e teremos a serendipidade de 1º grau.

Quando os fatos descobertos ao acaso não guardam relação de conexão ou continência, a prova encontrada fortuitamente deverá ser descartada, servindo apenas como notícia-crime, que iniciará uma nova investigação em torno daquele fato. É a serendipidade de segundo grau.

### c. Óbices para os operadores do direito

Cabe destacar que, mesmo com as recentes reformas na legislação processual penal brasileira, não se tratou expressamente no texto do diploma pro-

cessual sobre o instituto do encontro fortuito de provas. Da mesma forma, o nosso Código de Processo Penal Militar, por suas especificidades e por ser mais antigo, carece ainda mais dessa revisão.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que, no território brasileiro de dimensões continentais e características regionais muito peculiares – como a extensa faixa de fronteira que o separa de uma dezena de países –, a obtenção de provas em uma investigação criminal não é tarefa das mais simples.

No ponto, tem-se que as diligências investigatórias realizadas nos grandes centros da República Federativa do Brasil, onde, na grande maioria dos casos, há uma maior facilidade na disponibilidade de agentes e materiais suficientes para uma boa e regular coleta de provas, não podem ser comparadas com situações semelhantes ocorridas em regiões onde o contexto geográfico, étnico e cultural é demasiadamente diferente e complexo.

Nesse caso, citem-se, como exemplo, algumas localidades situadas na região Amazônica, onde aquelas disponibilidades acima referidas são bastante reduzidas e precárias, e que, não raro, comprometem o resultado satisfatório das diligências realizadas no decorrer de uma investigação criminal.

Assim, pode-se concluir que o cumprimento de uma ordem judicial determinando o encerramento de uma interceptação telefônica legalmente autorizada no bojo de uma diligência de investigação na cidade do Rio de Janeiro (que seria realizada em um curto espaço de tempo, tendo em vista uma maior facilidade dos meios para executá-la), não teria a mesma celeridade se essa mesma ordem judicial ocorresse, por exemplo, na cidade de São Gabriel da Cachoeira-AM, que possui uma extensão territorial superior a dos estados do Rio de Janeiro, Alagoas, Sergipe e Distrito Federal juntos. Acrescentem-se a essa situação as dificuldades de deslocamento nesta região que dista quase mil quilômetros da capital Manaus, tendo como principais meios de transporte utilizados o aéreo e fluvial, e com cerca oitenta por cento de seu território ocupados por terras indígenas.

Nesse contexto, torna-se evidente a necessidade de uma avaliação mais criteriosa e ponderada a ser considerada pelas autoridades judiciárias competentes ao analisar os aspectos da licitude e valoração das provas encontradas fortuitamente, levando em conta esse fator regional o qual, como dito alhures, dificulta sobremaneira as diligências investigatórias e a consequente produção de provas no âmbito da serendipidade.

#### d. Alguns exemplos de Serendipidade

##### 1) Caso de Interceptação Telefônica

Um determinado Tribunal analisou um caso concreto em que foi instaurado um procedimento de interceptação telefônica cujo objeto era um cri-

me punido com reclusão e, no curso dessa interceptação, houve a descoberta de um crime conexo punido com detenção.

Assim, entendeu o Tribunal que houve o encontro fortuito de um crime conexo punido com detenção, podendo a interceptação servir como base para a denúncia relativa ao crime punido com detenção.

## 2) Caso Diretor de Futebol

O dono de um time que alcançou a primeira divisão de futebol estava sendo investigado por envolvimento num rumoroso caso de corrupção na cidade e, durante as interceptações telefônicas, o citado empresário, entre tantas outras revelações, contou que corrompeu o goleiro de uma equipe, dando-lhe grande quantia em dinheiro, para facilitar os gols do seu clube que venceu o jogo e subiu para a primeira divisão. O encontro foi casual porque não se investigava nada a respeito dessa infração.

O juiz do caso negou o pedido do Ministério Público de envio das gravações (clandestinas, porque o escândalo do futebol não estava sob investigação) para a Federação local assim como para o Conselho Superior de Esportes. Sua fundamentação: “a entrega dessas gravações constituiria uma intromissão – indevida – na intimidade e violaria o segredo das comunicações”. O achado foi casual. Investigavam-se os delitos de concussão, fraude e tráfico de influências.

Com eles o “achado” não tem nenhum tipo de conexão, ou seja, a infração encontrada por acaso não está na mesma situação histórica de vida do delito investigado. O fato achado por acaso não tem nenhuma ligação com o fato investigado. Nesse caso, a revelação não tem nenhum valor jurídico e a interceptação telefônica não serve de fonte de prova. Serviria como “notitia criminis”? Não há dúvida. Serve como notícia do crime ou de uma irregularidade.

## 3) Caso Depoimento de Testemunha

Trata-se de uma Denúncia que não foi baseada exclusivamente no Termo de Inquirição de Testemunha, mas também no encontro fortuito de provas consubstanciado nos autos de um Inquérito Policial Militar.

No caso em tela, caracterizou-se a serendipidade de segundo grau. Vale dizer, a investigação realizada no bojo do IPM que descobriu ocasionalmente a existência de um crédito suspeito no valor de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais) na conta-corrente do Clube serviu de notícia-crime para a instauração de novo Inquérito Policial Militar. Essa descoberta foi o que serviu de base para o oferecimento e recebimento da denúncia em face do paciente.

A “notitia criminis”, portanto, configura elemento de informação absolutamente independente do Termo de Inquirição de Testemunha do denunciado.

Assim, foi possível o aproveitamento da descoberta fortuita para a deflagração da persecução penal, embora não conexa ou continente com a investigação originária, como ocorreu nesse caso concreto, quando se iniciou nova investigação à parte para apurar os fatos.

#### 4) Caso Posto de Combustível

Ocorreu no bojo de uma investigação realizada pela Polícia Federal no momento em que se apuravam as ações de organizações criminosas chefiadas por doleiros, os quais se utilizavam de postos de combustíveis para a lavagem de dinheiro.

No curso da investigação, o Ministério Público Federal recolheu elementos que apontavam para a existência de um esquema criminoso de corrupção muito maior envolvendo uma grande estatal.

Nesse caso em especial, a corte suprema do País entendeu que a “descoberta de prova ao acaso” é válida, ainda que não haja conexão ou continência com a investigação, desde que seja legal a interceptação telefônica.

Eis o motivo pelo qual os réus dessa operação responderam por crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, descobertos no curso de uma investigação que tinha por finalidade inicial investigar doleiros.

#### 5) Caso com Contraventor

O caso em tela se desenvolve no decorrer de uma interceptação telefônica realizada para apurar o envolvimento de um empresário em supostos atos ilícitos e de forma fortuita descobriu-se que um determinado Parlamentar também participava do pretense esquema criminoso.

Em decorrência, o advogado do Parlamentar contestou, junto ao Supremo Tribunal Federal, a legalidade da prova, tendo em vista que seu cliente possuía foro privilegiado.

Nesse caso, a interceptação telefônica realizada pela Polícia Federal revelou que, além de conhecer a atuação ilegal do empresário, o Parlamentar também participava do suposto esquema de corrupção, interferindo a favor do empresário em assuntos políticos e obtendo em troca o repasse de dinheiro resultante da exploração do jogo ilegal.

O Supremo Tribunal Federal autorizou a abertura de inquérito para investigar a participação do Parlamentar nos atos delituosos. O relator do processo determinou a quebra de sigilo bancário do Parlamentar e pediu levantamento das emendas parlamentares do político.

Assim, a prova encontrada fortuitamente foi aproveitada como notícia crime para a Suprema Corte iniciar uma investigação contra o Parlamentar, caracterizando, assim, uma Serendipidade de segundo grau.

### 3 CONCLUSÕES

No encontro fortuito de provas, o critério que vai definir a possibilidade de a prova surgida ao acaso ser utilizada no mesmo processo, tratando-se de crimes distintos ou não, é a conexão.

A doutrina majoritária e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, aplicando a Teoria da Serendipidade, aceitam a validade e utilização, no mesmo processo, das provas que inicialmente não estavam sendo procuradas, mas que surgiram ao longo da produção das mesmas, desde que os fatos criminosos sejam conexos, serendipidade de primeiro grau.

No entanto, quando os fatos criminosos não forem conexos, o encontro fortuito de provas vai produzir apenas um efeito: servir como notícia-crime, iniciando uma nova investigação em torno daquele fato. Nesse caso, temos a chamada serendipidade de segundo grau.

Em qualquer caso, a validade das provas obtidas, cerne da serendipidade, somente será considerada mediante prévia autorização judicial, como ocorre com a interceptação telefônica e a busca e apreensão.

Apesar de a prática de uma infração penal despertar a necessidade de uma resposta estatal, isso não poderá ocorrer de forma arbitrária, devendo ser respeitado o devido processo legal, assim como os direitos fundamentais da pessoa humana.

A geopolítica dos países também condiciona a aplicação das normas do direito em regiões de difícil acesso, bem como aspectos culturais e religiosos diversos, tamanho, dimensões e abrangências de normas jurídicas. As fronteiras dos países também são preocupações significativas para os operadores do direito, mediante especificidades diferentes de um e de outro lado das mesmas.

A evolução do moderno sistema jurídico não pode abdicar, em cada país, de criar normas próprias e constitucionalmente aceitas que validem as provas obtidas em encontro fortuito e deem celeridade aos processos.

A rapidez com que ocorrem as mudanças no mundo atual impõe entendimentos corretos e fundamentados com conteúdos jurídicos perfeitamente válidos e que aceitem a serendipidade como um excepcional apoio à decisão.



# O JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO: A APLICABILIDADE DOS BENEFÍCIOS DA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM

CARLOS AUGUSTO DE SOUSA

Almirante de Esquadra – Ministro do Superior Tribunal Militar

## INTRODUÇÃO

O Código Penal Militar tutela os interesses inerentes às atividades militares, via de regra, voltadas para a segurança e defesa da pátria. Isso porque as Forças Armadas representam a função estatal que se destina à preservação do Estado e de sua soberania.

Assim, a defesa da soberania está intimamente vinculada à proteção penal militar eficiente, que viabiliza o regular exercício das atividades militares. Dito de outra forma, a defesa dos interesses anunciados pelo texto constitucional está relacionada diretamente ao Direito Penal Militar, como instrumento destinado à tutela daqueles interesses.

Para a consecução de sua destinação constitucional, as Forças Armadas administram seu efetivo de pessoal (militar e civil), patrimônio e serviços voltados principalmente para o cumprimento de suas respectivas missões. São atividades de largo espectro de fundamental importância para a defesa nacional.

As estatísticas registradas no presente artigo demonstram que tanto os militares quanto os civis podem praticar condutas lesivas a essas atividades e, por isso, podem também se sujeitar aos crimes previstos na legislação castrense.

No entanto, é de se considerar que a tendência mundial aponta para a necessidade de não submeter o civil ao julgamento pelos militares, uma vez que não estão sujeitos aos rigorosos princípios do regime militar.

Um indicativo claro e inequívoco de que essa tendência é compreendida pela Justiça Militar da União está refletido na proposta legislativa, de sua iniciativa, que altera a Lei de Organização da Justiça Militar, para determinar que somente o juiz auditor possa julgar, monocraticamente, o civil acusado da prática de crime militar.

Nesse contexto, surge a questão da aplicabilidade dos benefícios da legislação nos feitos referentes aos crimes militares praticados por civis.

Dentre tais benefícios, destacam-se aqueles que contemplam as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, apuradas por meio de procedimento célere e menos formal que prestigia a composição civil dos danos e a aplicação de medidas alternativas à prisão, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

A discussão ganha especial relevância a partir da alteração legislativa que impede a aplicação daqueles benefícios no âmbito da Justiça Militar, com fundamento nos valores constitucionais que sustentam as atividades particulares das Forças Armadas, que não se coadunam com essa transação.

Aqui reside a principal questão posta à discussão no presente trabalho: por que tais benefícios não poderiam ser aplicados aos civis que praticam crime militar?

Discute-se, portanto, se tal vedação deveria incidir somente sobre os militares, eis que sujeitos à hierarquia e à disciplina, princípios incompatíveis com a conciliação, ou se também devem continuar alcançando os acusados civis, que não estão sujeitos ao regime militar e aos seus consectários.

A discussão envolve, entre outras, a análise das seguintes questões: a disposição legal que impede a aplicação dos benefícios da legislação comum aos crimes militares afronta o princípio da isonomia? A esfera jurisdicional poderia servir de critério determinante para a não incidência dos institutos despenalizadores? O *discrimen* decorre da situação jurídica do agente (militar ou civil) ou da natureza do crime (militar ou comum)?

## 1 A COMPETÊNCIA DA JMU PARA O JULGAMENTO DE CIVIS

### 1.1 HISTÓRICO

O julgamento de civis pela Justiça Militar da União teve o seu marco inicial na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, ano em que aquela Justiça Especializada passou a integrar o Poder Judiciário.

A Carta Magna de 1934 rompeu o paradigma do foro especial para os integrantes das Armas de terra e mar. Até então, tal foro consistia na sujeição apenas daquela categoria de agentes ao Supremo Tribunal Militar e aos Conselhos para “a formação da culpa e julgamento” nas hipóteses dos delitos militares.

Com a mencionada ruptura, a situação do autor do crime como critério de incidência da jurisdição militar deu lugar à primazia da proteção aos bens jurídicos<sup>1</sup>.

Assim, passava a ser processado e julgado perante a Justiça Militar quem violava o bem jurídico protegido pela norma penal castrense, independente da condição que ostentava o suposto agente, se militar ou civil.

Contudo, a extensão do exercício da jurisdição pelos “Juízes e Tribunais Militares” sobre os civis não significava uma atuação irrestrita, mas, ao contrário, estreita e dentro dos limites da Constituição e dos microsistemas jurídicos dela derivados. Nessa linha, a Lei Fundamental de 1934 prenunciava, no art. 84, que:

---

<sup>1</sup> “(...) o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (...) A ideia de bem jurídico fundamenta a intervenção penal legalizada”. (PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp. 52/53).

Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

A redação da competência da Justiça Militar para julgar civis nas hipóteses mencionadas foi perpetrada pelas Constituições dos Estados Unidos do Brasil de 1937 e de 1946, bem como na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, nela permanecendo quando modificada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Tão longa continuidade normativa refletiu os anseios sociais salvaguardados na Lei Fundamental pelo Poder Constituinte.

Nesse panorama, o Poder Legiferante preservou o alinhamento da norma penal militar aos textos constitucionais e, no mesmo sentido, dispôs o Código de Justiça Militar de 1934 (modificado pelo Decreto nº 24.803, de 14 de julho de 1934), o Código de Justiça Militar de 1938 (Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938), o Código Penal Militar de 1944 (Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944) e o de 1969 (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969).

Atualmente, a ordem constitucional mantém a prevalência da proteção ao bem jurídico como elemento definidor da competência da Justiça Militar da União. Note que a Constituição de 1988 dispõe, no seu art. 124, que àquela Justiça compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

A preservação do paradigma correlato ao bem jurídico e a não proibição expressa do julgamento de civis pela Justiça Militar da União no texto constitucional corroboram a recepção do art. 9º, inciso III, do Código Penal Militar em vigor (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969) e a constitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999<sup>2</sup>.

Diante do quadro delineado e do pressuposto de que o Poder Constituinte, por intermédio da elaboração das Constituições, e o Poder Legislativo, pela criação dos tipos penais, adotam intrinsecamente opções de texto que refletem os espíritos e anseios das sociedades, vigentes em cada época<sup>3</sup>, verifica-se uma coerência histórica, axiológica e jurídica no que tange ao julgamento de civis pela Justiça Militar da União.

---

<sup>2</sup> Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:  
(omissis)

§ 7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

<sup>3</sup> PRADO, 2003, *ibid.*, p. 96.

No entanto, resta-nos entender que a uniformidade desses valores e propósitos que norteiam a competência dessa Justiça Especializada demanda atualizações nas suas normas substantivas e adjetivas castrenses. Nesse sentido, é com o desiderato de conjugar o Direito com o progresso social que ora se analisa o tema do julgamento de civis pela Justiça Militar da União.

## 1.2 O JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR EM OUTROS PAÍSES

O fenômeno da jurisdição militar se manifesta de maneira não uniforme quando o analisamos em nível mundial. Ora a jurisdição militar está integrada ao Poder Judiciário, ora configura exceção constitucional à jurisdição una.

Porém, constitui preocupação comum a todos os países dotados de Forças Armadas a necessidade de desenvolver tratamento jurídico especial em relação às questões concernentes à caserna, apto a proteger suas especificidades e, desse modo, promover a soberania nacional.

Uma das dimensões da pluralidade apontada revela-se na escolha política que cada Estado realiza de submeter, ou não, seus civis ao foro castrense em tempo de paz. À guisa de ilustração, convém tecer breves linhas sobre algumas dessas experiências.

De um lado, há os países em que, ordinariamente, os civis não estão sujeitos ao julgamento por uma Justiça Militar. É o caso da Alemanha<sup>4</sup>, Argentina<sup>5</sup>, Bulgária<sup>6</sup>, Colômbia<sup>7</sup>, Dinamarca<sup>8</sup>, Grécia<sup>9</sup>, Inglaterra e País de Gales<sup>10</sup>, Itália<sup>11</sup>, México<sup>12</sup>, Noruega<sup>13</sup>, Paraguai<sup>14</sup>, Portugal<sup>15</sup>, Suécia<sup>16</sup> e Uruguai<sup>17</sup>.

---

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Ley Federal nº 26.394/2008.

<sup>6</sup> Tribunais Especializados - Bulgária. Comissão Europeia <[https://e-justice.europa.eu/content\\_specialised\\_courts-19-bg-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-bg-pt.do?member=1)>. Acesso em: 4 mar. 2016.

<sup>7</sup> Constituição de 1991, art. 213.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Tribunais Especializados - Grécia. Comissão Europeia <[https://e-justice.europa.eu/content\\_specialised\\_courts-19-el-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-el-pt.do?member=1)>. Acesso em: 4 mar. 2016.

<sup>10</sup> Tribunais Especializados - Inglaterra e País de Gales. Comissão Europeia <[https://e-justice.europa.eu/content\\_specialised\\_courts-19-ew-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-ew-pt.do?member=1)>. Acesso em: 4 mar. 2016.

<sup>11</sup> Constituição de 1947, art. 103.

<sup>12</sup> Constituição de 1917, art. 13.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Constituição de 1992, art. 174.

<sup>15</sup> Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997.

<sup>16</sup> FREITAS. Ricardo de Brito A. P. O Sistema Penal Militar nos EUA. In Boletim Científico n. 1 da Escola Superior do Ministério Público da União - outubro/dezembro de 2001 - Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-1-2013-outubro-dezembro-de-2001/o-sistema-penal-militar-nos-eua>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

<sup>17</sup> Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28.

Em relação aos Estados Unidos da América, é de valia o ensinamento do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a Suprema Corte daquele país, analisando uma sentença prolatada por Corte Marcial, que cominava a pena de morte ao civil Lambden P. Milligan, em função de traição ocorrida durante a Guerra Civil, firmou entendimento no sentido de que mesmo um crime ocorrido naquelas extremas condições deveria ser submetido à justiça ordinária, sempre que estivessem em pleno funcionamento suas instituições<sup>18</sup>.

A seu turno, a França enfrenta uma interessante situação dicotômica. Internamente, militares e civis são julgados pela Justiça Comum, uma vez que esse Estado procedeu à extinção de sua Justiça Militar doméstica, que, porém, permanece em pleno funcionamento junto às tropas em operação ou deslocadas em territórios estrangeiros, julgando os militares e, inclusive, os civis que os acompanham, por quaisquer crimes, mesmo aqueles comuns<sup>19</sup>.

A jurisdição militar no Peru é uma exceção à unicidade de jurisdição, prevista pela Constituição, que proíbe, como regra geral, a persecução penal de civis pelos tribunais castrenses. Contudo, a mesma Lei Maior permite que os civis que respondam pelos crimes de terrorismo e traição à Pátria sejam processados perante essa jurisdição especial<sup>20</sup>.

No mesmo sentido, a Constituição Espanhola<sup>21</sup> reconhece a jurisdição militar como exceção à unicidade de jurisdição, restringindo-a, porém, ao escopo estritamente castrense.

O Chile, por sua vez, foi sentenciado recentemente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>22</sup> a proceder à adequação de sua legislação interna, bem como a tomada de medidas necessárias, a fim de impedir que civis sejam julgados por aquela Justiça. Por outro lado, há os Estados em que, ao contrário dos casos anteriormente expostos, os civis são julgados ordinariamente por suas Justiças Militares. Cito, como exemplo, o Chipre<sup>23</sup>, estado

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106.171/AM. Paciente: Joelson Jose Bentes de Oliveira. Min. Celso de Mello, 1º/3/2011. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3983390>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

<sup>19</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

<sup>20</sup> Constituição de 1933, art. 139, I, e art. 173.

<sup>21</sup> Tribunais Ordinários - Espanha. Comissão Europeia <[https://e-justice.europa.eu/content\\_ordinary\\_courts-18-es-maximizeMS-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-es-maximizeMS-pt.do?member=1)>. Acesso em: 4 mar. 2016.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 106.171/AM. Paciente: Joelson Jose Bentes de Oliveira. Min. Celso de Mello, 1º/3/2011.

<sup>23</sup> Tribunais Especializados - Chipre. Comissão Europeia <[https://e-justice.europa.eu/content\\_specialised\\_courts-19-cy-pt.do?member=1](https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-cy-pt.do?member=1)>. Acesso em: 4 mar. 2016.

membro da União Europeia, em que cidadãos civis são processados quando violam dispositivos do Código Penal substantivo castrense, ou mesmo em outras leis, perante uma corte castrense, composta de um juiz-presidente, oriundo do Serviço Judicial da República e dois oficiais do Exército, em escabinato.

De forma semelhante, um civil pode ser levado à jurisdição penal militar venezuelana<sup>24</sup>. O “Código Orgânico de Justicia Militar” é o diploma legal responsável por definir quais são os crimes a serem julgados pela Justiça Castrense, sendo aceito, em sua atual redação, o processamento e julgamento de civis.

A despeito da forte tendência que se apresenta no contexto mundial, no sentido da exclusão do civil da competência da jurisdição militar, cabe asseverar que a Justiça Militar da União brasileira reúne em si as melhores características dos sistemas ora analisados, uma vez que se encontra inserida no âmbito do Poder Judiciário. É uma instituição permanente e atenta aos ditames da ampla defesa, do contraditório e de todos os princípios constitucionais que conferem celeridade ao processamento de seus feitos, sem, com isso, descuidar da proteção dos direitos da sociedade e dos jurisdicionados, tendo no escabinato o equilíbrio necessário para o atingimento dos fins almejados constitucionalmente pela República Federativa.

Não se olvida, entretanto, da necessidade de atualização legislativa desse ramo do judiciário federal. É forçoso reconhecer que, mesmo lidando com diplomas em certa medida carentes de atualização, a Justiça Militar da União cumpre seus magnos propósitos de servir de instrumento de manutenção dos alicerces da caserna e contribuir para a pacificação social. Sendo assim, revela-se a aptidão dessa Justiça especializada de realizar eficazmente a missão a ela atribuída, julgando de maneira imparcial tanto os militares quanto os civis.

### 1.3 OS CRIMES MILITARES PRATICADOS POR CIVIS NO BRASIL

Entre janeiro de 2002 e junho de 2014, o Superior Tribunal Militar realizou um expressivo e criterioso levantamento dos crimes militares processados na primeira instância da Justiça Militar. Denominada de Pesquisa Institucional sobre Condutas Criminosas de Maior Incidência para a Justiça Militar da União (PCCRIM), foi coordenada pelo Centro de Estudos Judiciários da JMU, atual Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da JMU (ENAJUM), constituído de três fases.

---

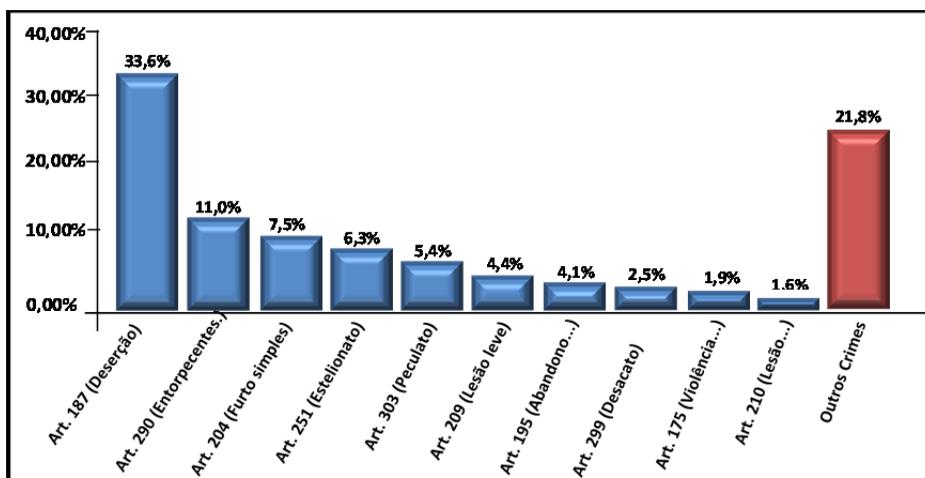
<sup>24</sup> Constituição Federal de 1999, art. 261.

Na primeira fase, já concluída, foi elaborada uma análise quantitativa de dados disponibilizados pela Secretaria Judiciária (SEJUD) e pela Auditoria de Correição, obtidos por intermédio do Sistema de Acompanhamento de Processos da JMU (SAM).

Em sequência, a segunda fase, também concluída, constou de uma pesquisa detalhada junto às Auditorias Militares, com o objetivo de coletar dados constantes dos processos, tais como alegações dos réus, referentes aos quatro principais crimes julgados na JMU, os quais serão detalhados a seguir.

Por fim, a terceira fase consistiria de um levantamento, junto às Forças Armadas, a fim de coletar informações complementares sobre possíveis diretrizes e atuações de cada um dos comandos de Força. Com base nas normas existentes, o intento seria o de contribuir para a prevenção dos crimes de maior incidência. Entretanto, esta fase foi cancelada devido à complexidade e à dificuldade de obtenção e atualização de dados junto às Forças.

Exemplificando, foram apurados, em 2012, os seguintes crimes de maior incidência na Justiça Militar, conforme demonstra a Figura 1 abaixo. Entre esses crimes do Código Penal Militar (CPM), destacam-se os cinco de maior incidência: deserção (art. 187), posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290), furto simples (art. 240), estelionato (art. 251) e peculato (art. 303).

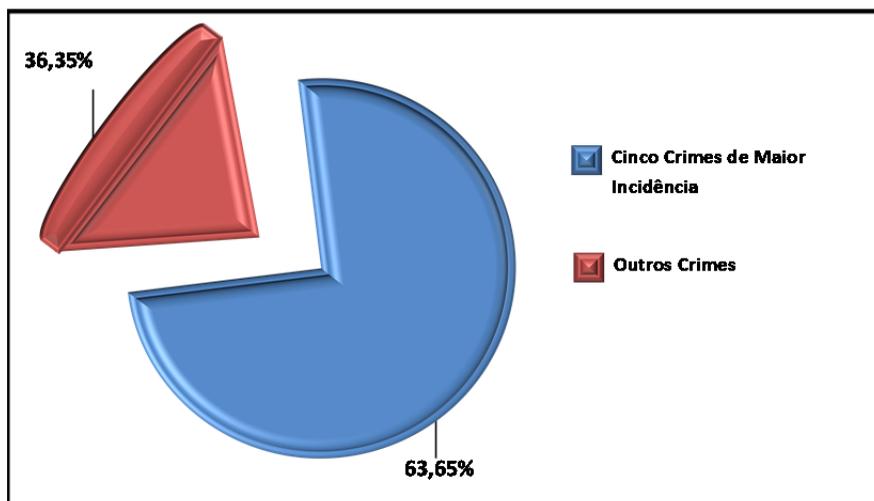


Fonte: Elaboração pelo STM a partir de dados fornecidos pela Auditoria de Correição, mediante o Ofício nº 308, de 25 de junho de 2013.

Figura 1 - Crimes de Maior Incidência na Justiça Militar em 2012.

Os cinco crimes de maior incidência corresponderam a 63,7% dos crimes tipificados.

A Figura 2 a seguir bem representa o notório impacto desses crimes em relação aos demais julgados pela JMU.



Fonte: Elaboração pelo STM a partir de dados fornecidos pela Auditoria de Correição, mediante o Ofício nº 308, de 25 de junho de 2013.

Figura 2 - Representatividade dos Crimes de Maior Incidência na Justiça Militar, em 2012.

Ao final da primeira fase da PCCRIM, após a análise de 12.711 processos (de 2002 a 2012) e de outros 1.849 (de 2013 a junho de 2014), estes por conta de um período complementar, ou seja, após o cruzamento de dados de 14.560 processos coletados na primeira instância da JMU, verificou-se que os quatro crimes de maior incidência mantiveram os seus patamares relativos, que serviram de base para os levantamentos da 2ª Fase da pesquisa.

Os processos dos crimes praticados na JMU foram criteriosamente analisados, entre outros, quanto às Organizações Militares de origem, ao controle de frequência nas instâncias, à tramitação, aos anos de autuação por auditoria, segundo a unidade da federação e a situação do envolvido, seus círculos hierárquicos, faixas etárias, graus de instrução e estado civil.

E por ser objeto específico do presente estudo, realçarei a seguir os crimes militares praticados por civis.

Considerando o período de 2002 a 2012, à exceção do crime de deserção, por ser tipicamente militar, constata-se no Quadro 1 a seguir uma expressiva participação de civis nos crimes militares, em termos quantitativos e percentuais, especialmente nos seguintes tipos penais: estelionato (Art. 251), desacato a militar (Art. 299), apropriação indébita (Art. 248), receptação (Art. 254), falsificação de documentos (Art. 311) e falsidade ideológica (Art. 312).

FORÇA	TIPO PENAL										
	Art. 187 (Deserção)	Art. 251 (Estelionato)	Art. 240 (Furto)	Art. 290 (Tráfico, posse ou uso entorpec...)	Art. 303 (Peculato)	Art. 209 (Lesão leve)	Art. 195 (Abandono de posto)	Art. 210 (Lesão culposa)	Art. 315 (Uso de documento falso)	Art. 299 (Desacato a militar)	Art. 312 (Falsidade ideológica)
Marinha	516	182	128	65	178	89	120	41	74	10	68
Exército	3.405	261	607	930	441	441	190	238	45	26	57
Aeronáutica	513	250	201	92	117	130	246	54	33	15	28
Polícia Militar	0	5	2	0	0	5	0	1	0	2	1
Corpo de Bombeiros	0	1	1	0	0	1	0	1	0	0	0
Civis	48	662	182	89	148	68	45	25	74	161	54
Não informado / Missing	238	599	250	179	132	91	74	53	138	106	68
<b>TOTAL</b>	<b>4.720</b>	<b>1.960</b>	<b>1.371</b>	<b>1.355</b>	<b>1.016</b>	<b>825</b>	<b>675</b>	<b>413</b>	<b>364</b>	<b>320</b>	<b>276</b>

FORÇA	TIPO PENAL						TOTAL
	Art. 311 (Falsidade de documento)	Art. 223 (Ameaça)	Art. 254 (Receptação)	Art. 248 (Apropriação indebita)	Outros	Não informado / Missing	
Marinha	42	29	5	18	536	43	2.123
Exército	57	118	20	31	1.660	107	8.632
Aeronáutica	36	40	16	8	744	33	2.556
Polícia Militar	2	1	4	0	18	1	42
Corpo de Bombeiros	0	0	0	0	5	0	9
Civis	78	27	86	68	694	36	2.555
Não informado / Missing	83	36	99	96	748	65	3.037
<b>TOTAL</b>	<b>279</b>	<b>249</b>	<b>230</b>	<b>221</b>	<b>4.405</b>	<b>284</b>	<b>18.954</b>

Quadro 1 - Total de crimes por tipo penal, segundo a Força Armada do envolvido, 2002-2012.

Com base nesses dados, destaco ainda a proeminência da participação de civis nos seguintes crimes:

- a) Desacato a militar (art. 299) - 50% do total, sendo maior que o triplo do somatório dos quantitativos das três Forças Armadas, para o mesmo delito no mesmo período;
- b) Apropriação indébita (art. 248) - 40% do total, sendo maior que o somatório dos quantitativos das três Forças Armadas, para o mesmo delito no mesmo período;
- c) Receptação (art. 254) - 37% do total, sendo maior que o dobro do somatório dos quantitativos das três Forças Armadas, para o mesmo delito no mesmo período; e
- d) Estelionato (art. 251) - 34% do total, representando praticamente o somatório dos quantitativos das três Forças Armadas, para o mesmo delito no mesmo período.

Cabe sublinhar, de acordo com o Quadro 2 abaixo, o expressivo envolvimento de civis em crimes militares, em termos absolutos, no período abordado pela pesquisa (2002 a 2012). Verifica-se, portanto, que o quantitativo de crimes cometidos por civis supera o de militares da Marinha, iguala-se ao número de delitos de militares da Aeronáutica e somente é ultrapassado pelo quantitativo de crimes cometidos por militares do Exército.

ANO DE AUTUAÇÃO NA 1ª INSTÂNCIA	FORÇA							TOTAL
	Marinha	Exército	Aeronáutica	Polícia Militar	Corpo de Bombeiros	Civil	Não informado / Missing	
2002	256	482	182	7	0	181	197	1.305
2003	215	638	163	0	1	219	279	1.513
2004	193	605	175	0	0	165	298	1.436
2005	170	843	262	4	0	149	408	1.836
2006	206	894	197	2	2	272	345	2.017
2007	221	942	270	3	5	262	254	1.957
2008	159	968	233	6	1	280	230	1.876
2009	180	795	379	3	0	248	235	1.840
2010	163	746	189	2	0	353	178	1.801
2011	192	849	206	16	0	345	334	1.942
2012	169	872	200	0	0	111	279	1.631
<b>TOTAL</b>	2.123	8.632	2.555	42	9	2.555	3.037	18.954

Quadro 2 - Total de crimes por Força Armada do envolvido, segundo o ano de autuação na 1ª instância, 2002-2012.

Com relação à participação dos civis em crimes militares, por unidade da federação, de acordo com dados extraídos da PCCRIM (coletados no SAM de janeiro de 2002 a junho de 2014), realço os números absolutos dos seguintes estados: SP (799), RJ (335), RS (186), PA (185) e DF (110). Nesse mesmo escopo, com o foco nos totais de crimes militares cometidos no período, apura-se que o quantitativo dos civis (2.372) supera o dos militares da Marinha (2.218), aproxima-se do quantitativo de delitos cometidos por militares da Aeronáutica (2.527) e somente é superado pelos crimes cometidos por militares do Exército (9.078).

Por fim, com base na pesquisa mais recente (janeiro de 2013 a junho de 2014), conforme demonstra o Quadro 3 abaixo, a participação de civis nos crimes de maior incidência na JMU, excetuando-se o de deserção, é também digna de registro, principalmente nos seguintes casos:

- a) Estelionato (art. 251), com 22% do total e, em números absolutos, supera os valores do Exército e Aeronáutica, igualando-se à Marinha; e
- b) Entorpecentes (art. 290), com 4% do total e, em números absolutos, praticamente iguala-se à Marinha e à Aeronáutica, somente ficando abaixo do Exército.

FORÇA	TIPO PENAL					TOTAL
	Art. 187 (Deserção)	Art. 251 (Estelionato)	Art. 240 (Furto)	Art. 290 (Tráfico, posse ou uso entorp. ...)	Outros / Missing	
Marinha	100	48	13	16	168	345
Exército	504	25	72	252	495	1.348
Aeronáutica	74	22	33	20	155	304
Polícia Militar	0	0	0	0	1	1
Civis	0	47	9	14	85	155
Não informado/Missing	27	73	38	44	242	424
<b>TOTAL</b>	705	215	165	346	1.146	2.577

Quadro 3 - Total de crimes por tipo penal, segundo a Força Armada do envolvido, 2013-junho de 2014.

Ante o exposto, o resultado dos confrontos de vastas pesquisas junto às Auditorias Militares de 1ª Instância e de inúmeras consultas ao Sistema de Acompanhamento de Processos da JMU permite concluir, com clareza, sobre a importância e a necessidade de os crimes militares cometidos por civis serem julgados pela Justiça Militar da União. Especializada por sua natureza, encontra-se, portanto, qualificada e atualizada para os devidos processos legais, facultando de forma inequívoca a ampla defesa e o contraditório aos envolvidos, quer sejam militares ou civis.

#### 1.4 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Ontologicamente não há diferença entre o crime comum e o militar. No aspecto formal, crime será todo fato humano subsumível à conduta do tipo penal.

A distinção preponderante entre o crime comum e o crime militar está no bem jurídico a ser tutelado. No crime militar resguardam-se os primados da hierarquia e disciplina, e a proteção da administração castrense.

O Ordenamento Pátrio, ao dispor sobre os crimes militares, os define sob um critério *ratione legis*. Crime militar é o que a lei define como tal. Esse critério encontra-se em conformidade com o art. 124 da CF/88: “à Justiça Militar compete processar e julgar **os crimes militares definidos em lei**” (grifo nosso).

Nesse diapasão, a mais alta Corte do país tem se pronunciado a respeito do julgamento de civis pelas Cortes castrenses, em vista da competência da Justiça Militar para julgar civis à luz do Juiz Natural. Alguns julgados paradigmáticos servem para demonstrar a evolução de entendimentos acerca do tema, desde a promulgação da atual Carta Magna.

O STF, por ocasião do julgamento do HC 81.963/RS<sup>25</sup>, adotou como parte de sua *ratio essendi* um precedente histórico valioso, o caso *Ex Parte Milligan* (1866). Vejamos:

A Suprema Corte americana, nesse importante precedente, ao examinar decisão condenatória, motivada por fatos ocorridos no curso da Guerra Civil, veio a invalidar tal condenação, que impusera a pena de morte (enforcamento) por traição, a um acusado civil, Lambden P. Milligan, por entender que, mesmo que se tratasse de um crime praticado nas circunstâncias de tempo e de lugar em que ocorrera, ainda assim um civil não poderia ser julgado por uma Corte militar (“martial court”), desde que os órgãos judiciários da Justiça comum estivessem funcionando regularmente.

<sup>25</sup> HC 81.963/RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 18/6/2002. Segunda Turma. STF.

Nesse julgamento, enfatizou-se, por unânime votação, que a Constituição não se suspende em períodos de crise ou de emergência nacional, pois ela representa, enquanto estatuto do poder e instrumento das liberdades, a lei suprema que a todos se aplica, tanto a governantes, como a governados, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra.

Conclui-se, por tal razão, naquela decisão, que o julgamento de civis, por tribunais militares (cortes marciais), era inadmissível, nos locais em que houvesse tribunais em pleno e regular funcionamento.

Essas considerações revelam a importância do primado do Juiz Natural<sup>26</sup> e o seu caráter de fundamentalidade em prol dos cidadãos. A Suprema Corte Americana, ao examinar a prisão civil ordenada pelo General Alvin P. Hovey, comandante militar do Distrito de Indiana, invalidou a condenação. Ficou consignado, no caso concreto, o caráter anômalo e subsidiário para julgamento de civis, notadamente em tempo de paz.

Em outra oportunidade, o Supremo novamente se debruçou sobre o tema. Por ocasião do julgamento do HC 83.003/RS<sup>27</sup>, muito embora o sujeito ativo do delito não fosse civil, o Ministro Celso de Mello muito bem perfilhou:

O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, sim, para os delitos militares “tout court”. E o crime militar comissível por agente militar ou, até mesmo por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê, como referido, a possibilidade (anômala, a meu juízo), de configuração de delito castrense, mesmo em tempo de paz, eventualmente praticado por civil!

Percebe-se que novamente foi reafirmado o caráter excepcional da Justiça Castrense para julgar civis.

Ainda sob o mesmo prisma, no julgamento do HC 96.949/RS<sup>28</sup>, no esteio de precedente anterior<sup>29</sup>, perfilhou orientação da natureza excepcional da competência da Justiça castrense para o julgamento de civil, em tempo de paz. Esse julgado valeu-se primordialmente do entendimento de que a tipificação da conduta protagonizada por civil, como crime militar, dependerá do “*intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado*”. Ou seja, dependerá do dolo do sujeito ativo do delito.

---

<sup>26</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

<sup>27</sup> HC 83.003/RS. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 16/8/2005. Segunda Turma. STF.

<sup>28</sup> HC 96.949/RS. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento em 26/4/2011. Segunda Turma. STF.

<sup>29</sup> Conflito de Competência 7.040. Relator Min. Carlos Velloso. Julgamento em 26/9/1996. Tribunal Pleno. STF.

Evoluindo na discussão, o HC 99.743/RJ<sup>30</sup> trouxe para o debate a tese da inconstitucionalidade do art. 90-A da Lei 9.099/95, que inadmitte sua aplicação no âmbito da Justiça Militar.

No presente julgamento, o Ministro Marco Aurélio Mello, por ocasião dos debates, entendeu que a opção político-legislativa de exclusão dos institutos despenalizadores da Lei de Juizados Especiais não afetaria os civis quando praticassem crimes militares. Contudo, esse não era o objeto principal da ação. No caso concreto, estava a se julgar militar acusado de praticar crime de deserção.

Com efeito, esse pronunciamento, mesmo que incidentalmente, foi interessante para o debate e evolução da reflexão da Corte a respeito do assunto. Ficou consignado pelo Ministro-Presidente, Cezar Peluso, que, quando a matéria voltasse à discussão, mais especificamente de um caso em que civil estivesse envolvido e lhe fosse negado direito assegurado aos civis em processo de crimes militares, poder-se-ia retomar o julgamento.

Esse julgado é salutar, pois denota a reafirmação da Justiça Militar da União e a tendência de que sejam equiparados os direitos no julgamento de civis tanto nos processos penais comuns quanto militares.

Em seguida, em agosto de 2013, a partir de discussões travadas acerca do tema, e do meio processual adequado para adentrar à questão, a Procuradoria-Geral da República propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 289<sup>31</sup>. Esta Ação discutiu precisamente a competência da JMU para julgar civis em tempo de paz. Nesse caso, o Ministério Público Federal (MPF) entendeu que seria um contrassenso submeter os civis ao mesmo tratamento que os militares, sujeitos aos rigores da hierarquia e da disciplina, princípios basilares das Forças Armadas. Dessa maneira, aduziu o MPF que o Juiz Natural adequado para julgá-los não seria o Juízo Castrense, mas, sim, os Tribunais Federais ou Estaduais, a depender do caso.

No entanto, em vista da relevância da questão constitucional, associações, representantes de órgãos civis e militares, estão sendo aceitos na condição de *amicus curiae* para que a Corte Constitucional promova um julgamento respaldado numa dialética amplificada da discussão.

Até que seja julgada essa Ação, o STF ainda virá a se pronunciar acerca de assuntos correlatos e que servirão de balizas interpretativas para os demais tribunais pátrios. Neste compasso, cita-se o julgamento do HC 127.900/AM<sup>32</sup>,

<sup>30</sup> HC 99.743/RJ. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão Min. Luiz Fux. Julgamento em 6/10/2011. Tribunal Pleno. STF.

<sup>31</sup> ADPF 289. Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>32</sup> HC 127.900/AM. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento em 3/3/2016. Tribunal Pleno. STF.

em que o plenário da Corte Magna decidiu pela aplicação do art. 400 do CPP comum<sup>33</sup> aos processos militares.

Ao nosso entender, mais uma demonstração de que a Justiça Militar da União tem plena capacidade de julgar os civis, desde que lhes sejam atribuídos os mesmos direitos assegurados aos feitos da Justiça comum.

No diapasão que dispõe a própria Constituição Federal, a competência penal da Justiça Militar da União não pode se limitar apenas aos integrantes das Forças Armadas. Todo aquele que, ainda que em tempo de paz, praticar conduta inquinada de crime pela norma incriminadora contida no Código Penal Militar deverá submeter-se aos seus ditames.

### 1.5 O JULGAMENTO DE CIVIL PELO JUIZ SINGULAR NA JMU: A PROPOSTA LEGISLATIVA

A Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92), embora concebida no contexto do Estado Democrático de Direito, foi publicada há mais de duas décadas e não acompanhou plenamente a evolução social decorrente da nova ordem constitucional, que aponta para a necessidade de uma revisão daquele texto legal, publicado há quase 22 anos.

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, conseqüentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares.

O assunto encontra-se submetido à apreciação do STF (HC 112.848/RJ), por meio do qual a Defensoria Pública da União questiona a competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civil denunciado pelos crimes de resistência mediante ameaça ou violência, lesão corporal e ameaça contra militares supostamente cometidos contra militares do Exército Brasileiro que atuaram no processo de pacificação nas favelas do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro. O processo é da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (2ª Turma), que já havia se manifestado no sentido de conceder o *habeas corpus* e, conseqüentemente, determinar a anulação de todo o processo desde a denúncia com a remessa dos autos à Justiça Federal, por entender que “*não há que se*

---

<sup>33</sup> Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

*falar em crime militar quando alguém é preso, uma vez que [os militares] estão atuando em substituição ou complementação à atividade da Polícia Civil ou da Polícia Militar”.*

O Ministro Gilmar Mendes, que havia pedido vista dos autos, manifestou-se no sentido de que a situação fática apresentada é excepcional e permite a submissão de civis à Justiça Militar, mas não com a atual sistemática. Assim, considerou pertinente o argumento da Defensoria quanto à falta de independência e imparcialidade dos Conselhos Permanentes de Justiça Militar, responsáveis pelo julgamento, em primeiro grau, de acusados sem patente militar e compostos por um juiz togado (o juiz auditor) e por quatro oficiais que atuam temporariamente como juízes. Ressaltou, ainda, que “*o militar-juiz integrante do Conselho Permanente da Justiça não é protegido pela inamovibilidade e permanece sujeito ao comando constante de seus superiores hierárquicos. A jurisdição independente e imparcial pode restar claramente comprometida*”. Em decorrência, propôs que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal (sem redução de texto) aos artigos 16 a 26 da Lei nº 8.457/1992 (que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares) para que o civil seja julgado pelo juiz-auditor e não mais pelo Conselho Permanente da Justiça.

Após a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, a Ministra Cármen Lúcia sugeriu, em 18/2/2014, que o referido *habeas corpus* fosse submetido a julgamento pelo Plenário, o que foi deferido por unanimidade. Atualmente, o feito encontra-se concluso à Presidência do STF, após a prestação de informações pelo STM, ocorrida em 1º/3/2016<sup>34</sup>.

Em paralelo a essa discussão, a Justiça Militar da União apresentou à Câmara dos Deputados, em 5/6/2014, o Projeto de Lei nº 7.683/2014, que altera a Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92), estabelecendo, entre outros, que o Juiz Auditor assume a presidência dos Conselhos de Justiça e a competência para, monocraticamente, processar e julgar os civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Código Penal Militar. A proposta de alteração da Lei nº 8.457/92, no tocante ao dispositivo que trata da competência do Juiz Auditor, ficou assim redigida:

Art.7º Acrescenta-se ao artigo 30 da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, os seguintes incisos:

(...)

**1-B- processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do artigo 9º do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar)** e, também, os militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; (grifei).

<sup>34</sup> Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=260601>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

A proposta está em sintonia com os Princípios Constitucionais que regem as atividades castrenses, sem perder de vista a preservação dos direitos fundamentais, representando, assim, o marco inicial de modernização da legislação militar e de sua busca pela plena adaptação aos postulados do Estado Democrático de Direito.

## 2 OS PRINCIPAIS BENEFÍCIOS DA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM

### 2.1 A POLÍTICA CRIMINAL PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

A política criminal orienta as atividades ligadas ao poder punitivo do Estado, no intuito de estabelecer ações voltadas para a prevenção e repressão aos crimes, sempre visando ao bem comum.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República baliza a política criminal por meio de princípios limitadores da atuação estatal.

Essa limitação imposta pela proteção aos direitos fundamentais deu ensejo à política criminal caracterizada pela observância de uma intervenção estatal mínima e, conseqüentemente, pela concepção de um Direito Penal de *ultima ratio*.

Desse modo, surge a determinação constitucional no sentido de se estabelecer um conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, mediante um procedimento célere e menos formal:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (grifei).

Como se vê, é cristalina a opção constitucional pela mínima intervenção punitiva para os pequenos delitos. E seguindo a determinação da Carta Magna, a Lei nº 9.099/95 não só estabeleceu o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo, assim como possibilitou a composição dos danos e definiu os critérios que orientam o procedimento para a apuração daquelas infrações, *in verbis*:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

(...)

Art. 61. **Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.**

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, **objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.** (grifei).

Logo, a Lei nº 9.099/95 cria mecanismos tendentes a afastar do cárcere o agente que comete um delito de pequena monta.

Longe de representar instrumento de impunidade, adota medidas alternativas à prisão, que podem atender de uma maneira mais eficaz à finalidade precípua da pena: a ressocialização do apenado. Dentre tais mecanismos, destacam-se a **transação penal** e a **suspensão condicional do processo** (*sursis* processual)<sup>35</sup> (grifo nosso).

No entanto, existe óbice legal que impede a aplicação de tais benefícios aos crimes militares, decorrente de disposição expressa em sentido contrário, contida na Lei nº 9.099/95, que foi alterada posteriormente pela Lei nº 9.839/99, para determinar o seguinte:

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

Essa alteração surgiu em função do anseio de serem preservados os valores constitucionais que sustentam as atividades das Forças Armadas (hierarquia e disciplina), que não se coadunam com a transação, isso porque a redação original da mencionada Lei não previa tal restrição.

Aqui reside a principal questão posta à discussão: por que tais benefícios não podem ser aplicados aos civis que praticam crime militar?

Discute-se se tal vedação deveria incidir somente sobre os militares, eis que sujeitos à hierarquia e à disciplina, princípios incompatíveis com a conciliação, ou se também devem continuar alcançando os acusados civis, que não estão sujeitos ao regime militar.

---

<sup>35</sup> Além desses benefícios, convém destacar que o Código Penal comum prevê outra série de possibilidades de penas alternativas, porque, no mesmo sentido da política criminal estabelecida com a nova ordem constitucional, as alterações implementadas no Código Penal comum, por meio da Lei nº 9.714/98, permitem hoje a implementação de penas restritivas de direitos, que, além de evitarem o encarceramento dos agentes condenados por crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, também se mostram mais adequadas à situação. Assim, cumpridos determinados requisitos legais, as penas de reclusão e detenção podem ser substituídas por prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (art. 43 ao 48 do Código Penal comum). No entanto, a legislação penal e processual penal militar não dispõe de mecanismo que autorize ou determine a substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa. Esse ponto também merece uma reflexão, porque essas penas substitutivas afiguram-se mais eficazes que o inócuo e ultrapassado *sursis* penal.

Por essa razão, o item 3.3 do presente artigo enfrenta as seguintes indagações: a mencionada vedação legal afronta o princípio da isonomia? A esfera jurisdicional poderia servir de critério determinante para a incidência dos institutos despenalizadores? O *discrimen* decorre da situação jurídica do agente (militar ou civil) ou da natureza do crime (militar ou comum)?

## 2.2 O TERMO CIRCUNSTANCIADO E A DINÂMICA PRÉ-PROCESSUAL

Para a prática de uma infração penal de menor potencial, a Lei nº 9.099/95 prevê uma fase preliminar (que antecede a denúncia) diferente daquela prevista no Código de Processo Penal comum para os demais crimes.

São essas as diretrizes estabelecidas pela Lei nº 9.099/95, *in verbis*:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará **termo circunstanciado** e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. (grifei)

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, **não se imporá prisão em flagrante**, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (grifei)

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

(...)

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Conforme a determinação legal, o mencionado **termo circunstanciado** pode dispensar a formalização de auto de prisão em flagrante, bem como a instauração de inquérito policial<sup>36</sup>.

Com efeito, embora o suposto autor do fato possa receber voz de prisão, a autoridade policial poderá deixar de formalizar o flagrante se o agente assumir formalmente o compromisso de comparecer em juízo quando for notificado.

<sup>36</sup> Sobre a dispensa do inquérito policial, assim dispõe o § 1º do artigo 77 da Lei nº 9.099/95: "Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente."

Quanto ao inquérito policial, a dispensa também decorre da lei, *in verbis*:

Art. 77 (...)

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

O termo circunstanciado, portanto, é um documento lavrado pela autoridade policial com a finalidade de substituir o auto de prisão em flagrante delito, especialmente na hipótese de ocorrência de infração penal de menor potencial ofensivo, assim entendida aquela cuja pena máxima não excede a 2 (dois) anos.

Como esclarece Ada Pellegrini Grinover<sup>37</sup>, “o termo circunstanciado a que alude o dispositivo nada mais é do que um boletim de ocorrência um pouco mais detalhado”.

Sobre o assunto, acrescenta Aury Lopes Junior<sup>38</sup>:

O termo circunstanciado de ocorrência, ou simplesmente termo de ocorrência, é uma peça que não precisa se revestir de formalidades especiais e na qual a autoridade policial que tomar conhecimento de infração penal de menor potencial ofensivo, com autor previamente identificado, registrará de forma sumária as características do fato.

Assim, em consonância com os princípios estabelecidos pela Lei nº 9.099/95, em especial a celeridade e a informalidade, foi instituído o termo circunstanciado, que marca a fase preliminar de apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo, não só substituindo o inquérito policial, mas evitando a formalização do auto de prisão em flagrante.

No termo circunstanciado é feito um registro de ocorrência detalhado, onde são identificadas as pessoas supostamente envolvidas na infração objeto de apuração (autor, vítima e testemunhas) e relatado o resumo da situação com a descrição do fato, data, horário, local e objetos apreendidos ou não. Ao final, são colhidas as assinaturas e o compromisso do suposto autor do fato de comparecimento em juízo, requisito essencial para a dispensa do flagrante delito.

<sup>37</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarrance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 111.

<sup>38</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 472.

### 2.3 A TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal, em linhas gerais, consiste na proposta por parte do Ministério Público de uma pena não privativa de liberdade ao agente indicado como suposto autor de infração penal de menor potencial ofensivo<sup>39</sup>. Se aceita pelo suposto autor do fato, a transação é homologada pelo juiz e o processo penal não é deflagrado<sup>40</sup>.

A transação penal, portanto, equipara-se a uma espécie de conciliação, entre o Ministério Público e o suposto autor do fato, a fim de que seja cumprida a medida restritiva de direitos (não privativa de liberdade).

O art. 76, § 2º, da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), estabelece os requisitos para o Ministério Público fazer a proposta da transação penal:

Art. 76. (...)

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

O cumprimento da medida aceita pelo suposto autor do fato não gera efeitos penais (reincidência ou Maus antecedentes), mas nova proposta de transação penal somente poderá ser realizada após o prazo de cinco anos, conforme dispõe o § 4º do art. 76 da mencionada Lei<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Assim dispõe o artigo 61 da Lei nº 9.099/95: “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa” (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

<sup>40</sup> É a previsão do art. 76 da Lei nº 9.099/95: “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.(...) § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.”

<sup>41</sup> Art. 76 (...) § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

Dentre os diversos crimes do Código Penal Militar que podem ser contemplados com o instituto da transação penal, podem ser citados os crimes de **resistência** (art. 177), **lesão leve** (art. 209), **lesão culposa** (art. 210), **calúnia** (art. 214), **difamação** (art. 215), **injúria** (art. 216) e **desacato** (art. 299), todos com pena máxima menor ou igual a 2 (dois) anos.

## 2.4 A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

De origem francesa, a expressão *sursis* (*surseoir*) significa suspender. Assim, por influência do direito francês, no intuito de afastar as penas privativas de liberdade para as condutas de menor potencialidade lesiva, a suspensão condicional do processo (*sursis* processual) apresenta-se como medida alternativa à prisão.

O instituto também foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 9.099/95, que assim dispõe:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

O *sursis* processual, tal qual a transação penal, é de iniciativa do Ministério Público<sup>42</sup>. A dinâmica consiste na proposta de suspensão do curso do processo ao acusado da prática de crime cuja pena mínima não exceda a 1 (um) ano<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Sobre o assunto, destaca-se a decisão do STF em que são feitas considerações sobre a faculdade do Ministério Público em propor o benefício ao denunciado: “[...] O benefício da suspensão condicional do processo não traduz direito subjetivo do acusado. Presentes os pressupostos objetivos da Lei nº 9.099/95 (art. 89) poderá o Ministério Público oferecer a proposta, que ainda passará pelo crivo do magistrado processante. Em havendo discordância do juízo quanto à negativa do Parquet, deve-se aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP, remetendo-se os autos à Procuradoria-Geral de Justiça (Súmula 696/STF). Não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. [...] Também não se concede o benefício da suspensão condicional da execução da pena como direito subjetivo do condenado, podendo ela ser indeferida quando o juiz processante demonstrar, concretamente, a ausência dos requisitos do art. 77 do CP. Ordem denegada.” (HC 84.342, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 12/4/2005, DJ 23/6/2006).

<sup>43</sup> Quanto ao limite mínimo da pena, convém destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 243) para as hipóteses de concurso material de crimes, *in verbis*: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano”.

A partir do preenchimento dos requisitos legais para a concessão do *sursis* processual, o Ministério Público pode fazer a proposta e, diante de sua inércia, o magistrado observa o disposto no enunciado da Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal<sup>44</sup>.

A proposta é apresentada por ocasião do oferecimento da denúncia e, se aceita pelo acusado, importa a suspensão do processo por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, mediante o cumprimento das seguintes condições impostas pela referida Lei (período de prova):

Art. 89. (...)

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

---

<sup>44</sup> Súmula 696 do STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”.

Assim, formalmente estabelecido o lapso temporal para suspensão do processo<sup>45</sup>, surge para o imputado a necessidade de demonstrar, durante esse período, um bom comportamento e senso de responsabilidade no atendimento de cada uma das obrigações determinadas, porque, após o cumprimento das condições, é declarada a extinção da punibilidade do agente<sup>46</sup>.

No âmbito do Código Penal Militar, existem diversos crimes cuja pena mínima não excede a 1 (um) ano. A título de exemplo, além de todos aqueles que poderiam ser contemplados com a transação penal (item 2.3 deste trabalho), apontamos os crimes de **desacato a militar** (art. 299), **apropriação indébita simples** (art. 248), **receptação** (art. 254) e **falsidade ideológica** (art. 312), relacionados entre aqueles de maior incidência prática, conforme apontado no item 1.3 supra.

Da mesma forma do que ficou consignado para os crimes que poderiam ser contemplados com a transação penal, aqui merece destaque a possibilidade de se aplicar para esses crimes militares com pena mínima até 1 (um) ano o benefício do **sursis processual**.

### 3 A (IN)APLICABILIDADE DOS BENEFÍCIOS DA LEGISLAÇÃO COMUM NOS FEITOS DA JMU

#### 3.1 AS PECULIARIDADES DA VIDA MILITAR

É de destacada importância, neste ponto, efetuarmos algumas considerações pertinentes a determinados aspectos da carreira militar. O que torna os militares diferentes dos demais trabalhadores? Por que a Justiça Militar tem que ser especializada no julgamento de militares e civis que cometem crimes militares? Nesse sentido, apresento algumas particularidades que os distinguem, assim como as suas atividades.

O nosso País, de dimensões continentais e de riquezas incalculáveis, tanto em terra quanto no mar – esta porção conhecida como Amazônia

---

<sup>45</sup> A duração da medida deve ser determinada em audiência e fixada nos limites previstos na legislação pertinente, observando-se o período mínimo de 2 (dois) e máximo 4 (quatro) anos, conforme a gravidade do delito e a personalidade do acusado. Ainda que a suspensão não condicional não implique admissão de culpa e, portanto, não se equipare a uma condenação, é inegável que ela possui um caráter punitivo. Sobre o assunto, Aury Lopes Jr. destaca que “a regra deve ser a suspensão pelo período mínimo de 2 anos. [...] O prazo de 4 anos deve ser aplicado somente em situações excepcionalíssimas” (LOPES JR., Aury. *Direito Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 997).

<sup>46</sup> Art. 89 (...) 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Azul<sup>47</sup> – não pode e não deve abrir mão da garantia de seus direitos conquistados junto à comunidade internacional, da defesa de sua soberania e de sua identidade nacional, marcada pelos usos e costumes de seu povo.

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Esta é definição constitucional das atribuições das Forças, contida no *caput* do art. 142 da Carta Magna.

Como exposto na Constituição Federal, as Forças Armadas têm na hierarquia e na disciplina seus pilares organizacionais. É posto que, em outras organizações, tais valores cruciais compõem tão somente o meio para a consecução dos fins, enquanto que, na caserna, constituem-se nos próprios fundamentos que validam as atividades militares.

Conclui-se, portanto, que são princípios fundamentais inerentes às Forças Armadas, conforme aponta o art. 14 do Estatuto dos Militares, *in verbis*:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º 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.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

---

<sup>47</sup> Amazônia Azul® - é uma área de aproximadamente 4,5 milhões de km<sup>2</sup> no mar e equivale a 52% do território nacional terrestre. Somente para se ter uma ideia de sua grandiosidade, essa dimensão é comparável à da floresta amazônica. Um importante patrimônio no mar. Além de 85% do petróleo e 75% do gás natural produzidos no Brasil serem extraídos na Amazônia Azul, por ela ainda passam 95% do comércio exterior brasileiro, que é feito por via marítima. O dia 16 de novembro, escolhido como o Dia Nacional da Amazônia Azul®, é uma referência à entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (em 1994).

Às Forças Armadas brasileiras, portanto, cabe essa importante missão, disposta na nossa Carta Maior. Entretanto, destaco que o elo mais importante dessa relação entre as Forças e o nosso País reside no elemento humano, com dedicação integral ao serviço da mesma forma que um sacerdócio, e que necessita estar permanentemente pronto a agir, mormente em caso de emergência. Este elemento humano, peça crucial da vasta engrenagem das nossas Forças Armadas, atende pelo nome de MILITAR.

Dos rigorosos princípios que norteiam as Forças Armadas, surgem diversas restrições constitucionais impostas a esses profissionais, privando-os de vários direitos fundamentais, incluindo o direito à vida, uma vez que a Constituição prevê a pena de morte para os crimes militares em tempo de guerra (única exceção desse tipo de pena no Brasil). Ressalta-se que o Juramento à Bandeira<sup>48</sup>, compromisso que sela o início efetivo da atividade militar, assevera o sacrifício da própria vida como prova de dedicação integral ao serviço da Pátria e à defesa de suas Instituições.

Entre inúmeras outras limitações de direitos dos militares, podemos destacar: a possibilidade de prisão independentemente de flagrante delito ou de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; a proibição de filiar-se a partidos e de participar de atividades de cunho político-partidário, quando na ativa; o impedimento de sindicalização e de greve; e a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* em questões de punições disciplinares militares<sup>49</sup>.

Sob o escopo do art. 142 da Constituição Federal de 1988, os militares não usufruem de vários direitos sociais que são assegurados aos trabalhadores em geral, dos quais podemos apontar a remuneração do trabalho noturno superior à do trabalho diurno; a jornada de trabalho diário limitada a oito horas; o repouso semanal remunerado; e a remuneração de serviço extraordinário, que extrapole as oito horas diárias estabelecidas pela Constituição, como limite ao trabalho normal para as demais categorias.

Ademais, mesmo na inatividade, os militares devem permanecer vinculados às Forças Armadas (reserva), sujeitos às eventuais convocações e retorno ao serviço ativo, independentemente de estarem exercendo outras atividades.

---

<sup>48</sup> Juramento à Bandeira Nacional pelos militares: *"Incorporando-me (à Marinha do Brasil; ao Exército Brasileiro; ou à Força Aérea Brasileira), prometo cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado, respeitar os superiores hierárquicos, tratar com afeição os irmãos de armas, e com bondade os subordinados, e dedicar-me inteiramente ao serviço da Pátria, cuja Honra, Integridade e Instituições, defenderei com o sacrifício da própria vida."*

<sup>49</sup> SOUZA, Marcelo Ferreira de. Os militares e o acesso à Justiça. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1087, 23 jun. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8537>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Por conta dessas especificidades, o Código Penal Militar (CPM) define, em seu art. 9º, quais são os crimes considerados militares quando praticados por militares da ativa, da reserva, reformado, ou ainda por civil, dependendo das atividades exercidas, do local e se contra a esses mesmos atores ou às instituições militares, ao patrimônio militar ou à ordem administrativa militar. Estas peculiaridades da vida militar serão examinadas a seguir, sob o enfoque da aplicação dos benefícios da legislação penal comum no contexto dos crimes militares.

### 3.2 A ESPECIFICIDADE DA CASERNA E OS BENEFÍCIOS DA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM

As especificidades da caserna justificam a existência de regramento penal diferenciado e próprio que rege as relações da vida militar. O Direito Penal Militar é doutrinariamente definido como um Direito especial em relação ao Direito Penal comum dada a sua aplicação direcionada a determinadas situações que, *ultima ratio*, não seriam adequadamente protegidas pela legislação penal comum.

O regramento destinado aos militares encontra supedâneo na tutela dos bens jurídicos adstritos à esfera militar, a saber, a hierarquia e a disciplina, erigidos ao patamar constitucional sem, contudo, excluir outros bens, a exemplo da preservação da incolumidade e integridade física, além do patrimônio. De todo modo, como muito bem ensinam os autores Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger<sup>50</sup>, qualquer que seja o bem jurídico protegido pela norma castrense, sempre haverá a tutela da regularidade das instituições militares.

Convém salientar que o Direito Penal Militar possui regras processuais próprias, o que reforça, ainda mais, a ideia de especialidade do direito castrense. Contudo, a despeito desta “especialidade processual”, convém salientar a possibilidade de utilização da legislação processual penal comum aos casos omissos, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal Militar<sup>51</sup>, o que faculta a aplicação de alguns institutos da legislação comum ao Direito Militar.

---

<sup>50</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 61.

<sup>51</sup> 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;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

O Código Penal Militar foi concebido para dar tratamento mais rigoroso àqueles que violassem suas disposições, a fim de resguardar seus bens jurídicos tutelados, como se pode observar, por exemplo, nas disposições do art. 88 do CPM, que veda a suspensão condicional da pena para os casos de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, de deserção, e no caso de homicídio culposo (art. 206 CPM<sup>52</sup>). Neste último, a pena prevista é de 1 (um) a 4 (quatro) anos, enquanto que o mesmo crime na legislação penal comum (art. 121, § 3º – CPB<sup>53</sup>) é punido com pena de 1 (um) a 3 (três) anos.

Por outro lado, observa-se que a evolução legislativa que alcançou a lei penal comum quanto ao crime de tráfico de drogas (Lei nº 11.343/06) trouxe tratamento muito mais rigoroso ao traficante, enquanto a legislação penal militar (art. 290 – CPM<sup>54</sup>) permaneceu com sua disposição original, com pena muito mais branda, sem diferenciar o traficante do usuário.

A exposição desses poucos exemplos, dentre inúmeros outros debates, demonstra o descompasso existente entre a legislação penal comum e a lei penal militar, que faz surgir, hodiernamente, embates jurídicos de grande relevo nos tribunais superiores – STM e STF –, assim como dão origem a decisões conflitantes que, por vezes, ameaçam a segurança jurídica.

Entre os debates supracitados, destacamos a análise acerca da possibilidade de aplicação dos benefícios contidos na legislação penal comum aos militares, a despeito da vedação expressa do art. 90-A da Lei 9.099/95<sup>55</sup>, incluído pela Lei nº 9.839/99, que veda a aplicação da Lei que regula os Juizados Especiais Criminais aos feitos em andamento na Justiça Militar.

No STM prevalecia entendimento contrário à adoção dos dispositivos da Lei nº 9.099/95 aos crimes militares, em que pese o Supremo Tribunal Federal, antes da publicação da Lei nº 9.839/99, reconhecer a incidência daque-

---

<sup>52</sup> Art. 206. Se o homicídio é culposo: (...) Pena - detenção, de um a quatro anos.

<sup>53</sup> Art. 121. Matar alguém: (...) Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

(...) § 3º Se o homicídio é culposo: (...) Pena - detenção, de um a três anos.

<sup>54</sup> Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) Pena - reclusão, até cinco anos.

<sup>55</sup> Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

les institutos despenalizadores nos feitos da Justiça Militar, abrangendo, inclusive, os crimes propriamente militares. Após a publicação da referida alteração, o posicionamento adotado pelo STM ganhou força.

O art. 90-A não traz exceção quando o crime militar é praticado por civis, e o STM firmou jurisprudência no sentido da vedação integral da aplicação dos institutos da transação penal e do *sursis* processual no âmbito da Justiça Militar da União, independentemente de ser o agente civil ou militar e da natureza do crime praticado (militar próprio ou impróprio).

O fundamento das decisões do STM reside na incompatibilidade dos referidos institutos despenalizadores com a natureza dos bens jurídicos tutelados na órbita penal militar.

A questão voltou a ser discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, julgando incidentalmente o HC nº 99.743/RJ, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, como já abordado anteriormente, reconheceu a inconstitucionalidade da norma (art. 90-A da Lei 9.099/95) que veda a aplicação da Lei n. 9.099/95 ao civil processado por crime militar.

É certo que aquela vedação legal está em consonância com as peculiaridades da vida na caserna, pois não é possível vislumbrar uma transação penal ou outra proposta tendente a mitigar os princípios norteadores das atividades militares. No entanto, é necessário discutir a razoabilidade do afastamento da incidência daqueles benefícios legais afetos aos civis, uma vez que estes não se subordinam às exigências que a condição de militar impõe. Sua situação jurídica é diferente.

A transação penal e o *sursis* processual são medidas despenalizadoras aplicadas ante a ocorrência de infração penal de menor potencial ofensivo.

Levando em conta critério unicamente objetivo, o legislador descreveu quais seriam as infrações penais de menor potencial ofensivo e assim as definiu como sendo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa<sup>56</sup>.

Ocorre que, se a citada lei fosse aplicável ao militar, de modo geral, tornaria inócuos alguns dispositivos da Lei Penal Militar, em especial os crimes propriamente militares, deixando assim desprotegidos os bens jurídicos que são

---

<sup>56</sup> Lei 9.099/95 - Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

o motivo da própria existência do Direito Penal Militar. Como exemplo, citamos os crimes de deserção<sup>57</sup> e de abandono de posto<sup>58</sup>. Para estes, a pena cominada é inferior a 2 (dois) anos, o que, em tese, admitiria a aplicação da transação penal e do *sursis* processual. No entanto, é de se imaginar, no âmbito da caserna, quão nefastos seriam os efeitos de medidas despenalizadoras para esses crimes.

Sem a reprimenda penal adequada, grande seria a incidência dos crimes (em destaque os propriamente militares) que afrontam a manutenção das instituições militares e a ordem interna do Estado Democrático. Nesse sentido manifestou-se o ex-Ministro do STF Carlos Ayres Britto, quando do julgamento do HC 103.684/DF, pelo plenário daquela Egrégia Corte, tendo declarado: *“É evidente que as Forças Armadas Brasileiras jamais poderão garantir a ordem constitucional democrática – sempre por iniciativa de qualquer dos poderes da República, diz a Constituição – se elas próprias [as Forças Armadas] não velarem pela mais rigorosa ordem hierárquica disciplinar interna”*.

Verifica-se, portanto, correta e em consonância com os valores constitucionais vigentes a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos militares, que, nesta condição, praticarem crimes militares, sejam eles próprios ou impróprios, a fim de se dar a reprimenda adequada para garantir a integridade dos pilares da hierarquia e da disciplina, bem como da manutenção das instituições e dos valores militares, bens tutelados pelo Direito Penal Militar.

### 3.3 A APLICABILIDADE DOS BENEFÍCIOS DA LEGISLAÇÃO PENAL COMUM AO ACUSADO CIVIL

A despeito das considerações delineadas no tópico anterior, há que destacar a situação do acusado civil.

Em que pese o atual entendimento do STM, não se justifica manter a vedação da aplicação dos benefícios da legislação penal comum, haja vista que o civil não está sujeito aos ditames próprios dos militares e, portanto, sua conduta não ameaça a estrutura hierárquica e a disciplina das Forças Armadas, mesmo diante da incidência de crime.

---

<sup>57</sup> Lei 9.099/95 - Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

<sup>58</sup> Art. 195. Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo: (...) Pena - detenção, de três meses a um ano.

A esfera jurisdicional não pode ser o critério determinante para a incidência dos institutos que despenalizam, mas deve levar em conta a situação do agente e não a natureza do crime (civil ou militar). Admitir tratamento distinto para situações semelhantes configura agressão à isonomia constitucional, por permitir que o *status* de militar da vítima possa determinar os benefícios legais alcançados pelo agente civil. Diante dessa evidente contradição legislativa, cabe ao intérprete afastar a incidência da não desejada discriminação. Nesse sentido, oportuno é o registro de Luiz Flavio Gomes<sup>59</sup>:

Não se pode admitir o disparate de um desacato contra policial federal ser infração de menor potencial ofensivo (com todas as medidas despenalizadoras respectivas) e a mesma conduta praticada contra um policial militar não o ser. Não existe diferença valorativa dos bens jurídicos envolvidos. O valor do bem e a intensidade do ataque é a mesma. Fatos iguais, tratamento isonômico.

A caracterização do crime militar, que desloca a competência do julgamento dos civis para a Justiça Militar da União, seja pela natureza das atividades desempenhadas, por exemplo, nas ações de Garantia da Lei e da Ordem, seja pelo contexto fático de outras ações praticadas em tempo de paz, não pode constituir obstáculo para a incidência dos benefícios penais a que o agente faria jus em outra instância penal.

Interessantes são as observações de Geraldo Prado, ao abordar a questão do réu que goza do foro por prerrogativa de função e, por esse motivo, não pode ser julgado pelo Juizado Especial Criminal, *in verbis*:

Se o réu gozar de foro por prerrogativa de função e, portanto, tiver de ser processado e julgado originariamente por um tribunal, neste tribunal terão de ser aplicadas as “vantagens” assim concebidas, no caso a conciliação civil com efeitos penais, a transação penal e a suspensão condicional do processo<sup>60</sup>.

Sustentar que as disposições da Lei nº 9.099/95 não se aplicam no âmbito da Justiça Militar, seja qual for a situação do agente, se militar ou civil, a nosso juízo, configura interpretação destacada do contexto do Estado Democrático de Direito, pois aquela vedação deve incidir somente nos feitos envolvendo acusados militares, diante das especificidades da carreira militar.

---

<sup>59</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): Aspectos Criminais*. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 223/235.

<sup>60</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 132.

Nesse sentido, aponta-se a seguinte assertiva:

A esfera jurisdicional não pode servir de critério determinante para a incidência dos institutos despenalizadores. O *discrimen*, nesse caso, deve levar em conta a situação do agente e não da natureza do crime (militar ou civil). Aceitar tratamento distinto para situações muito semelhantes configura verdadeira agressão à isonomia constitucional, por permitir que o *status* de militar da vítima possa influir nos benefícios legais que serão alcançados pelo agente civil. Diante dessa evidente contradição legislativa, cabe ao intérprete afastar a incidência da indesejada discriminação<sup>61</sup>.

Ademais, corolário do princípio da isonomia é o postulado constitucional da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição da República. Em breve síntese, dessa norma constitucional extrai-se que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas, não só de acordo com as circunstâncias dos crimes praticados, mas, especialmente, à luz das características pessoais do agente.

### 3.4 A PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO

Levando-se em conta os momentos previstos nas disposições da Lei nº 9.099/95 para as propostas dos benefícios legais objeto do presente estudo, mas com os olhos postos nas especificidades do processo penal militar e nas disposições da Lei de Organização Judiciária Militar, poder-se-ia esboçar o *modus operandi* da sistemática a ser observada nos feitos da Justiça Militar no tocante à aplicação daqueles benefícios aos civis<sup>62</sup>:

- quanto à transação penal, uma vez proposta pelo Ministério Público Militar e aceita pelo acusado, esta poderia ser homologada pelo Juiz-Auditor, sem a necessidade de convocação dos Conselhos de Justiça, por representar medida que antecede à instauração do processo penal;

- em relação ao *sursis* processual, considerando que o momento da proposta coincide com o oferecimento da denúncia e pressupõe a instauração de processo criminal, com recebimento da denúncia e efetivação da citação do acusado, esta somente poderia ser homologada por decisão do Conselho de Justiça;

---

<sup>61</sup> SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Transação penal e sursis para civis no Processo Penal Militar*. Revista *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3618, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24543>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

<sup>62</sup> Convém destacar que, além da previsão contida no art. 90-A da Lei nº 9.099/95, impedindo a incidência dos benefícios da referida Lei no âmbito da Justiça Militar, encontra-se em vigor a Súmula nº 9 do Superior Tribunal Militar, que também necessitará de revisão para viabilizar a proposta de implementação do presente estudo.

- caso o Ministério Público Militar não apresente proposta de *sursis* processual, o juízo poderia seguir o procedimento estabelecido na Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal;

- para a hipótese de desclassificação (em primeira ou segunda instância) de um crime que não comporta transação penal ou *sursis* processual para outro crime que comporte tais benefícios, poderia ser seguida a dinâmica estabelecida pelo Código de Processo Penal comum, que possibilita a remessa dos autos ao órgão ministerial de 1ª instância, para que possa se manifestar em relação à providência contida no artigo 76 da Lei nº 9.099/95 (proposta de transação penal) ou àquela do artigo 89 da referida Lei (proposta de *sursis* processual)<sup>63</sup>;

- no tocante às atribuições da polícia judiciária militar, em se tratando de crime praticado por civil que se amolde ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, poderia ser adotada a sistemática do termo circunstanciado, conforme as diretrizes estabelecidas pelo artigo 69 da Lei nº 9.099/95, *in verbis*:

A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (...).

- a exemplo do que ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, aquele termo circunstanciado evitaria a formalização da prisão em flagrante e dispensaria a instauração de inquérito policial militar<sup>64</sup>. Tal providência, quando adotada no contexto das atividades de Garantia da Lei e da Ordem, contribuiria para a permanência dos militares em sua missão precípua, desonerando-os dos encargos decorrentes das atribuições de polícia judiciária.

---

<sup>63</sup> Art. 383. 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.

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos.

<sup>64</sup> Sobre a dispensa do inquérito policial militar, assim dispõe o § 1º do artigo 77 da Lei nº 9.099/95: “Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento de civis pela Justiça Militar da União teve o seu marco inicial na Constituição da República de 1934, ano em que esta Justiça Especializada passou a integrar o Poder Judiciário. Atualmente, a ordem constitucional mantém a prevalência da proteção ao bem jurídico como elemento definidor da competência da Justiça Militar da União.

Verifica-se, portanto, uma coerência histórica, axiológica e jurídica no que tange ao julgamento de civis pela Justiça Militar da União, ainda que se requeiram atualizações nas suas normas substantivas e adjetivas castrenses.

Como visto, o fenômeno da jurisdição militar se manifesta de maneira não uniforme quando o analisamos em ambiência global. Ora a jurisdição militar está integrada ao Poder Judiciário, ora se configura exceção constitucional à jurisdição una.

Entretanto, é forçoso reconhecer que, mesmo lidando com diplomas carentes de atualização, a Justiça Militar da União cumpre seus objetivos de servir de instrumento de manutenção dos alicerces da caserna e contribuir para a pacificação social. Sendo assim, revela-se a aptidão dessa Justiça especializada de realizar eficazmente a missão a ela atribuída, julgando de maneira imparcial tanto os militares quanto os civis.

Excetuando-se o crime de deserção, por ser tipicamente militar, constata-se uma expressiva participação de civis nos crimes militares.

Sendo assim, revela-se com clareza a importância e a necessidade de a JMU continuar a julgar os crimes militares cometidos por civis.

Especializada por sua natureza, a JMU encontra-se devidamente qualificada para a consecução dos devidos processos legais, facultando de forma inequívoca a ampla defesa e o contraditório aos envolvidos, quer sejam militares ou civis.

O arcabouço de restrições constitucionais, legais e regulamentares, impostas aos militares, associado à relevância do papel desempenhado pelas Forças Armadas, revela as peculiaridades e destacadas especificidades da caserna. Logo, reclama o julgamento dos crimes militares com o rigor necessário, não se adequando para o deslinde processual a transação penal e demais benefícios que afastam a sanção penal.

Com efeito, a prática de um crime militar por um militar tende a afetar o prestígio e a autoridade que ele goza em relação aos seus superiores, pares e subordinados, com reflexos diretos e significativos para a hierarquia e a disciplina e, conseqüentemente, para as atividades desenvolvidas pelas Forças Armadas.

No entanto, a despeito da necessidade de submeter as questões afetas à caserna ao ramo especializado do Poder Judiciário, é certo que os civis que praticam crimes militares não estão sujeitos às aquelas restrições impostas aos militares, tampouco figuram como garantes da manutenção do Estado, razão pela qual não se apresenta razoável a interpretação tendente a impedir a incidência dos benefícios a que fariam jus pela prática de crime idêntico ao previsto na legislação comum.

É no curso do processo penal que se verifica a natural e inevitável tensão entre o respeito aos direitos humanos e a garantia da segurança. Mas essa tensão deve ser balizada pela dignidade da pessoa humana e demais princípios dela decorrentes, que traçam os exatos contornos dos limites da atuação estatal.

Assim, no âmbito específico do Direito Processual Penal Militar, vislumbra-se a atuação da Justiça Militar como meio de ampliação dos instrumentos de garantias do acusado e, conseqüentemente, de garantia da efetividade da prestação jurisdicional em relação aos interesses tutelados pela legislação castrense.

Por todo o exposto, com fundamento no princípio da isonomia, julgo possível dar ao art. 90-A da Lei nº 9.099/95 (acrescentado pela Lei nº 9.839/99) interpretação conforme a Constituição Federal (sem redução de texto), para que o civil acusado ou indiciado como suposto autor de crime militar possa usufruir dos benefícios da transação penal e do *sursis* processual, nos termos aqui propostos, dos quais destaco: a possibilidade de transação penal, homologada pelo Juiz-Auditor, sem a necessidade de convocação dos Conselhos de Justiça; a homologação de *sursis* processual por decisão do Conselho de Justiça; e a possibilidade de desonerar as Forças Armadas das formalidades dos atos para prisão em flagrante, com a conseqüente dispensa da instauração do Inquérito Policial Militar.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *PCCRIM (Pesquisa Institucional sobre Condutas Criminosas de Maior Incidência para a JMU)*. volumes 1 a 7. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2015.

VIEGAS FILHO, José. Excertos da exposição realizada pelo Ministro de Estado da Defesa, José Viegas Filho, na Comissão Especial da Reforma da Previdência do Congresso Nacional, em 3 de abril de 2003, sob o tema “A Profissão Militar”. Disponível em: <<http://www.reservaer.com.br/biblioteca/e-books/aprofissaomilitar/1-introducao.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *O Sistema Penal Militar nos EUA*. In Boletim Científico n. 1 da Escola Superior do Ministério Público da União - outubro/dezembro de 2001 - Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-1-2013-outubro-dezembro-de-2001/o-sistema-penal-militar-nos-eua>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

---

GOMES, Luiz Flávio. Lei dos Juizados Especiais Federais (10.259/2001): Aspectos Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Escritos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JR., Aury. *Direito Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Transação penal e sursis para civis no Processo Penal Militar*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3618, 28 maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24543>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. *Os militares e o acesso à Justiça*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1087, 23 jun. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8537>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

---

# O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ART. 290 DO CPM

**FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO**

Tenente-Brigadeiro do Ar – Ministro do Superior Tribunal Militar

**IGNÁCIO KAZUTOMO SETTE SILVA**

Analista Judiciário do Superior Tribunal Militar

## O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E O ART. 290 DO CPM

Através do princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *minima non cura praeter*, enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente um bem jurídico penal.

A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma sanção penal, devendo ser excluída a tipicidade material em caso de danos de pouca importância<sup>65</sup>.

Além disso, “se não houver proporção entre o fato delituoso e a mínima lesão ao bem jurídico, a conduta deve ser considerada atípica, por se tratar de dano mínimo”<sup>66</sup>.

Entretanto, quando se tratar de crime militar, a quantidade de droga apreendida não se presta para descaracterizar a tipicidade material do delito previsto no art. 290 do Código Penal Militar, não havendo espaço para aplicação do **princípio da insignificância**.

Assim ocorre porque o desvalor da conduta reside na afronta a deveres que transcendem o resguardo à saúde, atingindo a inaceitável vulneração da tropa.

Sobre a tipicidade penal e a aplicação do princípio da bagatela, Bitencourt leciona<sup>67</sup>:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amíúde, condutas que

<sup>65</sup> PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

<sup>66</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; GOMES, Abel Fernandes. *Temas de Direito Penal e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 136.

<sup>67</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. Volume I. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58.

se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam *nenhuma relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (grifos do original).

É inadmissível que um militar, portando arma de fogo, com alto potencial ofensivo, venha a guardar consigo substância entorpecente para uso próprio, tendo em vista o perigo presumido de criar uma situação de risco para a integridade física da tropa.

Após o uso de droga, certa será a diminuição substancial da habilidade no manuseio do armamento, por ter o militar seriamente comprometido suas faculdades mentais e seus reflexos.

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar (STM) é remansosa no tocante à tipicidade do delito dessa natureza, vedando a incidência do princípio da insignificância ou bagatela<sup>68</sup>.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância são:

- a) a mínima ofensividade da conduta;
- b) a ausência de periculosidade social da ação;
- c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e
- d) a inexpressividade da lesão jurídica<sup>69</sup>.

O ingresso clandestino de entorpecente no quartel revela acentuado grau de nocividade ao grupamento militar, não só porque instala a difusão do consumo entre os demais militares, mas também porque representa grave perigo àqueles que lidam com armas de elevado potencial bélico<sup>70</sup>.

Elidir a responsabilidade penal de um acusado diante de tal infração representaria inaceitável tolerância ao ingresso de drogas no quartel<sup>71</sup>.

Ademais, a norma incriminadora do art. 290 do CPM carrega consigo o traço da especialidade; tutela, portanto, valores intrínsecos à atividade militar e à finalidade constitucional das Forças Armadas, do que cabe concluir que o tratamento dado ao infrator militar será distinto do cidadão comum, haja vista o espectro mais amplo de tutela das instituições militares.

---

<sup>68</sup> STM – Apelação nº 44-61.2012.7.01.0201/RJ. Plenário. Relator Ministro José Coêlho Ferreira. DJE 12/11/2013.

<sup>69</sup> STF – Habeas Corpus nº 94.524/DF. Segunda Turma. Relator Ministro EROS GRAU. DJE 21/8/2008.

<sup>70</sup> STM – Apelação nº 46-77.2012.7.03.0103/RS. Plenário. Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira. DJE 26/11/2013.

<sup>71</sup> STM – Apelação nº 117-76.2011.7.11.0011/DF. Plenário. Relator Ministro William de Oliveira Barros. DJE 27/5/2013.

O Excelso Pretório não admite a aplicação do princípio da insignificância diante dos princípios basilares do direito militar, quais sejam a disciplina e a hierarquia, conforme o fragmento da ementa a seguir:

ENTORPECENTES – CRIME MILITAR – REGÊNCIA ESPECIAL – TEORIA DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPROPRIEDADE.

Ante o bem protegido – a disciplina e a hierarquia militares –, descabe acolher o princípio da insignificância, alfim decorrente de construção doutrinária e jurisprudencial. (STF – Habeas Corpus nº 100.223/SP. Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. DJe 25/2/2013).

O eminente Ministro Carlos Ayres Britto pontuou que:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. POSSE DE REDUZIDA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL 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 se define pela quantidade, nem mesmo pelo 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 da relação jurídica em ambiente militar é incompatível com a figura própria 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 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-profissional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação, na eficiência dos seus misteres e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da nossa ordem constitucional, nela embutida a ordem democrática. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional, inclusive a 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 funcionais 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 peculiar a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pínacular 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, segundo pautas legais e constitucionais antecipadamente lançadas. Como não pode deixar de ser, no âmbito de instituições que se definem pelo permanente uso de armamentos.

4. Esse maior apego a fórmulas ortodoxas 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 ideia-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 ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de *“relações de intrínseca subordinação”*.

6. *O artigo 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 o 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. Precedentes: HCs 94.685, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Plenário); e 103.684, da minha relatoria (Plenário).

#### 7. Ordem denegada.

(STF – Habeas Corpus nº 107.469/PR. Segunda Turma. Relator Ministro Ayres Britto. DJe 3/10/2011) (nossos grifos).

A posse de entorpecente ou de substância de efeito similar, independentemente da quantidade e do tipo, em lugar sujeito à administração militar, não permite a aplicação do princípio da insignificância. O art. 290, *caput*, do CPM não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006<sup>72</sup>.

Para corroborar com essa análise, transcrevem-se trechos do voto da eminente Ministra Ellen Gracie nos autos do Habeas Corpus nº 94.685, julgado pelo Plenário do STF, onde cita artigo do ilustre Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 2ª CJM RICARDO VERGUEIRO FIGUEIREDO<sup>73</sup>, que bem retrata a nocividade dos entorpecentes no interior das instituições militares:

[...] imagine-se a hipótese de um soldado do Exército que é apanhado “*trazendo consigo*”, dentro de determinada Unidade Militar, substância entorpecente (ainda que ínfima a sua quantidade), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Neste caso, a conduta do referido soldado não deve ser enxergada apenas dentro da esfera de sua individualidade ou, em outro dizer, no âmbito da sua intimidade. Muito pelo contrário, entendemos que tal conduta atingiu todo o corpo social, abrangendo-se aqui tanto a coletividade quanto as Instituições Militares.

[...]

Não podemos deixar de considerar que o fato exemplificado narra uma situação fática ocorrida dentro de uma Unidade Militar, tornando, pois, a conduta do acusado de muito maior potencialidade lesiva, independentemente da quantidade de substância entorpecente que tenha sido encontrada em seu poder.

[...]

Será que dormiríamos tranquilos sabendo que os nossos soldados das Forças Armadas, dentro, estariam portando fuzis automáticos com munição real 7,62mm em seus carregadores e também, concomitantemente, estariam levando no bolso de suas fardas “fininhos” de maconha ou seja lá qual for a substância entorpecente?

[...]

<sup>72</sup> STF – Habeas Corpus nº 104.564/RS. Primeira Turma. Relatora Ministra Cármen Lúcia. DJe 26/5/2011.

<sup>73</sup> A pequena quantidade de entorpecente, o princípio da insignificância e o artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista Direito Militar*, nº 44. nov.-dez. 2003, p. 17-18.

Será que um graduado, por exemplo, teria confiança em seu superior se soubesse que o mesmo esteve envolvido com drogas? Será que ao menos tal subordinação não teria sequer um receio de cumprir as ordens recebidas deste superior, por desconfiar que o mesmo pudesse estar sob os efeitos de determinada substância entorpecente? Ou, então, será que um capitão não teria receio de advertir verbalmente o Sargento-de-dia, durante um serviço, sabendo que este último tem no coldre uma pistola 9mm, e também em uma de suas mãos, em plena luz do dia, um “fininho” aceso de maconha, com outros poucos no bolso de sua gandola para uso posteriormente? Em um outro exemplo, imagine-se uma Bateria de soldados artilheiros, que pouco antes da prática de determinado exercício militar de tiro com morteiro 12 mm, reunissem para fumar cigarros de maconha. Será que os demais colegas de caserna que também iriam participar de tal exercício, e que não fumaram coisa nenhuma, se soubessem que tais colegas minutos antes fumaram cigarros de maconha, se sentiriam seguros na realização e prática de exercício?<sup>74</sup> [...].

(STF – Habeas Corpus nº 94.685/CE. Plenário. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJe 12/4/2011).

Tem-se por certo que a presença de militares em atividade sob o efeito de drogas não se coaduna com a eficiência, os valores e os princípios constitucionais basilares das Forças Armadas (FFAA).

Por esses motivos, exclui-se a aplicação do princípio da insignificância no âmbito penal castrense, uma vez que o uso de droga e a atividade militar não se misturam, sendo totalmente incompatível com os valores éticos das FFAA, pela sua potencialidade em causar lesão a um número indeterminado de pessoas e em razão do efeito danoso das substâncias entorpecentes ou de efeitos similares na hierarquia e na disciplina militares<sup>75</sup>.

A não adequação da bagatela justifica-se em razão de os efeitos do uso das drogas comprometerem, além da saúde pública, a integridade física do indivíduo. Esses efeitos no organismo do soldado, mesmo em quantidade pequena, podem acarretar danos incomensuráveis às Forças Armadas.

E não há falar em ausência de lesividade da conduta de portar consigo, isso porque o porte envolve um consumo em potencial, revelando perigo à segurança da unidade militar e de seus integrantes, bem como o virtual prejuízo ao bom andamento dos trabalhos na caserna.

Ademais, o livre trânsito de entorpecentes no interior dos quartéis representa uma grande ameaça à incolumidade pública, pois coloca em risco a sociedade como um todo.

<sup>74</sup> FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. A pequena quantidade de entorpecente, o princípio da insignificância e o artigo 290 do Código Penal Militar. *Revista Direito Militar*, nº 44. nov.-dez. 2003, p. 17-18.

<sup>75</sup> STF – HC nº 104923/RJ. Segunda Turma. Relator p/ o Acórdão Ministro Ayres Britto. DJe 9/2/2011.

A gravidade do fato exacerba-se considerando que os militares têm acesso a armas de fogo, e suas atividades demandam nível de responsabilidade incompatível com o uso de qualquer substância entorpecente. Assim, o mero porte de psicotrópicos constitui conduta temerária, pelo que se reveste de alto grau de reprovabilidade.

Conforme assevera Jorge César de Assis<sup>76</sup>:

Oportuno dizer ainda que o delito militar de posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar é delito especial de posse ou uso da droga, exatamente porque ele ocorre em lugar sob administração militar.

O lugar sob administração militar previsto no *caput* do art. 290, ou mesmo nos casos assimilados, é um requisito especial para o apenamento do fato. Já aqui, não se trata de posse ou uso comum de qualquer lugar, mas, sim, de um porte ou uso especial da droga, ou seja, aquele que ofende os valores básicos das instituições militares.

A Suprema Corte também corrobora o entendimento acima exposto, conforme a ementa a seguir, *in litteris*:

DIREITO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 290 DO CPM. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-APLICAÇÃO. QUESTÃO APRECIADA PELO PLENÁRIO. ORDEM DENEGADA.

1. A questão de direito tratada neste *writ* diz respeito à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar.

2. Tratamento legal acerca da posse e uso de substância entorpecente no âmbito dos crimes militares não se confunde com aquele dado pela Lei 11.343/06, como já ocorria no período anterior, ainda sob a vigência da Lei 6.368/76.

3. Direito Penal Militar protege determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum.

4. Bem jurídico tutelado pelo art. 290 do CPM não se restringe à saúde do próprio militar usuário de substância entorpecente, mas, a tutela da regularidade de operação e funcionamento das instituições militares.

5. Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290 do CPM.

6. Por fim, registro que, recentemente, na sessão de julgamento realizada em 21.10.2010, nos autos do HC 103.684/DF, rel. Min. Ayres Britto, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que “a posse, por militar, de reduzida quantidade de substância entorpecente em lugar sujeito à administração castrense (CPM, art. 290) não autoriza a aplicação do princípio da insignificância” (Informativo 605/STF).

<sup>76</sup> ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 7ª ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2012. p. 639.

7. Naquela oportunidade, a Corte ressaltou que o cerne da questão não abrange a quantidade ou o tipo de entorpecente apreendido, mas a qualidade da relação jurídica entre o usuário e a instituição militar da qual faz parte, no momento em que flagrado com a posse da droga em recinto sob a administração castrense. Tal situação é incompatível com o princípio da insignificância penal. Além disso, ante o critério da especialidade, rejeitou-se a aplicação do art. 28 da Lei 11.343/2006.

8. Ordem denegada.

(STF – HC nº 99585/SP. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJe 14/2/2011).

Ainda nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. POSSE DE DROGA EM QUANTIDADE ALEGADAMENTE ÍNFIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. LEI 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. ESPECIALIDADE DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 21.10.2010, assentou a inaplicabilidade do princípio da insignificância ao acusado do crime descrito no art. 290 do Código Penal Militar (HC 103.684, rel. min. Ayres Britto). Dada a especialidade do art. 290 do CPM, é também inaplicável ao caso o disposto na Lei 11.343/2006, inclusive o seu art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário de droga (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Habeas corpus denegado.

(STF – HC nº 104.838/SP. Segunda Turma. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. DJe 19/11/2010).

Portanto, o princípio da insignificância ou bagatela não se aplica aos crimes relacionados a entorpecentes<sup>77</sup>, tendo em vista que refrata nos pilares do direito penal castrense, a saber, hierarquia e disciplina, e a incidência do referido princípio fica afastada quando cometido em área sujeita à administração militar, uma vez que, em jogo, também está o interesse da Organização Militar<sup>78</sup>. Ademais, o alto potencial ofensivo do armamento militar não tolera erros no seu manuseio, atribuídos ao consumo de drogas, por menor que seja a quantidade de entorpecente consumida.

---

<sup>77</sup> STF – HC nº 91.759/MG. Primeira Turma. Relator Ministro Menezes Direito. DJe 29/11/07.

<sup>78</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 388.



---

JURISPRUDÊNCIA





Apelação



---

**APELAÇÃO Nº 16-77.2009.7.12.0012-AM**

---

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

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de James Eulio Campos Sá, 1º SG Mar, como incurso no art. 308, § 1º, do CPM, e de Francis José Cheuan e Manuel Barbosa Gonçalves, Civis, como incursos no art. 309, parágrafo único, do citado Diploma legal.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 11/12/2014.

Advogados: Drs. Sergio Augusto Graça Cavalcante, Fernanda Cabral Marques, João Bosco de Albuquerque Toledano, José Higino de Sousa Netto e Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

APELAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA NÃO CONFIGURADAS. MANUTENÇÃO DO DECRETO ABSOLUTÓRIO.

Recurso ministerial pleiteando a reforma da Sentença *a quo* para fins de condenar um Sargento da Marinha pelo crime de corrupção passiva, e dois Civis pelo crime de corrupção ativa, previstos nos arts. 308, § 1º, e 309, ambos do CPM. Alega o *Parquet militiens* que o Graduado aceitou receber depósito em dinheiro na conta bancária de sua esposa para deixar de emitir notificação em desfavor de embarcação civil.

Em razão das dificuldades inerentes à Região Amazônica, após ser resgatado pela embarcação dos Réus civis, o Graduado foi questionado da possibilidade de emprestar conta bancária para poder abastecer com víveres e mantimentos a embarcação civil, visto que os tripulantes, por motivo de segurança, não traziam consigo valores em dinheiro e/ou cartões bancários.

Não restou comprovado que o dinheiro depositado realmente tenha sido fruto de suborno, tampouco que o Sargento tenha exigido este valor da tripulação civil.

As despesas da embarcação civil foram amplamente comprovadas nos autos. Os depoimentos foram convergentes, nenhuma prova foi produzida em contrário. Autoria e materialidade do delito não caracterizadas.

Apelo ministerial a que se nega provimento. Mantida a absolvição. Unânime.

---

## DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo ministerial, mantendo na íntegra a Sentença absolutória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Mário Sérgio Marques Soares. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho e Carlos Augusto de Sousa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Fernando Sérgio Galvão, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi. O Ministro Francisco Joseli Parente Camelo encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 71ª Sessão, 24/9/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo representante do Ministério Público Militar irresignado com a absolvição de JAMES EULALIO CAMPOS SÁ, 1º SG Mar, como incurso no art. 308, § 1º<sup>79</sup>, do CPM, e dos Civis FRANCIS JOSÉ CHEUAN e MANUEL BARBOSA GONÇALVES, como incursos no art. 309, parágrafo único<sup>80</sup>, do mesmo diploma legal.

A Denúncia foi oferecida nos seguintes termos (fls. 02/06):

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, em 21 de novembro de 2008, na Delegacia Fluvial de Eirunepé, na cidade de Eirunepé/AM, o 2º SG Mar JAMES EULÁLIO CAMPOS SÁ, qualificado à fl. 10, recebeu para si vantagem indevida, no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e

---

<sup>79</sup> Art. 308, CPM – Receber para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessas de tal vantagem.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§ 1º - A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em consequência da vantagem ou promessa, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

<sup>80</sup> Art. 309, CPM. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional. Pena – reclusão, até 8 (oito) anos.

quinhentos reais), deixando de praticar ato de ofício ao não proceder às notificações para os documentos vencidos e autuar o responsável pelo comboio E/M BRASILEIRO C/B BR VII e VI, assinando, ilicitamente, o despacho de liberação das embarcações e empurradores (fls. 10 e 18).

Consta, ainda, que o Marinheiro Auxiliar de Convés MANUEL BARBOSA GONÇALVES, qualificado à fl. 18, em comum acordo com o proprietário das embarcações, FRANCIS CHEUAN, não qualificado, depois da abordagem da polícia marítima federal, deram o valor acima especificado, comprovado por depósito em conta bancária, para que o 2º SG JAMES não praticasse ato de ofício, logrando, em razão da dádiva, obter liberação do comboio.

Segundo restou apurado, em razão do vencimento das vistorias, já haviam sido abertas notificações, as quais foram assinadas pelo Comandante da Embarcação durante abordagem realizada pela Inspeção Naval. Entretanto, quando o comboio chegou ao porto de Eirunepé, o 2º SG JAMES as cancelou, alegando retribuição a uma suposta prestação de socorro, sem comprovação nos autos, das referidas embarcações à Guarnição da Lancha Guerreira XII (fls. 11 e 19).

JAMES alegou, ainda, que durante o procedimento de liberação das embarcações, o Marinheiro Auxiliar de convés MANUEL teria perguntado se o mesmo possuía conta no Banco do Brasil, ao que lhe foi respondido que somente sua esposa é quem possuía. Segundo MANUEL, era necessário utilizar uma conta bancária de terceiro para receber depósito, pois a tripulação possuía conta no HSBC (fl. 19).

De acordo com JAMES, então, para retribuir o apoio prestado à Guarnição da Lancha Guerreira XII e, ainda, considerando que na cidade de Eirunepé só havia Agências do Banco do Brasil e do Bradesco, foi depositado o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) na conta bancária de sua esposa LUCÉLIA ALVES AGUIAR (Banco do Brasil, Agência 1057-X, Conta nº 9.714-4).

É, portanto, alegado por MANUEL – e confirmado por JAMES – que, para fazer face aos diversos pagamentos a credores na cidade de Eirunepé, MANUEL, necessitava de uma conta bancária daquela praça para ser depositado o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), quantia esta que depositada na conta bancária de LUCÉLIA, em 21 de novembro de 2008, foi sacada na mesma data para liquidar as despesas constantes nos documentos de fls. 33 a 38.

Segundo MANUEL, quem providenciou o depósito na conta bancária da mulher de JAMES foi o proprietário da embarcação, o qual estava ciente de todo o episódio (fl. 20). Assim, segundo querem fazer crer JAMES e MANUEL, o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) foi sacado em 21 de novembro de 2008 e entregue totalmente a MANUEL já que, supostamente, se destinava ao pagamento de víveres no valor de R\$ 809,60; Seguro Obrigatório no valor de R\$ 93,58; Despachante no valor de 250,00; Óleo diesel no valor de R\$ 5.320,00, totalizando o valor de R\$ 6.437,18.

Acontece que, após a quebra de Sigilo Bancário de LUCÉLIA, restou constatado que, na data de 21 de novembro de 2008 (v. fl. 47, anexo), não ocorreu o saque total como alegado por JAMES e pelo próprio MANUEL, sendo certo que as notas fiscais e recibos de fls. 33 e 38, totalizando o valor de R\$ 6.473,18 (seis mil, quatrocentos e setenta e três reais e dezoito centavos), não poderiam ser liquidados com apenas R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Ao demais, verificou-se que, em 24 de novembro de 2008, o valor de R\$ 1.000,00 foi transferido para uma conta poupança sendo a titular LUCÉLIA ALVES AGUIAR, esposa do SG JAMES.

Já a transferência de R\$ 4.500,00, ocorrida em 28 de novembro de 2008, da conta poupança de LUCÉLIA foi efetuada para a conta nº 1713989-9, de JOSÉ APRIGIO F. SOUZA, CPF nº 391.377.084.49.

Conforme informado pelo Banco do Brasil, o depósito em conta corrente de LUCÉLIA ALVES AGUIAR no valor de R\$ 6.500,00, efetuado via caixa no dia 21.11.2008, na agência da Av. Djalma Batista, em Manaus (AM) não teve depositante identificado.

Alguns valores foram sacados nos dias que se seguiram, seja em terminal de atendimento, seja no caixa, evidenciando-se que o valor total do depósito efetuado não foi sacado de uma só vez em 21 de novembro de 2008 e entregue a MANUEL pelo SG JAMES.

Assim agindo, JAMES, livre e conscientemente, recebeu vantagem indevida, no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) e, usando da função que desempenhava, deixou de praticar ato de ofício ao não atuar e impedir o tráfego aquaviário da embarcação, bem como infringindo dever funcional assinou despacho de liberação da mesma.

MANUEL e FRANCIS CHEUAN, da mesma forma, livres e conscientemente, deram o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) para que JAMES praticasse o ato com infração de seu dever funcional.

Posto isto, DENUNCIO perante este Juízo JAMES EULÁLIO CAMPOS SÁ como incurso nas penas do artigo 308, § 1º, Código Penal Militar; MANUEL BARBOSA GONÇALVES e FRANCIS CHEUAN como incurso nas penas do artigo 309, parágrafo único, do Código Penal Militar.

A Denúncia foi recebida em 18 de abril de 2011 (fl. 02).

Foram juntadas aos autos do IPM (fls. 39/43) notas fiscais, recibos e declarações que atestam pagamentos realizados pela tripulação da embarcação BRASILEIRO durante sua estada no município de Eirunepé/AM na data dos fatos objeto deste Processo.

O Acusado FRANCIS JOSÉ CHEUAN foi devidamente citado em 17 de agosto de 2011, conforme certidão de fl. 77.

O Acusado 1º SG Mar JAMES EULALIO CAMPOS SÁ, por estar servindo embarcado na cidade do Rio de Janeiro, foi citado, qualificado e interroga-

do por intermédio de carta precatória, enviada para a 1ª CJM (fl. 73). Assim, sua citação ocorreu em 16 de setembro de 2011 (fl. 132), e seu interrogatório foi marcado para o dia 21 subsequente.

O Acusado Civil MANUEL BARBOSA GONÇALVES, após diversas diligências, não foi encontrado. Desta forma, por Decisão do Juiz-Auditor, datada de 20 de outubro de 2011 (fl. 145), foi determinada a publicação do Edital de Citação. Em 3 de novembro de 2011 o Acusado foi devidamente citado mediante publicação do Edital de Citação no DJe nº 197/2011 (fl. 150).

No dia 21 de setembro de 2011, na sede da 2ª Auditoria da 1ª CJM (Rio de Janeiro), perante o Juiz-Auditor, o Promotor de Justiça Militar e do Advogado constituído, o Acusado 1º SG Mar JAMES EULALIO CAMPOS SÁ foi qualificado e interrogado (fls. 134/136), e declarou que:

servia na Agência Fluvial de Eirunepé/AM, sendo certo que na época era o Mestre da Agência e encarregado da Seção que cuida de documentação das embarcações; **que a imputação não é verdadeira; que realmente liberou a lancha, mas o fez diante de despacho próprio, por ser o mais antigo na época; que a liberou para ir a Manaus/AM; que não recebeu a quantia de seis mil e quinhentos reais que a denúncia descreve, no entanto ela foi depositada na conta de sua mulher, desconhecendo quem fez isso;** que a conta da sua esposa era separada da sua; que o civil Manuel disse ao interrogando que o dinheiro estava na conta da sua esposa; que o Sr. Manuel é civil e trabalha no Rebocador; que em suma foi isso; que não sabe quem depositou o dinheiro na conta da sua esposa; que os cinco mil e novecentos reais que restaram na conta de sua mulher foram pegos pelo réu e usados para despesas pessoais, uma vez que já havia passado igual valor de suas economias para o Sr. Manuel; que não sabe quem depositou o dinheiro na conta de sua mulher para as despesas da guarnição da embarcação; **que sabia que seria depositado um certo valor na conta de sua esposa porque o Manuel pediu o número para fazer isso, porém o réu não sabia qual era o valor exato, até aquele momento;** que recebia pelo Unibanco, mas como lá não tinha agência, o réu transferiu todo o seu dinheiro, via internet, para a conta da sua esposa, sendo certo que era quem mais movimentava esta conta; que não liberou nenhuma embarcação ilícitamente, uma vez que não se encontrava em nenhuma inspeção naval, função que estava vaga na ocasião; que no momento não havia ninguém ocupando essa função; **que realmente não notificou para o documento vencido; nem autuou o responsável pelo comboio, porque se sensibilizou com a situação deles ali; que eles também deram apoio ao interrogando, quando a lancha em que viajava sofreu avaria, ocasião em que eles rebocaram até próximo de Eirunepé, não podendo calcular a distância, mas podendo dizer que é muito longa;** que desconhece a questão do ajuste entre Manuel e o proprietário das embarcações, Francis Cheuan; que o comboio do Sr. Francis era na verdade um rebocador com

duas balsas; que não sacou totalmente o dinheiro e o entregou ao Manuel, conforme já declarou; que realmente houve a transferência do valor de mil reais para a conta de João Marinho, como empréstimo dado pelo réu; que realmente houve a transferência de mil reais, em 24/11, para a conta de sua esposa, por motivo de segurança; que a transferência de quinhentos reais, ocorrida em 28/11 para José Aprigio foi uma antecipação feita pelo réu do pagamento de um ar condicionado que teria comprado dele; que nada sabe dizer sobre o fato de o depósito de seis mil e quinhentos reais ter sido feito na conta de sua esposa por depositante não identificado; que a sua esposa não trabalha e que fica em casa tomando conta dos seus filhos; que nessa conta de sua filha era depositado o dinheiro do aluguel de uma residência em Manaus/AM e a sua movimentação bancária, vez que transferia o seu pagamento do Unibanco para ela; que teve um problema no Banco do Brasil e assim não pode abrir conta; que acredita que a conta de sua esposa tenha sido aberta no ano de dois mil e sete; que nunca esteve com o Sr. Francis Cheuan; que a Agência era formada por um Capitão-Tenente, havendo sete militares na época; que acredita que no dia 21/11 o Capitão Neilton se encontrava em Manaus/AM, portanto o réu estava como mais antigo da Agência e acompanhado apenas do Sargento Sandro; que foi a primeira vez que deu o número da conta da sua esposa para Manuel para depósito de dinheiro; que na Agência existiam cinco embarcações militares, sendo que algumas avariadas; **que pegou três dias de prisão simples por não ter aberto notificação;** que nunca foi preso nem processado; que acredita que alguém que estava no balcão da Agência, e que ouviu o Manuel falar em dinheiro, tenha dado causa a apuração; que deseja acrescentar que não ganhou nenhuma vantagem com isso. Às perguntas do MPM, respondeu: **que não tinha amizade com o Sr. Manuel e o conheceu somente no dia que a lancha quebrou; que não pegou recibo pelo dinheiro entregue a ele.** Às perguntas de defesa respondeu: que quando Manuel falou sobre a conta da sua esposa só estavam os dois conversando; que não é verdade que a embarcação do Sr. Francis tenha sido abordada, vez que o réu não se encontrava em inspeção naval, como já disse; que observando a foto que foi apresentada na tarde de hoje pela sua defesa, a qual deverá ser juntada aos autos, o réu reconhece uma lancha militar sendo rebocada por um rebocador desconhecido; **que se o comboio do Sr. Francis não tivesse passado pela lancha avariada teria ficado muito mais tempo no rio Juruá;** que não recebeu nenhuma ajuda oficial após a avaria da lancha; que o reboque da lancha da Agência foi de ajuda oficial após a avaria da lancha; **que o reboque da lancha da Agência foi de dois dias, período em que não recebeu nenhum apoio oficial, até porque não havia comunicação com a Agência;** que após a avaria não chegou a fazer nenhuma comunicação com a Agência; que não havia nenhum superior presente quando chegou na cidade de Eirunepé com a lancha avariada. (grifos nossos).

O Civil FRANCIS JOSÉ CHEUAN, interrogado em Sessão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 9 de fevereiro de 2011, declarou (fls. 178/180):

(...) que em relação aos fatos narrados na denúncia o interrogando somente tomou conhecimento agora, no presente momento (eu só estou sabendo disso agora); que o que o interrogando pode dizer sobre os fatos **é que foi solicitado pelo Seu Manuel para que fosse providenciado um numerário para depositar numa conta (a conta em questão me foi passada por telefone pelo Seu Manuel)**; que o Seu Manuel em questão refere-se ao Acusado Manuel Barbosa Gonçalves; **que o depósito solicitado era para cobrir algumas despesas na cidade de Eirunepé, despesas da empresa Francis José Cheuan e Cia Ltda; que as despesas em questão referiam-se a custos diversos das embarcações (os custos variavam, iam desde provimentos para rancho até complementação para óleo diesel)**; que, após a ligação recebida, em que se solicitava o depósito do numerário em questão, o interrogando entrou em contato com o setor financeiro da aludida empresa, nesta cidade de Manaus, determinando a efetivação do depósito (não me foi passado o nome de ninguém, eu nem sabia, na verdade, de quem era esta conta); que o montante dito na referida ocasião, para depósito, era de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais); **que o interrogando não conhece o acusado James Eulálio Campos Sá** (nunca tive contato com ele, vim saber quem é agora, com este processo); **que o interrogando não sabe dizer por qual razão está sendo acusado da prática do delito de corrupção ativa** (acho que o Ministério Público poderá estar mal informado); que à época dos fatos narrados na exordial a empresa Francis José Cheuan e Cia Ltda operava em umas quatro ou cinco embarcações; **que o Sr. Manuel Barbosa Gonçalves exerce função de prático (em algumas ocasiões, determinadas viagens em embarcações da empresa eram feitas por ele)**; que não havia uma relação de emprego, visto que o Sr. Manuel era autônomo (assim como ele trabalhava para a minha empresa, trabalhava para outras, embora já tenha feito algumas viagens para a nossa empresa); **que era normal a solicitação de depósitos, feitos pelo senhor Manuel, para despesas com embarcações (assim como outros também já solicitaram depósitos)**; **que as viagens das embarcações estão sujeitas a várias intempéries, passando por várias localidades, sem nenhum apoio, sendo que as embarcações acabam tendo despesas diversas (manutenção de item que dá problema, combustível, reforço do rancho, bomba d'água, hélice, etc...), e como a embarcação precisa seguir viagem, estas despesas precisam, de alguma forma, ser cobertas**; **que em razão de tal situação, e considerando que os práticos não têm conta em bancos que estão em determinadas localidades, e nem a empresa tem filial nestes locais, é comum a solicitação de apoio para que alguém que possua conta corrente em banco com sede em algum local que esteja em algum determinado trajeto da embarcação, permita que depósitos sejam feitos em sua conta para facilitar que as inúmeras despesas (toda hora é uma coisa) sejam cobertas (se não for assim não há como seguir viagem)**; que na época em que foi solicitado o depósito de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), para fazer frente a despesas com a embarcação BRASILEIRO, o comandante da mesma, salvo engano do interrogando, era um senhor de nome EVARISTO (eu não tenho certeza, só vendo mesmo para confirmar); que pelo que o interrogando se re-

corda, o senhor Evaristo tinha sofrido um “baque” no braço, razão pela qual não estava sendo possível ao mesmo fazer determinadas atividades; que em verdade qualquer membro da tripulação que tenha condições, pode solicitar verbas para cobrir despesas das embarcações (seja comandante, prático ou motorista); **que, na maioria das vezes, o comandante da embarcação nem vai em terra (são portos de difícil acesso, e o comandante determina que alguém da tripulação vá em terra para fazer inúmeras coisas, inclusive cobrir despesas);** que com os R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) acima referidos foram pagas algumas despesas referentes à embarcação BRASILEIRO (foram pagos combustível, despacho, seguro e algumas outras coisas que já não me recordo); que na época dos fatos a documentação da embarcação BRASILEIRO “estava toda legalizada”; que em uma viagem de quatro a cinco dias, subindo o rio, são gastos aproximadamente 8.000 litros de óleo diesel (que gera uma despesa aproximada de dezesseis mil reais); que durante as viagens as intempéries são constantes (para se ter uma idéia, em época de seca, uma parte do rio pode baixar um metro e meio em apenas vinte a quatro horas); que em razão das intempéries acima consignadas são constantes os problemas com estoques de bordo, razão pela qual é comum, apesar dos planejamentos feitos, que se necessite de verbas para cobrir despesas resultantes destas intempéries (inclusive de rancho, pois a embarcação pode ficar mais tempo do que o previsto); que em relação às despesas acima referidas, não previstas, nem todas são controladas por meio de nota fiscal (algumas sim, outras não); que algumas embarcações da empresa Francis José Cheuan e Cia Ltda chegaram, na época dos fatos, a ser notificadas pela Agência Fluvial de Eirunepé em razão das infrações à lei de segurança do tráfego aquaviário (eu não me lembro exatamente quais foram); que, na ocasião dos fatos narrados na exordial, a embarcação BRASILEIRO não se encontrava apreendida pela Agência acima referida; que na época não havia nenhum integrante da empresa Francis José Cheuan e Cia Ltda com procuração para fazer desembarços junto à Agência Fluvial de Eirunepé (nós tínhamos um despachante para essas coisas). Às perguntas do MPM respondeu: que naquela época um dos despachantes era uma pessoa de nome Raimundo Menezes (ele ainda faz serviços para a empresa); que em relação ao outro despachante que, à época dos fatos, prestava serviço à empresa Francis José Cheuan e Cia Ltda, o interrogando não recorda o seu nome (realmente não me lembro agora). (grifos nossos).

O Civil MANUEL BARBOSA GONÇALVES prestou depoimento às fls. 204/206 e declarou:

Que, ao tempo da imputação que lhe é atribuída, se encontrava no local referido da denúncia; que não conhece as testemunhas arroladas na denúncia e nada tem a alegar contra elas; **que não é verdadeira a acusação; que acredita que está sendo acusado porque perguntou ao SG JAMES se ele tinha conhecimento de uma pessoa de confiança para a qual poderia ser feito o depósito bancário, pois não tinha conta no Banco do Brasil nem no Bradesco nem Caixa Econômica; que a conta bancária do declarante era no HSBC; que então o Sargento deu o nome e os dados bancários de uma pessoa que seria de confiança; que o**

**declarante não sabia tratar-se da esposa do sargento, o que ficou sabendo três anos depois, quando chegou a Manaus e começou o processo;** que o primeiro contato que fez com o SG JAMES se deu no dia 17 ou 18 de novembro de 2008; que o contato foi feito via rádio, quando o sargento passou pelo declarante a bordo da lancha Guerreira, o que ocorreu num local chamado seringal Pernambuco; **que dois dias depois conheceu pessoalmente o SG JAMES no seringal São José, uma vez que a lancha do sargento estava com o eixo “torado”;** **que então rebocou a lancha; que na ocasião as vistorias do comboio estavam em dia; que o seguro do rebocador estava vencido, venceu em viagem e não dava para ser pago; que não recebeu qualquer notificação do SG JAMES;** que quem realizou o depósito foi a gerente da empresa em Manaus, que se chama Urquiza; que na ocasião o declarante fez contato com o Sr. FRANCIS, que estava em São Paulo; que o motivo do pedido de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) era o pagamento de dívidas feitas por ocasião da subida para Cruzeiro do Sul; **que necessitava pagar rancho, óleo diesel e outras despesas menores; que não sabe dizer quem retirou o dinheiro da conta-corrente; que recebeu o dinheiro no balcão da Capitania pelo próprio Sargento JAMES, o que ocorreu por volta das quatro e meia; que com o dinheiro realizou o pagamento das dívidas citadas e mais o seguro;** que então ficou sem dinheiro; que o declarante partiu de Eirunepé em direção a Cruzeiro do Sul no dia 27 de outubro de 2008, ocasião em que já não havia as dívidas; que retornou na data dos fatos; que, quando se sai em viagem, não se leva dinheiro; que, se houver necessidade, o pagamento é feito depois diretamente ao fornecedor ou utilizando-se de uma conta que permita a retirada de valor; que atualmente o declarante tem conta no Bradesco para atender essas necessidades; que o Bradesco tem posto ou agência em quaisquer das cidades; que nunca aconteceu de oferecer dinheiro a alguém da Capitania. (grifos nossos).

Em manifestação juntada às fls. 211/212, o representante do MPM arguiu a nulidade do interrogatório do Acusado 1º SG Mar JAMES EULALIO CAMPOS SÁ, pois fora realizado por intermédio de carta precatória na cidade do Rio de Janeiro. Argumentou que, por ser o Réu militar da ativa, deveria ter sido inquirido por escabinato e que, ademais, o interrogatório não foi realizado perante a presença do promotor natural da causa.

Em Decisão de 28 de junho de 2012 (fls. 232/235), o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 12ª CJM decidiu, por unanimidade de votos, indeferir o pleito ministerial, determinando que seja mantido na íntegra o interrogatório do Acusado 1º SG Mar JAMES EULALIO CAMPOS SÁ.

Desta Decisão, tempestivamente, o Ministério Público Militar interpôs Correição Parcial junto ao STM, em 31 de outubro de 2012.

Em 13 de dezembro de 2012, a Correição Parcial nº 124-04.2012.7.12.0012/AM foi indeferida, por maioria, nesta e. Corte Castrense, cuja relatoria foi do saudoso Ministro Alte Esq MARCOS MARTINS TORRES. Cito, a seguir, o inteiro teor da referida Ementa:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. INTERROGATÓRIO POR PRECATÓRIA.

Não é nula a realização de interrogatório por precatória quando necessária pela distância entre a sede do Juízo e a residência do Acusado, não se cogitando afronta ao pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, bem como ao Pacto de São José da Costa Rica.

Ausência de interesse do *parquet* das armas na representação, haja vista não poderem as garantias do Juiz Natural e do Princípio da Identidade Física do Juiz ser alegadas em prejuízo ao acusado. Correição indeferida. Maioria.

Prosseguindo em seu curso normal, foram inquiridas duas testemunhas arroladas pelo MPM, a esposa do Acusado militar e o então Comandante da Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental.

A Sra. LUCÉLIA ALVES AGUIAR, Civil, testemunha arrolada pelo MPM, deixou de prestar o compromisso legal por ser esposa do Acusado. Em seu depoimento (fls. 310/311), declarou, *verbis*:

Às perguntas do MPM respondeu: **que a declarante não tinha conhecimento de que o depósito ocorrido em sua conta-corrente, no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) destinava-se a supostos pagamentos de despesas do Sr. Manuel, conforme dito pelos réus James Eulálio Campos Sá** (marido da declarante) por ocasião do seu interrogatório (fls. 134/136); que a declarante conhece o Sr. João Marinho da Silva (é amigo); que a declarante conhece o Sr. José Aprígio F. Souza (ele também é amigo); que a declarante não sabe informar a razão da transferência de R\$ 1.000,00 (um mil reais) feita no dia 21/11/2008, da conta-corrente da declarante para a conta do Sr. João Marinho da Silva; que a transferência de R\$ 500,00 (quinhentos reais) feita da conta poupança da declarante para a conta do Sr. José Aprígio de Souza, no dia 28/11/2008, foi motivada pela aquisição de um aparelho de ar condicionado; que não foi a declarante que fez a transferência *on line* do valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) da sua conta-corrente para a sua conta poupança, no dia 24/11/2008 (foi o James quem fez, pois ele tinha acesso às senhas para fazer a transferência em questão); que era costume o acusado James Eulálio Campos de Sá (marido da declarante) fazer operações bancárias na conta-corrente e conta poupança da declarante (ele recebia pelo Unibanco, e em Eirunepé só havia agência bancária do Banco do Brasil e do Bradesco, e minhas contas-corrente e poupança eram do Banco do Brasil) **que o acusado James Eulálio Campos Sá (marido da declarante) tinha o costume de guardar quantias em dinheiro na residência (para viagens, férias com a família, pagamentos de aluguel, etc... costumava ser algo em torno de cinco mil reais, por aí)**. Sem perguntas pela Defesa de James Eulálio Campos Sá e de Manuel Barbosa Gonçalves. Às perguntas de Defesa de Francis José Cheuan, respondeu: que a declarante não conhecia os acusados Manuel Barbosa Gonçalves e Francis José Cheuan; que a declarante nunca realizou nenhum saque no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais); que a declarante não

sabe informar se o acusado James Eulálio Campos Sá (marido da declarante) realizou ou não algum saque no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais); que a declarante tem conhecimento de que o acusado James Eulálio Campos Sá (marido da declarante) repassou, certa feita, a quantia de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) para o réu Manuel Barbosa Gonçalves (estava num envelope, ele sacou seiscentos reais e o restante a gente tinha das economias em casa); que a declarante não sabe informar qual foi o motivo do repasse acima do narrado; que não houve o saque de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) da conta da declarante (por causa do limite que era só de seiscentos reais). (grifos nossos).

A Testemunha, CMG RM1 DENNIS TEIXEIRA DE JESUS, em seu depoimento prestado junto à 3ª Auditoria da 1ª CJM (fls. 431/432), nada declarou de relevante sobre os fatos. Esclareceu que:

Aos quesitos apresentados pelo MPM, respondeu: 1) Que função ocupava à época dos fatos narrados na Denúncia? Declarou que era Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental; 2) O que sabe sobre os fatos narrados na Denúncia? Declarou que se lembra vagamente dos fatos; que o agente Neilton participou o fato pelo telefone e determinou a abertura de um procedimento administrativo para apurá-lo; 3) O que pode informar sobre o cancelamento da notificação do comboio E/M BRASILEIRO VII e VI, realizado pelo acusado James Eulálio Campos Sá, na Agência Fluvial de Eirunepé/AM, no dia 21/11/2008? Declarou que não tem conhecimento desse fato; 4) Sabe a testemunha informar se o procedimento adotado pelo referido acusado ocorria com frequência na Agência Fluvial? Declarou que não sabe informar; 5) O que mais sabe sobre os fatos narrados na Denúncia? Disse que nada mais sabe; 6) Deseja acrescentar algo nas suas declarações? Disse que deseja esclarecer que a Agência Fluvial de Eirunepé se localiza bem distante de Manaus e por essa razão não era possível acompanhar de perto a apuração dos fatos. (...) 1) A testemunha tomou ciência ou conhecimento da viagem ocorrida em 2008 da cidade de Eirunepé a cidade de Cruzeiro do Sul no estado do Acre na lancha Guerreira VII? Respondeu que sim, até porque todas as viagens eram autorizadas pela Capitania dos Portos; 2) A testemunha tomou ciência ou conhecimento de que a lancha Guerreira VII havia sofrido avaria no motor impossibilitando a conclusão da missão que era o transporte de militares da cidade de Eirunepé para a cidade de Cruzeiro do Sul no estado do Acre? Disse que o agente Neilton informou por telefone à Capitania dos Portos e chegou ao conhecimento do depoente; 3) A testemunha tomou ciência ou conhecimento de que a equipe seguiu viagem até Cruzeiro do Sul no Acre, ficando o Sargento JAMES no município de Ipixuna no Amazonas para tentar sanar a avaria da lancha Guerreira VII pondo fim à missão de transporte de militares para a cidade de Cruzeiro do Sul, no Acre e retornar a Base de Eirunepé? Disse que sim e foi participado pelo agente Neilton; 4) A testemunha tomou ciência ou conhecimento de que, após consertar a avaria no motor da embarcação, a lancha guerreira VII sofreu a segunda avaria descendo o rio Juruá ao retornar do município de Ipixuna a Eirunepé no Amazonas, onde fora socorrida pelo rebocador Brasilei-

ro constante nos autos do processo? Disse que tomou ciência pelo agente Neilton; 5) A testemunha tomou ciência ou conhecimento de que o agente CT Neilton, um dos membros da equipe, havia seguido viagem de avião de Ipixuna até Cruzeiro do Sul no Acre, ficando o Sargento JAMES no município de Ipixuna no Amazonas para tentar sanar a avaria da lancha Guerreira VII pondo fim à missão de transporte de militares para a cidade de Cruzeiro do Sul no Estado do Acre? respondeu que sim; 6) A testemunha pode afirmar que o rio Juruá abrange o município de Eirunepé com seus afluentes é navegável, porém sinuoso, hostil e isolado para navegação de longa distância? respondeu que sim; 7) A testemunha pode afirmar se, quando uma lancha da marinha sofre avaria, ficando à deriva e descendo no caso em tela o rio Juruá, sem qualquer comunicação é comum o militar pedir ajuda a primeira embarcação que avistar? Respondeu que sim; 8) Como se deu a notícia do fato supostamente delituoso praticado pelos acusados? Respondeu que foi informado pelo agente Neilton; 9) Quem era o militar mais antigo na agência de Eirunepé no dia 21/11/2008? Respondeu que não se recorda; 10) É sempre o militar mais antigo da agência de Eirunepé que deve responder pela liberação de qualquer embarcação? Respondeu que sim; 11) Como é feito o controle de emissão de notificação para as embarcações, em quantas vias, quem pode cancelar a via principal do talonário e se fora recebido na capitania alguma numeração de notificação cancelada pelo sargento James? Respondeu que não se recorda desses detalhes, mas pode afirmar que uma notificação só pode ser cancelada depois de sanadas as avarias da embarcação; que na verdade não é cancelada, é liberada normalmente depois de sanadas as avarias; 12) Qual a conduta do SG James, inclusive com registro em ficha cadastral, bem como se houve na época qualquer outro tipo de denúncia no tempo em que prestou serviços na agência de Eirunepé e demais localidades de região amazônica? Respondeu que não chegou ao conhecimento do depoente qualquer problema antes desse apresentado no processo. (...) *“que qualquer pagamento relativo à Capitania é feito por GRU e não pode ser utilizada a conta-corrente de militares”*.

Na fase do art. 427 do CPPM, o representante do Ministério Público Militar nada requereu (fl. 471).

A Defesa do Civil FRANCIS JOSÉ CHEUAN nada requisitou, apenas solicitando prazo para alegações finais (fl. 474); a Defesa do Civil MANUEL BARBOSA GONÇALVES foi devidamente intimada e deixou correr o prazo *in albis*, devidamente certificado à fl. 476; por sua vez, a Defesa do Réu 1º SG Mar JAMES EULÁLIO CAMPOS DE SÁ solicitou, para fins do citado artigo, cópia das mensagens contidas no ACD EVT 11.16, inseridas no PAD, alegando serem de suma importância para comprovar as alegações de seu cliente (fl. 475).

O pleito foi deferido, no entanto, em resposta, a Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental informou não dispor mais de tais arquivos, pois as cópias das mensagens são mantidas em arquivo por 12 (doze) meses (fl. 484).

Em alegações escritas, o Ministério Público Militar requereu a condenação do Acusado JAMES EULALIO CAMPOS SÁ, 1º SG Mar, nas sanções do artigo 308, § 1º, do CPM, argumentando que restou plenamente comprovado que ele recebeu pra si vantagem indevida, no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), deixando de praticar ato de ofício ao não proceder às notificações para documentos vencidos e não autuar o responsável pelo comboio E/M BRASILEIRO, assinando ilicitamente o despacho de liberação das embarcações e empurradores. Requer, ainda, a condenação dos Civis MANUEL BARBOSA GONÇALVES e FRANCIS JOSÉ CHEUAN como incurso no art. 309 do mesmo diploma legal. Argumenta que os civis ofertaram o valor em dinheiro, pois estavam com as licenças vencidas e sabiam que ficariam detidos na Delegacia de Eirunepé/AM e, portanto, realizaram o depósito na conta da consorte do militar (fls. 489/491).

A Defesa constituída do Civil JAMES EULÁLIO CAMPOS DE SÁ, em alegações escritas (fls. 493/498), requereu a improcedência da Ação Penal, em razão de inexistir fato criminoso. Alegou que o Acusado encontrava-se à deriva e fora de missão, tendo que recorrer ao reboque ofertado pelo Sr. MANUEL. E que, em nenhum momento, liberou a embarcação conduzida pelo Sr. MANUEL de forma ilegal, pois as taxas necessárias para continuar a viagem haviam sido pagas na integralidade, não havendo, portanto, nenhuma infração penal em análise.

A Defesa do Civil FRANCIS JOSÉ CHEUAN, em alegações escritas de fls. 499/506, protestou pela improcedência do pedido Ministerial e consequente absolvição do Acusado alegando atipicidade do fato criminoso bem como ausência de *animus* e de provas o bastante para garantir a condenação na esfera penal.

Em 22 de maio de 2014, a Defesa constituída do Acusado MANUEL BARBOSA GONÇALVES enviou ofício ao Juízo (fl. 509) renunciando ao mandato para o qual foi designado e, em razão disso, solicitou a nomeação de substituto, na forma do art. 45 do CPC. Em 29 de maio de 2014, o Juiz-Auditor abriu vista à Defensoria Pública da União para que patrocinasse o Acusado MANUEL BARBOSA GONÇALVES (fl. 512).

Em 27 de junho de 2014, a Defensoria Pública da União apresentou alegações escritas pleiteando pela absolvição do Acusado MANUEL BARBOSA GONÇALVES.

Em sede preliminar, aduziu, por primeiro, a incompetência absoluta da Justiça Militar da União para processar e julgar acusados civis. Em segunda preliminar, a DPU sustenta a nulidade do processo, desde o recebimento da Denúncia, alegando não ter sido respeitado o rito previsto nos arts. 395 a 398 do CPP. Em terceira preliminar, requer a nulidade do feito por ausência de defesa, alegando que o Acusado permaneceu sem defesa técnica desde a origem, pois não foram requisitados nem apresentados elementos que caracterizassem a eficiente defesa do Acusado.

No mérito, a Defensoria Pública da União requereu a absolvição alegando falta de provas e a não caracterização do crime, pois aduz não ter havido, em nenhum momento, a intenção corruptiva, tampouco a corrupção (fls. 514/524).

Processo instruído, partes devidamente intimadas, foi convocado o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, relativo ao 4º trimestre de 2014, da Auditoria da 12ª CJM, com Sessão de Julgamento marcada para o dia 11 de dezembro de 2014 (fl. 666).

Em 11 de dezembro de 2014, em Sessão de Julgamento, o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 12ª CJM, por maioria de votos (3x2), julgou improcedente a Denúncia e absolveu, com base no art. 439, "b", do CPPM<sup>81</sup>, o 1º SG Mar JAMES EULALIO CAMPOS SÁ, o Civil MANUEL BARBOSA GONÇALVES e FRANCIS JOSÉ CHEUAN.

É da Sentença, *in verbis*:

(...) Preliminares:

Somente o Defensor do Acusado Manuel Barbosa Gonçalves arguiu preliminares.

Primeiramente, arguiu a nulidade do processo, sob o argumento de que não foram adotadas na instrução criminal as alterações trazidas pela Lei nº 11.719, de 20/6/2008.

Não pode ser acatada a tese da defesa. Ao contrário do CPP comum, o Código de Processo Penal Militar prevê o interrogatório no início da instrução criminal. O e. Superior Tribunal Militar editou a Súmula nº 15, que dispõe: "A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União".

Ainda em preliminar, a defesa arguiu a incompetência absoluta da Justiça Militar da União para apreciar o feito, sustentando que os fatos descritos na Denúncia se caracterizam como crime comum, de competência da Justiça Federal, eis que não envolve atividades fim das Forças Armadas, citando decisões do STF.

Também não procede a preliminar. A Lei Complementar nº 97/99, que dispõe sobre as normas gerais para organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, atribui à Marinha do Brasil a competência para promover a segurança da navegação do País, com destaque para o artigo 17, que trata das atribuições subsidiárias particulares. Assim, a conduta tratada nestes autos adéqua-se ao que dispõe o art. 9º, III, do Código Penal Militar.

---

<sup>81</sup> Art. 439, CPPM - O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da Sentença, desde que reconheça; (...) b) não constituir o fato infração penal.

**MÉRITO:**

Como costuma ocorrer nos tipos de crimes tratados nestes autos, são raras as vezes que são testemunhadas as ações, eis que não costumam ocorrer de forma ostensiva.

Em seu interrogatório, o 1º SG JAMES negou haver praticado corrupção. Alegou que fazia parte da tripulação de uma lancha da Marinha do Brasil (lancha Guerreiro VII), que sofreu pane, havendo necessidade de rebocá-la para a Agência da Capitania em Eirunepé, reboque feito pelo Empurrador Brasileiro, que transitava pelo local. Disse que estava só na lancha, eis que os demais tripulantes retornaram por outros meios e que, depois de chegar em Eirunepé, liberou o comboio do Empurrador Brasileiro com duas balsas, exigindo apenas o pagamento de taxa de seguro e que assim procedeu em gratidão à ajuda que a tripulação do empurrador deu à lancha da Marinha Guerreiro VII, rebocando-a. Disse ainda que assim procedeu sem exigir ou pedir nada em troca e que os R\$ 6.500,00, que foram depositados na conta-corrente de sua esposa, no Banco do Brasil, naquele mesmo dia, corresponderam a um favor que fez ao Marinheiro de Convés Manuel Barbosa Gonçalves (2º acusado), que necessitava receber aquele valor da matriz da empresa proprietária da embarcação, situada em Manaus, para saldar dívidas contraídas em Eirunepé em viagens anteriores, referentes às compras de mantimentos para tripulação e óleo diesel para a embarcação, além do pagamento do seguro obrigatório da embarcação, exigido pelo SG James e despesas com despachante.

**O depoimento do SG James está em consonância com o do acusado Manuel, em juízo e no IPM, segundo o qual havia necessidade de verba para aqueles pagamentos e que, como a embarcação não trafegava com dinheiro, por motivo de segurança, havia necessidade de receber dinheiro via transferência bancária, sendo que em Eirunepé só havia agência bancária do Banco do Brasil e do Bradesco e o Sr. Manuel, responsável pelo recebimento do dinheiro, só tinha conta no Banco HSBC, sem agência naquela cidade.** Assim, segundo consta dos autos, nas versões citadas, Manuel pediu ao SG James o uso da conta-corrente do Banco do Brasil (da esposa do SG James) em Eirunepé, para o procedimento de transferência dos R\$ 6.500,00, no que o 1º SG James consentiu. Ainda na versão dos acusados, aquele valor foi depositado em Manaus, em uma agência do Banco do Brasil, para ser sacado em Eirunepé, mas, como o limite diário de saque da conta-corrente da Sra. Lucélia, esposa do SG James, era de R\$ 600,00, a diferença a ser entregue ao acusado Manuel, R\$ 5.900,00, foi entregue, no mesmo dia (21/11), em dinheiro vivo, que o SG James e sua esposa tinham em sua residência, para emergências – a Defesa de James sustentou que devido a dificuldades de transporte de Eirunepé a Manaus, com apenas dois voos semanais ao custo médio de R\$ 2.000,00 reais por trecho, é conveniente ter dinheiro em casa para emergências, principalmente, considerando que seu defendido tinha dois filhos menores – após se certificar de que o depósito havia sido feito, fato confirmado pela esposa do SG James (fls. 310/311).

Foram juntados aos autos comprovantes (recibos e notas fiscais) das alegadas despesas da embarcação pagas naquele dia, totalizando R\$ 6.473,18 (fls. 39/43). Tais documentos não foram contestados, periciados ou submetidos a qualquer tipo de verificação durante a instrução processual.

Em depoimento em Juízo, o então Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental, CMG RM1 Dennis Teixeira de Jesus, confirmou que tomou conhecimento na época da avaria na lancha Guerreiro VII e da necessidade de rebocá-la.

A Sra. Lucélia Alves Aguiar, esposa do acusado 1º SG James, prestou depoimento em Juízo, sem prestar o compromisso do art. 352, § 2º, c/c o art. 354, ambos do CPPM. Confirmou que cedeu sua conta para o depósito, que seu limite de saque era de R\$ 600,00, que o SG Jaime tinha o costume de guardar dinheiro na residência.

**Devemos considerar algumas características da região onde está situada a cidade de Eirunepé. Situada a 1.159 Km da capital do Estado, Manaus, (cerca de 5 dias de navegação), à beira do Rio Juruá, a cidade é de difícil acesso e recursos materiais limitados. As embarcações que por lá navegam fazem trajetos em locais isolados, sendo razoável a alegação de que como medida de segurança não transportem dinheiro, nem mesmo para o sustento dos tripulantes, necessitando abastecer nas cidades ribeirinhas, no comércio local, buscando formas alternativas de pagamento dos bens adquiridos (combustível, alimentos, etc...). Algumas cidades na região nem mesmo possuem agências bancárias, sendo comum ainda a troca de mercadorias (escambo).**

**Aqueles que conhecem as limitações de meios de comunicação, transporte, comércio e de movimentação de dinheiro na região recebem as argumentações dos réus como razoáveis, até dignas de crédito, salvo prova em contrário, que não foi produzida nestes autos, devendo prevalecer os argumentos das defesas dos réus.**

Quanto aos acusados Francis José Cheuan, a quem pertence a empresa Francis José Cheuan e Cia, proprietário da embarcação E/M Brasileiro e das balsas BR VI e VII, confirmou em juízo que recebeu ligação telefônica do acusado Manuel que relatou a necessidade de serem depositados R\$ 6.500,00 para suprir o pagamento de combustível, rancho e taxas da embarcação e que assim procedeu, pois aquele era o costume, mandando um funcionário fazer o depósito na conta indicada pelo Sr. Manuel.

Isto posto, o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, por maioria de votos (3x2), julga improcedente a Denúncia para absolver o 1º SG Mar JAMES EULÁLIO CAMPOS SÁ de praticar o crime do artigo 308, § 1º, do Código Penal Militar e os civis MANUEL BARBOSA GONÇALVES e FRANCIS JOSÉ CHEUAN de praticarem o crime do art. 309, § único, do Código Penal Militar, tudo com fundamento no art. 439, "b", do Código de Processo Penal Militar. (grifos nossos).

Na ocasião, votaram vencidos os Juízes-Militares CF Mar Nubia Maria Santos Rodrigues e o CT Mar Guilherme Dias Pinheiro Neto, que votavam pela condenação dos acusados, nos exatos termos da Denúncia.

A Sentença foi publicada em 19 de dezembro de 2014 (fl. 693). O Ministério Público Militar foi intimado em 7 de janeiro de 2015 (fl. 695). A DPU foi intimada em 13 de janeiro de 2015 (fl. 697). A Defesa do acusado Francis José Cheuan foi intimada no dia 22 de janeiro de 2015, mesma data em que foi intimada a Defesa de James Eulalio Campos de Sá (fl. 699).

O MPM interpôs recurso de Apelação no dia 8 de janeiro de 2015 (fl. 696). No dia 26 de janeiro transitou em Julgado para a DPU em relação a Francis José Cheuan; em 28 de janeiro transitou em julgado para James Eulálio Campos Sá e em 2 de fevereiro transitou em julgado para Manuel Barbosa Gonçalves (fl. 700).

Em razões de fls. 702/706, o Ministério Público Militar requereu a reforma da Sentença *a quo* para ver condenados o 1º SG Mar JAMES EULALIO CAMPOS SÁ, nas penas previstas no artigo 308, § 1º, do CPM e os Civis MANUEL BARBOSA GONÇALVES e FRANCIS JOSÉ CHEUAN, nas penas do artigo 309, Parágrafo Único, do CPM.

Aduz restarem amplamente comprovadas as atitudes delituosas imputadas aos acusados, sustentando que o militar recebeu dos demais acusados o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) a título de ter cancelado as autuações por vencimento das vistorias dos comboios, alegando uma retribuição a um socorro, o que – segundo o Promotor de Justiça Militar – não ficou comprovado nos autos. Reitera que, após o pedido de quebra de sigilo, restaram evidentes as contradições, pois em nenhum momento foi sacado o valor que alegam ter movimentado.

Em contrarrazões de fls. 708/713, a Defesa constituída do 1º SG Mar James Eulalio Campos de Sá, demonstrando a dinâmica dos fatos, alegou não existirem provas o bastante para fomentar uma condenação penal, que o que houve foi uma retribuição de confiança, onde o militar emprestou a contacorrente da sua esposa para que a tripulação da embarcação – que lhe prestou socorro – pudesse abastecer e pagar valores devidos na cidade de Eirunepé/AM. Que foi uma simples retribuição ao auxílio prestado. Nada além disso. Por fim, esclarece que foi acertada a Sentença e que a melhor decisão a ser tomada seria a manutenção da absolvição do militar.

A Defesa do Civil Francis José Cheuan, em contrarrazões ao recurso ministerial (fls. 714/723), alegou que não há provas que incriminem seu cliente, sequer a discriminação da conduta delitiva atribuída a ele. Aduz que, em razão das dificuldades peculiares da região amazônica, seu cliente – proprietário das embarcações – remetia dinheiro para as contas indicadas pelos pilotos e práticos das embarcações, para poder continuar a viagem e pagar as despesas com diesel, alimentação e manutenção, que isso era rotineiro e – fato esse – que em

momento algum foi negado por seu cliente. Que a razão desse procedimento era a insegurança de transportar tais valores em espécie no interior da embarcação e a inexistência de agências bancárias em todas as cidades ribeirinhas.

A Defensoria Pública da União, atuando em favor do civil Manuel Barbosa Gonçalves (fls. 725/726v), adotando os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos esposados na Sentença, alegou que não há provas nos autos que comprovem a atuação do seu assistido, requerendo a manutenção do *Decisum*. Que, como capitão da embarcação, seu assistido tinha necessidade de realizar compras e quitar dívidas anteriormente contraídas no município de Eirunepé/AM e que, em razão do ocorrido, solicitou a gentileza de utilizar a conta-corrente da esposa do militar para que pudessem ser transferidos numerários para dar quitação a esses suprimentos. E que, em razão das peculiaridades da região, esse procedimento é muito comum.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 737/745, subscrito pelo ilustre Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. ROBERTO COUTINHO, manifestou-se pelo não-provimento do Apelo, mantendo-se inalterada a r. Sentença absolutória por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É do Parecer, *verbis*:

Recorre o Ministério Público Militar no tocante à absolvição de JAMES EULÁLIO CAMPOS SÁ, 1º SG Mar, como incurso no art. 308, § 1º, do CPM, e de FRANCIS JOSÉ CHEUAN e MANUEL BARBOSA GONÇALVES, civis, como incurso no art. 309, parágrafo único, do citado Diploma Legal.

A exordial acusatória foi recebida em 18/4/2011 (fl. 02).

Sentença às fls. 680/692, datada de 11/12/2014 e publicada em 19/12/2014 (fl. 693).

O Ministério Público Militar (MPM), em síntese, alegou que (fls. 702/706):

1. O Apelado JAMES EULÁLIO cancelou notificações por vencimento de vistorias, alegando retribuição a uma prestação de socorro, sem comprovação nos autos, da embarcação civil lancha Guerreira XII, pertencente à Marinha do Brasil;

2. O SG JAMES EULÁLIO resolveu alterar sua versão dos fatos na fase instrutória, aduzindo que sacou R\$ 600,00, mas que repassou (devolveu) R\$ 5.900,00 (totalizando os R\$ 6.500,00 recebidos) ao Sr. MANUEL BARBOSA GONÇALVES, de suas próprias reservas pessoais, mas não conseguiu provar que esse “repasso” tenha realmente ocorrido;

3. A única testemunha, a Sra. LUCÉLIA ALVES AGUIAR (fls.310/311), que corrobora tal versão é esposa do Apelado JAMES EULÁLIO;

4. Sobre a aplicação do art. 400 do CPP à Justiça Militar, a matéria já foi sumulada por esse E. STM, no sentido da não aplicação;

5. Quanto à incompetência da Justiça Castrense, não procede a alegação, uma vez que o prestígio da Marinha da Brasil e a moralidade administrativa restaram violadas, o que atrai a competência da Justiça Especializada;

6. Também não possui fundamento a alegação de nulidade processual por ausência de defesa, pois, compulsando-se os autos, verifica-se que o advogado então oficiante manifestou-se em alguns momentos, fato corroborado pela própria DPU, quando menciona que o referido causídico informou que não tinha testemunhas a arrolar, não devendo confundir-se a ausência de defesa com insuficiência de defesa, conforme entendimento do Pretório Excelso;

7. O valor de R\$ 6.500,00, depositado por MANUEL BARBOSA GONÇALVES na conta da esposa do Apelado JAMES EULÁLIO, não obteve saque correspondente, mas apenas um no valor de R\$ 600,00 e uma transferência no valor de R\$ 1.000,00 para a poupança da própria Sra. LUCÉLIA, esposa do Apelado;

8. O apelado JAMES EULÁLIO mudou sua versão somente em interrogatório, alegando que a diferença entre o depósito de R\$ 6.500,00 e o saque de somente R\$ 600,00, ou seja, R\$ 5.900,00, foram repassados a MANUEL com recursos próprios, seus e de sua esposa, sem que se percebesse qualquer saque que pudesse confirmar tal versão;

9. A defesa do apelado FRANCIS só tem a seu favor os depoimentos dos próprios acusados, além do que, mesmo que não se coloque em dúvida os recibos datados de 21/11/2008, nada comprova que o valor foi repassado empregando-se as economias do casal, eis que não há comprovação nesse sentido;

10. A defesa do Apelado MANUEL, além do que já foi discutido, alega as preliminares supra;

A Defesa, em Contrarrazões à Apelação (fls. 709/713), em síntese, contra-argumentou que:

1. Além dos fundamentos da Sentença absolutória, acrescentou que o Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental DENNIS TEIXEIRA foi claro ao afirmar que a Lancha Guerreira havia sofrido avaria e que necessitava ser rebocada;

2. Aduziu também que o MPM supõe que as notas fiscais apresentadas pelo acusado MANUEL seriam forjadas, porém não requisitou qualquer perícia ou impugnação;

3. Não houve liberação de embarcação sem os documentos necessários para navegação dos rios da Amazônia;

4. Que o Estado do Amazonas possui dimensões continentais, onde embarcações trafegam por dias nas águas dos rios da região e que, por diversas ocasiões, se deparam com situações dessa natureza, principalmente com a questão bancária, que, nos interiores do Estado do Amazonas, funcionam com saques limitados, obrigando, muitas vezes, a guarda de valores nas residências para qualquer emergência, e que, em momento algum da instrução, fora requerido pelo MPM a justificativa dos valores que o Apelado tinha em sua residência, porque é sabedor das dificuldades que os militares que servem às Forças Armadas possuem quando estão servindo no interior do referido Estado.

Eis a questão controvertida.

Os requisitos recursais foram satisfeitos.

**Razão assiste à Defesa.**

**A Sentença foi justa quando afirma que o depoimento de JAMES EULÁLIO está em consonância com o de MANUEL, tanto no IPM, como em Juízo e que, como a embarcação não trafegava com dinheiro por motivo de segurança, havia necessidade de receber dinheiro via transferência bancária, só havendo na localidade agências do Banco do Brasil e do Bradesco.**

O limite diário de saque da conta-corrente da Sra. LUCÉLIA era de R\$ 600,00 e a diferença de R\$ 5.900,00 teve de ser feita no mesmo dia e em dinheiro vivo, não logrando êxito o MPM em demonstrar a falsidade de tal versão.

Foram juntados aos autos comprovantes das despesas alegadas com a embarcação sinistrada, totalizando o valor de R\$ 6.473,18, sem que o MPM comprovasse qualquer falsidade, ou mesmo requeresse qualquer tipo de perícia.

O CMG RM1 DENNIS TEIXEIRA DE JESUS (fls. 430 e 431), Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental na época, confirmou que tomou conhecimento da avaria da Lancha Guerreiro VII e da necessidade de rebocá-la, o que está de acordo com o depoimento do Apelado FRANCIS JOSÉ CHEUAN, proprietário da embarcação E/M Brasileiro e das balsas VI e VII, de que recebeu ligação de MANUEL para efetuar o depósito de R\$ 6.500,00, para pagamento de combustível, rancho e taxas de embarcação.

**Não basta, para a condenação, a íntima convicção do acusador, mas a “livre convicção do juiz”, com base nas provas trazidas aos autos.**

**Assim, entendemos que o MPM não reuniu provas suficientes para embasar um decreto condenatório, devendo prevalecer o postulado do *in dubio pro reo*, conforme entendimento da Suprema Corte Pátria:**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PROCESSUAL. Licitude. A culpabilidade não se presume. Deve ser

provada. O princípio, hoje consagrado em documentos internacionais e em constituições, inclusive a brasileira, art. 5º, LVII, inspira o processo penal – o contraditório, a plenitude da defesa, o “in dubio pro reo” e o ônus da prova a quem acusa. A presunção de inculpabilidade, pelo qual não só é culpado o condenado por decisão transitada em julgado, não exclui medidas cautelares, como a prisão processual, prevista na Constituição, art. 5º, LXI, ou em lei, Jurisprudência do STF. (grifo nosso)

É o que basta.

Motivos expostos, é o parecer pelo não provimento do recurso interposto, mantendo-se íntegra a r. Sentença absolutória, por seus próprios fundamentos jurídicos.

O Eminentíssimo Ministro-Revisor teve vista dos autos.

A Defensoria Pública da União foi intimada de que o feito foi posto em mesa para julgamento, oportunidade em que requereu a intimação dos patronos dos demais réus.

É o Relatório.

## VOTO

Inicialmente, cabe esclarecer, quanto ao pedido da ilustre representante da Defensoria Pública da União, da intimação dos patronos dos demais defensores, que, nesta Justiça especializada, tal intimação ocorre por intermédio de edital publicado no DJe, informando da colocação do feito em mesa. No caso em tela, os defensores foram intimados em 2/9/2015, por intermédio do DJe nº 165/2015, atendendo o pleito em questão, conforme verificado em pesquisa no sítio deste Tribunal.

O Recurso é tempestivo. Atende aos pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

A Sentença foi publicada em Sessão de 19 de dezembro de 2014. O Ministério Público Militar foi intimado em 7 de janeiro de 2015 e interpôs, no dia seguinte, a presente Apelação (fl. 696).

O representante do *Parquet* Castrense, em razões de recurso, requer a reforma da Sentença para condenar os Acusados 1º SG Mar JAMES EULÁLIO CAMPOS SÁ, FRANCIS JOSÉ CHEUAN e MANUEL BARBOSA GONÇALVES, estes últimos Civis, nos mesmos termos da Denúncia, pelo crime de corrupção.

As Defesas, em contrarrazões ao recurso de Apelação, alegaram, de forma uníssona, não existirem nos autos provas o suficiente para uma condenação na esfera penal e que, dadas as peculiaridades da região amazônica, a transferência de dinheiro para contas de habitantes locais é corriqueiro, pois os armadores têm necessidade de pagar suas despesas, tendo dificuldades em realizá-las em virtude da dificuldade de transportar valores em espécie no interior das

embarcações (risco de assalto) e por não haver agências bancárias em todas as cidades ribeirinhas; desta forma, as defesas alegam não haver crime algum na atitude perpetrada pelos seus defendidos.

Vejo que, no caso em tela, razão assiste aos Apelados, pelos motivos que passo a expor.

O Ministério Público alega a ocorrência inequívoca do crime de corrupção. Afirmo que, devido ao relacionamento fomentado durante um pedido de socorro da lancha inoperante da Marinha do Brasil, comandada pelo Sargento JAMES, este teria cobrado a quantia de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) para deixar de notificar a embarcação que lhe ofertou ajuda e que já se encontrava com a documentação irregular (seguro atrasado).

No entanto, a mera argumentação do representante Ministerial não é o suficiente para afastar a inocência dos Acusados como se exige para uma condenação na esfera penal.

No caso, não restou comprovado que o dinheiro depositado na conta da esposa do militar realmente tenha sido fruto de suborno, tampouco que o Graduado tenha exigido este valor da tripulação da embarcação Civil que lhe dava socorro.

Ao revés, os Acusados juntaram notas fiscais que reforçam seus argumentos de que a conta bancária foi apenas emprestada como um favor e o dinheiro foi devolvido pelo militar ao Réu MANUEL BARBOSA GONÇALVES.

Quanto à alegação de o militar não ter realizado a notificação por atraso do seguro obrigatório, tampouco merece prosperar, pois a embarcação Civil estava em deslocamento quando do vencimento do seguro, não havendo agência bancária nem despachante no percurso.

Desta forma, o seguro foi pago assim que a embarcação atracou em terra, no município de Eirunepé/AM, como comprovado pela documentação juntada aos autos.

Os depoimentos dos Acusados, tomados em datas e locais diversos, foram uníssonos, igualmente colocando dúvidas consistentes na versão ministerial. Vejamos:

O Acusado JAMES EULALIO CAMPOS SÁ, Sargento da Marinha, declarou que, em virtude de estar à deriva, solicitou ajuda extensiva, via rádio, pois necessitava retornar para sua base. Que, durante o traslado, o condutor da embarcação que lhe prestou auxílio solicitou-lhe uma conta bancária de uma pessoa de confiança, pois necessitava retirar um valor para fazer frente a despesas que viria a ter na cidade de Eirunepé/AM, bem como pagar dívidas contraídas anteriormente e contratar um despachante naval para colocar em dia a documentação que restou atrasada durante a viagem. Em seu depoimento, tomado na Auditoria Militar do Rio de Janeiro, assim declarou o militar:

(...) o Sr. Manuel havia pedido apenas o número da conta de sua esposa, combinando com o interrogando no sentido de que assim que chegasse na cidade, o dinheiro fosse repassado para ele, Sr. Manuel; que em suma foi isso; que não sabe quem depositou o dinheiro na conta da sua esposa; (...) que sabia que seria depositado um certo valor na conta de sua esposa porque o Manuel pediu o número para fazer isso, porém o réu não sabia qual era o valor exato, até aquele momento.

Por sua vez, o Acusado Civil FRANCIS JOSÉ CHEUAN, proprietário da embarcação que auxiliou o militar, declarou que era comum esse procedimento de transferências bancárias para contas de terceiros ao longo das diversas cidades ribeirinhas por onde a sua embarcação passasse. Que os tripulantes não levavam valores em espécie a bordo por motivo de segurança. Que realmente pediu para sua gerente depositar R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) na conta indicada pelo seu funcionário Manuel, pois a embarcação necessitava repor os mantimentos além de quitar dívidas anteriormente contraídas. Cito trecho de seu depoimento, *verbis*:

(...) que foi solicitado pelo Seu Manuel para que fosse providenciado um numerário para depositar numa conta (a conta em questão me foi passada por telefone pelo Seu Manuel); (...) que o depósito solicitado era para cobrir algumas despesas na cidade de Eirunepé, despesas da empresa Francis José Cheuan e Cia Ltda; que as despesas em questão referiam-se a custos diversos das embarcações (os custos variavam, iam desde provimentos para rancho até complementação para óleo diesel); que, após a ligação recebida, em que se solicitava o depósito do numerário em questão, o interrogando entrou em contato com o setor financeiro da aludida empresa, nesta cidade de Manaus, determinando a efetivação do depósito (não me foi passado o nome de ninguém, eu nem sabia, na verdade, de quem era esta conta); que o montante dito na referida ocasião, para depósito, era de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais); que o interrogando não conhece o acusado James Eulálio Campos Sá (nunca tive contato com ele, vim saber quem é agora, com este processo); que o interrogando não sabe dizer por qual razão está sendo acusado da prática do delito de corrupção ativa (acho que o Ministério Público poderá estar mal informado).

O Acusado Civil MANUEL BARBOSA GONÇALVES, condutor da embarcação que prestou auxílio ao militar, disse ter ouvido o pedido de socorro via rádio, mas encontrava-se há dois dias de navegação do local do chamado. Que, efetivamente, após dois dias chegou ao local e, imediatamente, ofertou socorro ao militar e passou a rebocar a lancha da Marinha do Brasil. Que demorou cerca de dois dias para aportar em Eirunepé/AM. Que realmente solicitou uma conta bancária em Eirunepé/AM, pois precisava fazer frente a valores que tinha firmado compromisso anteriormente e necessidade de reabastecer a embarcação para seguir viagem. Cito trecho da declaração, *verbis*:

(...) que não é verdadeira a acusação; que acredita que está sendo acusado porque perguntou ao SG JAMES se ele tinha conhecimento de uma pessoa de confiança para a qual poderia ser feito o depósito bancá-

rio, pois não tinha conta no Banco do Brasil nem no Bradesco nem Caixa Econômica; que a conta bancária do declarante era no HSBC; que então o Sargento deu o nome e os dados bancários de uma pessoa que seria de confiança; que o declarante não sabia tratar-se da esposa do sargento, o que ficou sabendo três anos depois, quando chegou a Manaus e começou o processo; que o primeiro contato que fez com o SG JAMES se deu no dia 17 ou 18 de novembro de 2008; que o contato foi feito via rádio, quando o sargento passou pelo declarante a bordo da lancha Guerreira, o que ocorreu num local chamado Seringal Pernambuco; que dois dias depois conheceu pessoalmente o SG JAMES no seringal São José, uma vez que a lancha do sargento estava com o eixo "torado"; que então rebocou a lancha; que na ocasião as vistorias do comboio estavam em dia; que o seguro do rebocador estava vencido, venceu em viagem e não dava para ser pago; que não recebeu qualquer notificação do SG JAMES; que quem realizou o depósito foi a gerente da empresa em Manaus, que se chama Urquiza; que na ocasião o declarante fez contato com o Sr. FRANCIS, que estava em São Paulo; que o motivo do pedido de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) era o pagamento de dívidas feitas por ocasião da subida para Cruzeiro do Sul; que necessitava pagar rancho, óleo diesel e outras despesas menores; que não sabe dizer quem retirou o dinheiro da conta-corrente; que recebeu o dinheiro no balcão da Capitania pelo próprio Sargento JAMES, o que ocorreu por volta das quatro e meia; que com o dinheiro realizou o pagamento das dívidas citadas e mais o seguro; que então ficou sem dinheiro; que o declarante partiu de Eirunepé em direção a Cruzeiro do Sul no dia 27 de outubro de 2008, ocasião em que já não havia as dívidas.

As demais testemunhas, em seus depoimentos, relataram que a região é de difícil acesso e com poucos terminais bancários. Desta forma, depreende-se que é exigido um malabarismo financeiro das tripulações que navegam pelos rios da Bacia Amazônica, para que possam permanecer abastecidas de víveres, peças e combustível.

A Sra. LUCÉLIA ALVES AGUIAR, esposa do Sargento JAMES, declarou em seu depoimento que realmente foi depositada a quantia de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) em sua conta-corrente. Que seu marido entregou um valor para o Sr. MANUEL. Que foi retirada a quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais) de sua conta, por ser seu limite diário de saque, e o restante do valor o casal tinha guardado em sua residência. Que era comum manter reservas de valores em sua casa, devido a dificuldades de transporte, às grandes distâncias e à restrição bancária na região amazônica. Cito, por oportuno, trecho de seu depoimento:

(...) que a declarante não tinha conhecimento de que o depósito ocorrido em sua conta-corrente, no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) destinava-se a supostos pagamentos de despesas do Sr. Manuel, conforme dito pelos réus James Eulálio Campos Sá (marido da declarante) por ocasião do seu interrogatório (...) que o acusado James Eulálio Campos Sá (marido da declarante) tinha o costume de guardar

quantias em dinheiro na residência (para viagens, férias com a família, pagamentos de aluguel, etc... costumava ser algo em torno de cinco mil reais, por aí) (...) que a declarante não sabe informar se o acusado James Eulálio Campos Sá (marido da declarante) realizou ou não algum saque no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais); que a declarante tem conhecimento de que o acusado James Eulálio Campos Sá (marido da declarante) repassou, certa feita, a quantia de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) para o réu Manuel Barbosa Gonçalves (estava num envelope, ele sacou seiscentos reais e o restante a gente tinha das economias em casa); que a declarante não sabe informar qual foi o motivo do repasse acima do narrado; que não houve o saque de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) da conta da declarante (por causa do limite que era só de seiscentos reais).

Por fim, o CMG RM1 DENNIS TEIXEIRA DE JESUS, Capitão dos Portos da Capitania Fluvial da Amazônia Ocidental, na época dos fatos, em seu depoimento, declarou que teve conhecimento dos fatos, que nunca ouviu nada de desabonador do Sargento envolvido e que realmente a embarcação da Marinha sofreu avarias e que, logo que tomou conhecimento do ocorrido, determinou a apuração dos fatos. Cito trecho da declaração, *verbis*:

(...) Declarou que era Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental; que se lembra vagamente dos fatos; que o agente Neilton participou o fato pelo telefone e determinou a abertura de um procedimento administrativo para apurá-lo; A testemunha tomou ciência ou conhecimento de que a lancha Guerreira VII havia sofrido avaria no motor impossibilitando a conclusão da missão que era o transporte de militares da cidade de Eirunepé para a cidade de Cruzeiro do Sul no estado do Acre? Disse que o agente Neilton informou por telefone à Capitania dos Portos e chegou ao conhecimento do depoente; 3) A testemunha tomou ciência ou conhecimento de que a equipe seguiu viagem até Cruzeiro do Sul no Acre, ficando o Sargento JAMES no município de Ipixuna no Amazonas para tentar sanar a avaria da lancha Guerreira VII pondo fim à missão de transporte de militares para a cidade de Cruzeiro do Sul, no Acre e retornar a Base de Eirunepé? Disse que sim e foi participado pelo agente Neilton; 4) A testemunha tomou ciência ou conhecimento de que, após consertar a avaria no motor da embarcação, a lancha guerreira VII sofreu a segunda avaria descendo o rio Juruá ao retornar do município de Ipixuna a Eirunepé no Amazonas onde fora socorrida pelo rebocador Brasileiro constante nos autos do processo? Disse que tomou ciência pelo agente Neilton; (...) A testemunha pode afirmar que o rio Juruá abrange o município de Eirunepé com seus afluentes é navegável, porém sinuoso, hostil e isolado para navegação de longa distância? respondeu que sim; 7) A testemunha pode afirmar se, quando uma lancha da marinha sofre avaria, ficando à deriva e descendo no caso em tela o rio Juruá, sem qualquer comunicação, é comum o militar pedir ajuda a primeira embarcação que avistar? sim; 8) Como se deu a notícia do fato supostamente delituoso praticado pelos acusados? que foi informado pelo agente Neilton (...).

Assim, percebe-se que o dinheiro foi realmente depositado na conta da esposa do Sargento e este fato em nenhum momento foi negado, por nenhum dos envolvidos.

Entretanto, as circunstâncias do lugar e a coerência entre os depoimentos dos Réus tornam mais consistente a dúvida sobre a conduta delitiva dos Acusados. Como relatado, as testemunhas indicadas pelo MPM, quando ouvidas, também disseram desconhecer o cometimento do crime e atestaram que as distâncias amplificam as dificuldades, principalmente referente a meios de pagamentos.

Dessa forma, podemos acreditar, porque não há provas em contrário, que, como afirmado pelos Acusados, o Sargento JAMES, após a quebra mecânica que provocou a parada por completo da sua embarcação, viu-se na necessidade de voltar para sua base operacional e, sem meios próprios nem previsão de reboque por embarcação da Força Naval, decidiu pedir ajuda ostensiva via radiofonia, o que foi, de plano, atendido pela embarcação conduzida pelo Sr. MANUEL, que singrava na mesma rota, e ofertou-lhe um reboque de volta à Delegacia Fluvial de Eirunepé/AM, o que só veio a ocorrer dois dias depois, em razão da distância.

Assim, como narrado pelos partícipes, antes de chegar ao destino final, foi solicitado pelo Sr. MANUEL – condutor da embarcação Civil – ao Sargento JAMES que lhe indicasse alguém de confiança que pudesse emprestar uma conta bancária em Eirunepé para que seu patrão fizesse um depósito em dinheiro. Alegou que necessitava da conta para que sua embarcação continuasse a rota e para que sua tripulação usufruísse do comércio da cidade, podendo, assim, reabastecer a embarcação com víveres, óleo diesel, peças de reposição, contratar um despachante naval e, por fim, pagar dívidas contraídas anteriormente naquela localidade.

O Sargento JAMES, em retribuição pelo socorro recebido e sabedor das dificuldades das regiões ribeirinhas, ofertou – de boa fé – a conta-corrente do banco Bradesco de titularidade da sua esposa, a Sra. LUCÉLIA ALVES AGUIAR, para uso pontual da tripulação da embarcação BRASILEIRO.

Segundo se depreende dos depoimentos e quebra de sigilo, o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) foi realmente depositado. Posteriormente, segundo os acusados, o mesmo valor foi entregue ao Sr. MANUEL, no balcão da Agência da Capitania em Eirunepé/AM, pelo próprio militar (SG James).

Ato contínuo, já de posse deste valor, o civil MANUEL – comandante da embarcação BRASILEIRO – saiu para pagar suprimentos no próprio município de Eirunepé e, posteriormente, poder seguir o curso de sua viagem.

Estes pagamentos realizados pelo Sr. MANUEL, por sua vez, foram comprovados ao longo do Inquérito Penal, através de recibos, declarações e

notas fiscais, não havendo, portanto, motivos suficientes para afastar a versão apresentada pelos Apelados, tampouco para sustentar uma condenação penal, devendo imperar o princípio *in dubio pro reo*.

Correta, portanto, a Sentença proferida pelo Colendo Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da Auditoria da 12ª CJM que, por maioria de votos, absolveu o Sargento JAMES EULALIO CAMPOS SÁ e os Civis MANUEL BARBOSA GONÇALVES e FRANCIS JOSÉ CHEUAN das imputações colacionadas pelo i. representante do Ministério Público Militar.

Em face de todo o exposto, nego provimento ao apelo ministerial, mantendo íntegra a Sentença absolutória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao Apelo ministerial, para manter na íntegra a Sentença absolutória recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 24 de setembro de 2015 – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Ministro-Relator.

---

---

**APELAÇÃO (2) Nº 36-39.2007.7.12.0012-AM**

---

Relator: Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelantes: O Ministério Público Militar, no tocante à dosimetria da pena aplicada; e Raimundo Nonato do Nascimento César, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 ano e 5 meses de detenção, como incurso no art. 157 do CPM, c/c o art. 71 do CP; no art. 157, §§ 2º e 3º, c/c o art. 209, tudo do CPM; e no art. 217 do CPM, c/c o art. 71 do CP, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 11/9/2014.

Advogada: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

APELAÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DA LEI 11.719/2008. ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMUM. REJEIÇÃO. MAIORIA. PRELIMINARES DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. VIOLAÇÃO DA GARANTIA DO PRINCÍPIO DO DEFENSOR NATURAL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR, LESÃO CORPORAL E INJÚRIA REAL. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DOSIMETRIA DA PENA. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. INCAPACIDADE. 30 DIAS. AGRAVANTE OBJETIVA. CRIME PRATICADO POR AGENTE EM SERVIÇO. ACOLHIMENTO. APELO PROVIDO. UNANIMIDADE. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ATIPICIDADE DA CONDUITA. LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO ANTERIORMENTE AO COMETIMENTO DO DELITO. NÃO COMPROVAÇÃO. ERRO MATERIAL. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. RECONHECIMENTO. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. UNANIMIDADE.

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, postura essa incompatível com o Princípio da Especialidade das leis.

A legislação de regência contém disposição específica acerca do interrogatório do acusado, *in casu*, o art. 302 do Código de Processo Penal Militar.

Preliminar de nulidade rejeitada. Maioria.

Consoante a jurisprudência dos Pretórios, a ausência de réu preso à audiência de oitiva de testemunha não implica a declaração de nulidade do processo.

Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa rejeitada. Unanimidade.

Não há como acolher a alegada violação do Princípio do Defensor Natural. A deficiente defesa técnica das Alegações Escritas que ensejou a anulação da Sentença de primeiro grau foi protagonizada pelo Órgão de Defesa Pública, razão pela qual, retornando os autos ao Juízo de primeiro grau para proceder à renovação dos atos processuais, o Magistrado, com absoluta cautela e correção, nomeou a Defesa Dativa.

Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa rejeitada. Unanimidade.

Mérito.

O Laudo Pericial comprovou a gravidade das lesões sofridas pelo Ofendido, o que implicou seu afastamento do serviço por período superior a 30 (trinta) dias, devendo incidir no crime de lesão corporal do art. 209 do CPM a agravante do § 1º do referido dispositivo.

Comprovado nos autos que o Réu encontrava-se de serviço por ocasião do cometimento do delito, deve incidir a agravante objetiva da alínea "I" do inciso II do artigo 70 do Código Penal Militar.

Recurso ministerial provido. Unanimidade.

Configurando-se erro material na informação de que o Réu foi licenciado do serviço ativo anteriormente à prática delituosa por ele perpetrada, resta afastada a tese da atipicidade da conduta.

Recurso defensivo não provido. Unanimidade.

Confirmada a condenação pelo Tribunal no Recurso de Apelação, deve-se reconhecer extinta a punibilidade do Acusado pelo advento da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 125, §§ 1º e 3º, c/c o art. 129, todos do Código Penal Militar.

---

## DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, rejeitou a primeira preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade ante a não observância da Lei nº 11.719/2008, contra o voto do Ministro José Coêlho Ferreira, que a acolhia; em seguida, **por unanimidade**, rejeitou as preliminares defensivas, de nulidade, por cerceamento de defesa. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Recurso defensivo e deu provimento ao Recurso ministerial para, mantendo a condenação do ex-Sd Ex Raimundo Nonato do Nascimento César, aplicar-lhe a pena de 1 ano, 5 meses e 20 dias de reclusão, como incurso no

art. 157, § 5º do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no art. 157, §§ 2º, 3º e 5º, c/c o art. 209, § 1º, todos do CPM; e no art. 217, c/c a alínea “I” do inciso II do art. 70, ambos do CPM, e com o art. 71 do Código Penal comum, com a detração do tempo de prisão provisória cumprida pelo Acusado, ex vi do art. 67 do CPM, fixando o regime prisional inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal comum, e o direito de recorrer em liberdade. Por fim, o Tribunal, **por unanimidade**, declarou extinta a punibilidade do ex-Sd Ex Raimundo Nonato do Nascimento César, dos crimes descritos no art. 157, § 5º do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no art. 157, §§ 2º, 3º e 5º, c/c o art. 209, § 1º, todos do CPM; e no art. 217, c/c a alínea “I” do inciso II do art. 70, ambos do CPM, e com o art. 71 do Código Penal comum, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa, com fulcro no art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, incisos VI e VII, e §§ 1º, 3º e 5º, todos do CPM. O Ministro José Coêlho Ferreira fará voto vencido quanto à primeira matéria preliminar.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, José Barroso Filho e Carlos Augusto de Sousa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi. O Ministro Francisco Joseli Parente Camelo encontra-se em licença para tratamento de saúde. (Extrato da Ata da 70ª Sessão, 23/9/2015).

## RELATÓRIO

Tratam os presentes de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público Militar e pela Defensoria Pública da União, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 12ª CJM, que condenou o ex-Sd Ex RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR à pena de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de detenção, como incurso no art. 157 do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º e 3º, c/c o art. 209, tudo do CPM; e art. 217 do CPM, c/c o art. 71 do CP, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

O Ministério Público Militar ofereceu Denúncia (fls. 2/6) em 5 de outubro de 2007, nos seguintes termos:

(...) No dia 12 de Agosto/2007, por volta das 12:00 horas, o 1º Pelotão de Fuzileiros de Selva Destacado – 1ºPel Fuz SI Dst – realizava na praia do Rio Purus, fronteira ao Porto do Pelotão, em Santa Rosa do Purus/AC, uma confraternização em comemoração ao dia dos pais (fls.05 e 117).

O 2º Ten **Túlio Barbosa** chegou no local às 13:30 horas, dado que havia assumido o Comando do Pelotão no dia 06 Agosto (sic).

A maioria dos militares com seus familiares estavam (sic) passando aquela data se divertindo aproveitando aquelas horas de lazer (fls. 86 e 117/119).

O ora Denunciado estava de serviço como permanência ao barco “**ZAGAIA**” (fl. 126), embarcação regional, com capacidade para 20 (vinte) pessoas, utilizado naquela tarde para transportar o pessoal do Porto do Pelotão para a margem contrária, onde se realizava o encontro do dia dos pais e, de lá, de volta ao Pelotão (fls. 69 e 126).

No horário das 17:15 horas, o barco deslocava-se de retorno ao Porto, conduzindo o Tenente e mais uma dezena de militares com suas famílias. A certa altura da travessia notaram que o Sd **R. César** fazia gestos da margem do rio, e o Oficial determinou que o barco voltasse e o recolhesse (fls. 57, 104 e 118). Antes do barco alcançar a margem, o Soldado Cezar veio ao seu encontro subindo a bordo já bastante exaltado. De início agrediu o Sd **Suamir Fernandes Sena**, o primeiro a cruzar sua frente, e, logo após, deparando-se com o 2º **Tenente Túlio** – Comandante do Pelotão – desferiu-lhe dois socos, um nas costas e outro na cabeça, fato que o levou a se desequilibrar e cair no rio. Em seguida, também agrediu fisicamente o Soldado Dantas e o Sargento Meireles, esbofeteando-os (fls. 05, 31, 34, 37, 41, 45, 49, 53, 58 e 118).

Após, o denunciado jogou-se n’água, indo até a margem do rio nadando, onde ficou aguardando a chegada da embarcação. Assim que esta encostou, subiu e foi até o camarote, onde apanhou sua faca, saindo em busca do Tenente. Ao encontrá-lo, caminhando no barranco em direção ao Pelotão, o interceptou para tirar satisfação. Como este lhe disse que somente o atenderia no Pelotão, colérico, o atingiu covarde e traiçoeiramente cravando-lhe a faca nas costas, deixando-o a mercê da sorte, prostrado no chão pedindo socorro e com sérias lesões conforme descreve o laudo de Corpo de Delito de fls. 34, 35, 37, 38, 41, 42, 110 e 112.

Registre-se que as violências deram-se na presença de militares e civis.

É bom lembrar que o **respeito** aos superiores tem sua origem na subordinação hierárquica e crimes dessa espécie atentam sobremaneira contra a hierarquia e disciplina militares.

Com esses procedimentos o ora denunciado incidiu nos crimes de violência contra superior **por duas vezes**, a **primeira** quando desferiu dois socos no Oficial e a **segunda** quando o esfaqueou, além do que incidiu ainda no crime de injúria real por haver agredido com tapas diante de familiares e colegas que participaram do evento, e portanto de forma aviltante, os militares Sd **Suamir**, Sd **Dantas** e Sgt **Meireles**, e por derraideiro no crime de abandono de posto.

Ante o exposto, protesta o Ministério Público Militar pelo recebimento da presente Denúncia oferecida contra o Soldado **Raimundo Nonato do Nascimento César**, como incurso pela **primeira** agressão nas sanções do art. 157 § 1º, na **segunda** (esfaqueamento) como incurso nas sanções dos arts. 157 §§ 1º, 2º e 3º, c/c o art. 209, § 1º, e art. 217 e finalmente nas penas do art. 195, tudo do Código Penal Militar, requerem-

do a citação do mesmo, para se ver processar e julgar, sob pena de revelia, observando-se as formalidades legais, oitiva dos ofendidos e testemunhas arroladas. (Grifo no original).

Logo após a consumação do crime, foi dada voz de prisão ao Acusado, a qual não foi cumprida, tendo em vista que se evadiu do local dos fatos. No dia 14 de agosto de 2007, o Acusado apresentou-se espontaneamente no Pelotão (fl. 72) e, em 15 de agosto de 2007, foi preso preventivamente (fl. 88).

A Denúncia foi recebida em 5 de outubro de 2007 (fl. 2), tendo o Juízo de primeiro grau ratificado a custódia cautelar do Acusado.

Foram juntadas as Folhas de Alterações do Acusado (fls. 100/109), bem como a reconstituição fotográfica do crime, realizada pelo Encarregado do IPM (fls. 111/119).

O MPM requereu Exame Pericial Complementar para esclarecer o grau de lesividade sofrido pela vítima 2º Ten Ex Túlio Pires Barboza (fl. 184), cujo resultado, atestado por dois médicos peritos, concluiu pela ocorrência de um ferimento de aproximadamente 6 (seis) cm de extensão feito por arma branca no *“quadrante supero lateral direito do glúteo direito”*, resultando em incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias (fl. 796).

A Defesa requereu, em 29 de outubro de 2007, a revogação da prisão preventiva (fls. 203/209), tendo opinado contrário o MPM (fls. 225/227). Em Decisão de fl. 245, o Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade de votos, indeferiu o pleito defensivo, em razão da gravidade do fato, tendo sido mantida a custódia cautelar.

Em 10 de dezembro de 2007, a Defesa requereu o relaxamento da prisão preventiva, alegando ter sido ultrapassado o prazo de 50 (cinquenta) dias para a conclusão da instrução criminal, ex vi do art. 390 do CPPM (fls. 254/258), tendo opinado o MPM pelo indeferimento do pleito (fls. 259/262). O Conselho de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, por unanimidade de votos, indeferiu o requerimento da Defesa, mantendo a prisão preventiva do Acusado (fls. 317/324).

Em 13 de dezembro de 2007, a Defesa impetrou o Habeas Corpus nº 2007.01.034434-9/AC perante este Tribunal, uma vez que o Acusado encontrava-se preso cautelarmente há 69 (sessenta e nove) dias sem que a instrução criminal tivesse sido concluída (fls. 265/271). O pleito foi indeferido pelo então Ministro-Relator Alte Esq Rayder Alencar da Silveira e ratificado por este Tribunal que, por unanimidade de votos, denegou a ordem por falta de amparo legal (fls. 488/497).

O Comandante do Comando de Fronteira – Acre/4º Bis solicitou ao Juízo de primeiro grau autorização para licenciar o Acusado por término do tempo de serviço militar (fl. 348).

O Juiz-Auditor informou ao Comando da Unidade que o licenciamento do Acusado era ato administrativo de competência exclusiva da autoridade militar, ressalvando que, em caso de licenciamento, o Acusado deveria ser transferido para estabelecimento prisional civil (fl. 353).

Documento oriundo do Comando de Fronteira-Acre/4º Bis (fl. 381) comunicou o licenciamento do Acusado em 14 de maio de 2008. Em consequência, a Defesa requereu a concessão da liberdade provisória e, no caso de indeferimento do pedido, que o Acusado permanecesse preso no 4º Batalhão de Infantaria de Selva (fls. 363/366). O Juízo *a quo* decidiu pelo indeferimento dos pedidos (fl. 368).

O Acusado foi devidamente citado (fl. 307), qualificado e interrogado por carta precatória, quando declarou (fls. 310/312):

(...) Depois de cientificado(a) da acusação, foram-lhe formuladas perguntas, de acordo com o artigo 188 do mesmo código, às quais RES-PONDEU: no dia 12 de agosto de 2007 estava sendo organizada uma festa de confraternização pelo 1º Pelotão de Fuzileiros de Santa Rosa do Purus. O interrogado tinha a incumbência de fazer o transporte de militares e seus familiares de um lado ao outro do Rio Purus. Na confraternização realizada no lado peruano do rio havia consumo de bebida alcoólica, tendo o acusado ingerido cerveja e campari. Depois de algum tempo realizando aquele transporte, faltou combustível na “voadeira”, justamente quando levava o Cabo Henrique e sua esposa e filho, ficando o barco à deriva, momento em que se lançou na água e atravessou o rio a nado para buscar combustível. Ao chegar, foi objeto de gozação pelo Tenente Túlio. O acusado se sentiu humilhado e constrangido diante daquela manifestação do Tenente perante seus colegas de farda e familiares, pelo que empurrou o Tenente, que veio a cair na água. Após isso, o réu foi até a popa do barco lavar a cabeça e acabou caindo no rio, passando a boiar segurando no balde de combustível. Desceu correnteza abaixo até a Sede do Pelotão e retornou a pé ao barco a fim de obter combustível para resgatar a voadeira. Quando se aproximou, o Tenente Túlio disse que não queria conversa com ele, pois havia errado. Perturbado com aquele menoscabo do Tenente Túlio, tentou atingi-lo com a faca e o Tenente, em manobra de defesa, virou-se, sendo atingido pelas costas. A faca ficou cravada e o acusado tentou extraí-la com medo de que ele viesse a cair e a faca aprofundar-se. O Tenente Túlio, talvez por não saber qual o propósito do acusado, agarrou-se ao réu. Salvo engano, chegou o Cabo Cantuária e retirou a faca, passando o réu a ficar com medo de ser agredido, pelo que se afastou em direção ao porto. Nesse momento, alguns militares se aproximaram do acusado que, nervoso e com receio de ser agredido, correu. Ouviu disparos, pelo que buscou a selva para se esconder, ali permanecendo durante toda a noite. No dia 14 foi à casa de seu pai e, após tomar um banho, apresentou-se ao Pelotão, para o Major Lima. Não se recorda de ter agredido outros militares. **Dada a palavra ao MPF**, às perguntas respondeu: a agressão com a faca se deu próximo à Sede do Pelotão. Naquele dia estava trabalhando como “permanência” do barco.

No barco em que trabalhava havia um fuzil cautelado em nome do Soldado R. Silva. Em nenhum momento tentou pegar o fuzil. **Dada a palavra à DEFESA**, às perguntas respondeu: quando o acusado pediu permissão para falar com o Tenente, este disse que não daria, em tom alto de voz. A criança que estava na voadeira quando faltou combustível tinha menos de um ano de idade. Quando desferiu a facada estava fora de si. Não tinha o propósito de feri-lo ou matá-lo. Não tinha a intenção de abandonar o posto de serviço. Na época dos fatos, seu filho estava passando por problemas de saúde. O Tenente Túlio não xingou o acusado. Sentiu-se humilhado pelos gestos e pela expressão de zombaria do Tenente. Além do Tenente, as demais pessoas presentes também ficaram com ar de riso. Já havia pedido ao Cabo Magalhães para que obtivesse combustível com o Tenente Túlio, mas este não atendeu. Os militares que permaneceram no barco não ficaram chateados com o Tenente Túlio (...) (Grifos no original).

Em 16 de junho de 2008, a Defesa impetrou novo Habeas Corpus (fls. 400/407). Indeferida a liminar pelo então Ministro-Relator Dr. Carlos Alberto Marques Soares (fls. 408/409), este Plenário decidiu pela concessão da ordem, por unanimidade de votos, determinando-se o relaxamento da prisão preventiva (fls. 609/618).

O Ministério Público Militar arrolou as seguintes testemunhas:

1) 2º Ten Ex Túlio Pires Barbosa (Ofendido), que afirmou (fls. 442/443):

(...) Dia 12 de agosto de 2007, realizavam um almoço em homenagem ao Dia dos Pais. O acusado R César estava responsável pelo transporte em uma voadeira dos militares e parentes de uma margem a outra do Purus. Não se recorda bem a hora, mas ao final do evento, começou a desmobilizar, quando lhe chegou a notícia de que R César tinha ficado à deriva por falta de combustível. O declarante estava no barco, sentado na beirada, com as pernas para o rio, quando de inopino surge o réu, subindo ao barco já agredindo dois soldados. Se dirige ao declarante e lhe desferiu um murro à altura da nuca, pelo que veio a cair no rio. O acusado continua no barco e agride o Sargento Meirelles. Quando o declarante tenta subir ao barco, o acusado aperta o seu pescoço, impedindo-o de subir, caindo ao rio de novo. O acusado se dirigiu à proa do barco e o declarante subiu e ficou antes da cabine, na lateral do barco, próximo à proa. Quando chegaram ao porto, o Sargento Meirelles e o Sd Acelino subiram correndo no porto e o declarante seguiu com passos ligeiros, quando então ouviu o acusado dizer: “Tenente, preciso lhe falar”, em tom alto, de ordem. O acusado tomou a frente do declarante, insistindo para lhe falar, enquanto o declarante dizia que falaria com ele no pelotão, prosseguindo na sua caminhada. O réu novamente lhe toma a frente e novamente o declarante pede que ele fique tranquilo e que fariam no pelotão. O réu lhe agarra pelo braço e o declarante lhe pergunta acerca do que estava acontecendo, retirando o braço rapidamente com a intenção de correr e se afastar do acusado, que estava visivelmente enfurecido e transtornado. Quando libera seu braço e se prepara para correr, sente a

estocada às suas costas. Daí em diante ficou desorientado e o que recorda já é quando agarrava as pernas do acusado e o Cabo Cantuária diz que já havia jogado a faca do acusado no mato. O acusado se solta e sai correndo em direção ao pelotão. Sargento Meirelles surge armado de um para-fal, momento em que o acusado retornou. O Sargento Meirelles aponta a arma engatilhada para o acusado que se vira e sai correndo em direção ao barranco, desaparecendo. O Cabo Cantuária levou o declarante nos braços até a vila e dali o declarante foi conduzido ao médico para atendimento. Credita o comportamento do acusado à embriaguez. No almoço, houve distribuição de cerveja, mas desconhecia que o acusado estivesse bebendo. Recebeu um pedido do Cabo Magalhães e do Sd Suamir para fornecimento de mais combustível para a voadeira. O declarante estranhou tal pedido pela diminuta largura do rio naquele trecho e perguntou por que havia faltado combustível, obtendo a resposta de que o acusado havia feito um passeio com familiares sem autorização. O declarante disse que isto não estava correto e autorizou o fornecimento de dois litros de combustível para a conclusão do transporte. Não brigou com o acusado anteriormente. O declarante estava no pelotão há uma semana. Quando o acusado se dirigiu ao declarante estava transtornado e não conseguia se expressar. O Acusado não procurou o declarante pessoalmente para lhe pedir combustível. Não distrau o acusado, nem percebeu ninguém ridicularizando-o. Dada a palavra ao MPF, nada requereu. Dada a palavra à Defesa, às perguntas respondeu: Chegou ao lugar onde se realizava o evento por volta de meio-dia. Não havia militares fardados na confraternização. Somente os militares que estavam de serviço no dia compareceram à confraternização fardados, unicamente para o almoço. Tem conhecimento de que ingerir bebida alcoólica durante o serviço é crime. Quando o declarante autorizou a liberação de combustível, o barco já tinha ficado à deriva. Não tinha conhecimento de que no barco que havia ficado à deriva tinha uma família e uma criança. Quem conduziu o declarante ao posto médico foi o Sargento Ângelo. Não tinha conhecimento de que o filho do réu, recém-nascido, tinha problema neurológico, somente veio a saber posteriormente. Tinha boas recomendações do réu, às quais davam como soldado de confiança. (...).

2) Sd Ex Acelino Pereira Lopes Neto, que afirmou (fls. 444/445):

(...) O acusado R César era responsável pelo transporte dos militares e de suas famílias numa voadeira. Havia uso de bebida alcoólica, embora o declarante não tenha bebido. Ao final do almoço, o Tenente Túlio determinou a desmobilização do local e o retorno do barco ao pelotão. O declarante, porque não havia bebido, era o único que se encontrava em condições de conduzir a embarcação. Enquanto ligava o motor e manobrava o barco, o acusado ficou com a voadeira à deriva, em razão da falta de combustível e veio caminhando pelas margens do rio, em direção ao barco. Aproximou-se pela proa onde estava o declarante e perguntou quem tinha dado a ordem para ligar o barco, recebendo a informação de que havia sido o Tenente Túlio, a quem já se dirigiu e agrediu com tapas e murros. Como estava próximo ao motor do barco, não ouvia os diálogos e apenas viu o Tenente Túlio já caído ao rio com as mãos abertas, como

perguntando o que tinha havido. O acusado se dirigiu à cabine do barco, onde colocou uma faca na cintura e caminhou na direção da popa, apanhando um balde e tentando apanhar a água, quando o balde se soltou. O réu pulou na água e apanhou o balde e atravessou o rio com o balde na mão. O barco chegou ao porto primeiro que o réu e logo em seguida este se aproxima tentando falar com o Tenente Túlio, como se quisesse se justificar. O tenente Túlio dizia que o réu estava bêbado e não queria conversa com ele e apenas no dia seguinte iriam conversar. O declarante tentou avisar ao Tenente Túlio para que corresse, pois percebeu com (sic) o acusado não estava bem, além de estar armado, mas o Tenente Túlio não deve ter ouvido em virtude do barulho do motor do barco. Viu quando o réu insistiu para conversar com o Tenente Túlio, que caiu ao chão. O declarante e outros militares correm para ajudar e tentar conter R César. Foi o Cabo Cantuária quem arrancou a faca das costas do Tenente Túlio. O declarante se dirigiu ao pelotão para acionar a guarda de serviço e já encontrou (sic) Sargento Meirelles com um para-fal, disparando para o alto para acionar a guarda. R César corre em direção a um barranco e desaparece. Não sabe o motivo pelo qual o acusado golpeou o Tenente Túlio. Não presenciou nenhuma discussão entre eles. Os militares presentes ao festejo estavam ingerindo bebida alcoólica: cerveja, cachaça, etc. Tenente Túlio bebia moderadamente. A bebida foi comprada mediante cota entre os militares. Somente participou da cota para compra da carne, dado que não bebe. Não viu ninguém rindo de R César ou dele zombando. Dada a palavra ao MPF, nada perguntou. Dada a palavra à Defesa, às perguntas respondeu: Sabia que o réu encontrava-se de serviço. O réu bebia álcool como todos ali presentes. Sabia que a voadeira conduzida pelo acusado transportava uma família com criança. Desconhece se o cabo Magalhães pediu gasolina ao Tenente Túlio. Durante o festejo, não havia ninguém fardado. Desconhecia que o filho do acusado, recém nascido, tinha problemas neurológicos (...).

3) Sd Ex Adailton Dantas Rodrigues, que afirmou (fls. 459/460):

(...) a vítima quando chegou ao pelotão estava agindo normalmente e não estava praticando nenhum ato arbitrário no local; quando nós estávamos retornando com um batelão e uma voadeira do exercito (sic), sendo que o denunciado estava na voadeira; o denunciado estava na voadeira e foi na frente; em seguida nós estávamos fazendo o deslocamento quando observamos o denunciado na praia; nós paramos o barco para pegar o denunciado e na oportunidade ele já subiu nervoso; o denunciado pediu para o tenente se achava que ele era moleque e logo bateu com o braço no tenente, acarretando a queda do tenente na água; ele continuo (sic) gritando e foi até o camarote, pois ele já trabalhava com o barco; no camarote ele pegou uma faca que estava debaixo do colchão; ele ficou no barco e ficava agredindo as pessoas; ele foi até o local em que estava (sic) os pilotos do barco e também arrumou confusão; o denunciado pegou um balde para pegar água do rio e acabou caindo; a vítima já tinha subido no barco; nós continuamos descendo com o barco, pois o tenente disse que era para continuarmos; o denunciado utilizou o balde como bóia; acredito que o denunciado tenha entrado pelo mato, pois

quando chegamos no porto o denunciado já estava naquele local; o tenente falou que era para fazer que nada tinha acontecido, pois seria resolvido posteriormente; ao atracar o barco a vítima desceu pela proa e o denunciado subiu pelo lado do barco e foi logo no camarote onde estava o fuzil do piloto do barco que estava de serviço no dia; um soldado acabou retirando a munição, tendo em vista o que estava ocorrendo; o denunciado chegou a dar o golpe do fuzil, mas percebeu que estava sem munição; as pessoas ficaram agitadas e o denunciado veio em direção da vítima falando para deixar as pessoas passar, pois queria falar com o tenente como homem; ele sempre ficava na frente do tenente e com a mão encostando na faca; o tenente falava para o denunciado deixar para lá, pois depois iriam resolver; o denunciado percebeu que o tenente não iria parar e acabou segurando no braço; o tenente fez força no braço e o denunciado puxou a faca; o tenente tentou correr e o denunciado efetuou o golpe nas costas próximo do lombo; o denunciado foi na direção do tenente para pegar a faca novamente e o tenente pediu que não deixasse acabar de matar ele; eu e o cabo Lagilson empurramos o denunciado, sendo que ele acabou correndo em direção ao pelotão; ele acabou ficando nas proximidades do pelotão; o tenente foi levado para o hospital e depois para a enfermaria do pelotão e no dia seguinte para Rio Branco; não sei quanto tempo o tenente ficou internado; durante o tempo que eu trabalhei com o denunciado, era tranquilo e não se envolveu em brigas; no dia dos fatos o denunciado bebeu bastante; não tenho conhecimento dele ter usado droga; os fatos ocorreram num domingo e o denunciado se entregou na terça pela manhã; dei baixa do exército em março e na época ele encontrava-se preso.

**Dada a palavra a representante do Ministério Público, respondeu:** desconheço qualquer fato que apontasse desequilíbrio mental ou familiar do denunciado.

**Dada a palavra a defesa, respondeu:** quando ele derrubou o tenente eu perguntei o que estava acontecendo e o denunciado acabou batendo com a mão no meu rosto; percebi que ele estava agitado e eu me calei; não fiquei com nenhuma lesão no rosto; só fiquei sabendo que ele também agrediu Suamir Fernandes, mas eu não presenciei; eu presenciei o denunciado desferindo soco no sargento Marcio da Silva Meireles, mas não sei se ele acertou; o denunciado estava transtornado naquele dia; desconheço motivos para o denunciado estar transtornado; na voadeira havia um cabo com a esposa e um filho; fiquei sabendo que o cabo veio pedir combustível para o piloto da voadeira e o tenente falou que já tinham gasto muito combustível e não entregou, pois nós já estávamos retornando para o pelotão; posteriormente o Raimundo César já veio ao encontro do barco e foi direto falar com o tenente; o sargento Meireles foi até o pelotão e pegou uma arma para capturar o denunciado, mas ele já tinha entrado na mata; o sargento efetuou disparos para o ato (sic); constava no boletim que o denunciado estava de serviço no batelão no dia dos fatos; não sabia e não tenho conhecimento se o tenente tinha a informação que o filho do denunciado estava com problemas neurológicos; eu fiz uso de bebida no dia dos fatos (...) (Grifos no original).

4) 3º Sgt Ex Marcio da Silva Meireles, que afirmou (fl. 732):

(...) Às perguntas formuladas, respondeu: foi ouvido no inquérito policial militar e confirma o depoimento prestado, cuja cópia se encontra às fls. 09/11 desta precatória. Observa apenas que não se recorda de quem pegou o fuzil, se do sentinela ou de outra pessoa. Mas confirma que apanhou um fuzil e efetuou disparo para o alto. Não gostaria de acrescentar mais detalhes. Nada foi indagado pelo MPF. Às perguntas da defesa, respondeu: a agressão sofrida pelo depoente foi um tapa recebido do acusado. Na confraternização foi consumido (sic) bebida alcoólica. O acusado consumiu bebida alcoólica. O tenente Túlio também consumiu bebida alcoólica. Presenciou os tapas dados pelo acusado ao Tenente Túlio, mas não presenciou a furada. O acusado estava conduzindo uma voadeira. Não se recorda se o Cabo Magalhães pediu gasolina ao Tenente Túlio. Não sabe se houve falta de combustível na voadeira. Também foram transportadas crianças naquele dia na voadeira. Não tinha conhecimento que pessoa da família do acusado passava por algum problema de saúde. Não imaginava que o acusado passasse por uma situação daquela, pois era um exemplo de soldado. Após o depoente ter efetuado o disparo, o acusado parou, olhou para o depoente e depois sumiu na mata. Nada mais disse nem lhe foi perguntado (...).

5) Cb Ex Lagilson Limeira Cantuário, que afirmou (fls. 957/959):

(...) Nos termos do rito para oitiva de testemunha estabelecido com as alterações do Código de Processo Penal, **o MPF formulou perguntas**, assim respondidas: o depoente era cabo do Exército, na data dos fatos, e presenciou os acontecimentos descritos na denúncia. O depoente e o denunciado beberam o dia todo, durante a comemoração do dia dos pais, que se dava no pelotão. O acusado estava de “permanência”, mas não sabe o depoente se o comandante autorizou o denunciado a ingerir bebida alcoólica. O denunciado tinha até então um ótimo comportamento e era amigo dos demais militares, inclusive do tenente Túlio. O denunciado era o único militar que sabia operar o barco e a voadeira. O depoente presenciou quando o denunciado agrediu o tenente Túlio com um tapa e um soco. Posteriormente, o depoente também viu o denunciado agredir o sargento Meireles e o soldado Dantas. O depoente tomou conhecimento que o denunciado também agrediu o soldado Suamir. O depoente também presenciou o momento em que o denunciado caiu no rio quando tentava pegar um balde d’água. Após cair no rio, o denunciado se dirigiu à margem e, quando os militares e seus familiares desembarcaram, o acusado estava no barranco e disse ao tenente Túlio que queria falar com ele. O tenente disse ao acusado que o denunciado havia errado e que ambos conversariam quando chegassem ao pelotão. Os militares e seus familiares seguiam para o pelotão e o acusado continuava a insistir com o tenente Túlio para que o atendesse imediatamente. O depoente presenciou quando o tenente pediu socorro e mostrou a faca que ainda se encontrava presa ao ferimento produzido no corpo do tenente. O depoente prestou socorro ao tenente e retirou a faca, auxiliando o tenente a terminar de subir o barranco, sendo o tenente encaminhado para o hos-

pital. O depoente tomou conhecimento de que Suamir teria presenciado o acusado pegar o fuzil, que estava sem o carregador. Suamir teria retirado o carregador antes da chegada do acusado ao alojamento. Suamir disse que retirou o carregador porque pressentiu que o acusado iria pegar a arma. O acusado tentou pegar o fuzil antes da agressão com a faca no tenente Túlio. O fuzil do acusado estava carregado porque o militar de “permanência” fica com a arma carregada. Ninguém viu o acusado pegar a faca. Acredita o depoente que a faca era do acusado. O acusado era um excelente militar e era considerado o melhor do pelotão. Era corrente a afirmação, inclusive de comandantes, de que, se houvesse uma vaga para estabilizar um militar em Santa Rosa, a vaga seria do acusado. Após o depoente retirar a faca do ferimento no tenente, o acusado ainda pediu a arma branca de volta. O depoente jamais presenciou qualquer cena de humilhação do tenente em relação ao acusado. O acusado “teve um caso” com uma garota, cujo nome o depoente não sabe. No dia da comemoração, o tenente Túlio “ficou” com a referida garota. O tenente não ingeriu bebida alcoólica. Comentou-se que o tenente, no dia dos fatos, teria negado um pedido do denunciado para utilização de combustível para uma embarcação. Não houve qualquer discussão entre o tenente e o acusado. Nos termos do rito para oitiva de testemunha estabelecido com as alterações do Código de Processo Penal, **a Advogada Sara Daniela Cardoso de Freitas formulou perguntas**, assim respondidas: o depoente não estava de “permanência” no dia dos fatos. O depoente e o acusado, no dia dos fatos, beberam cerveja, conhaque e campari. O depoente não ficou embriagado. Havia dez caixas de cerveja no dia da comemoração. A cerveja foi paga pelo tenente Edivaldo, em razão de aprovação no exame para o curso de comando. Havia cerca de 30 a 40 pessoas na comemoração. Praticamente só militares e seus familiares participavam da comemoração. No momento em que o tenente sofreu a agressão com a faca, somente cerca de 10 pessoas estavam no local. O acusado e o depoente ingeriram bebida alcoólica das 10h da manhã até às 16h. O acusado saiu do local por volta das 16h e retornou aproximadamente uma hora depois. O depoente permaneceu próximo ao tenente durante todo o tempo e não o viu ingerir bebida alcoólica. O depoente não viu o cabo Magalhães solicitar combustível ao tenente. Presume o depoente que o comandante autorizou o acusado a promover passeios com familiares dos militares, no rio, no dia dos fatos. O depoente não sabe se faltou gasolina em algum passeio promovido pelo acusado. O depoente não sabe acerca de eventual doença do filho do acusado, no dia dos fatos. O sargento Meireles pegou o fuzil do sentinela da hora e perseguiu o acusado que descia o barranco, após as agressões. O sargento Meireles gritou com o acusado, que tomava rumo ignorado, e disse que mataria o acusado. O sargento Tojal aproximou-se do sargento Meireles e bateu no fuzil, que disparou. Os esclarecimentos ao Juízo foram promovidos durante as respostas às indagações formuladas pelas partes (...) (Grifos no original).

A Defesa arrolou como testemunha o Cb Ex Valtemir da Silva Magalhães, que afirmou (fls. 1.010/1.011):

(...) Às reperguntas do Ministério Público, respondeu QUE: estava lá no dia dos fatos; Que o Raimundo César estava de serviço na voadeira; Que o combustível da embarcação estava acabando; Que então o Raimundo César se dirigiu ao Tenente e pediu que liberasse mais combustível; Que então este negou a liberação do combustível solicitado; Que na última travessia da embarcação o combustível acabou quando estava no meio do rio; Que seguiram então remando até a margem do rio; Que chegando lá o soldado Raimundo César “pulou embaixo” e disse que iria conversar com “esse tenentezinho”; Com o que o depoente foi até ao pelotão e pegou dois litros de combustível, sem autorização do Tenente, e voltou à praia e não encontrou mais ninguém; Que então com a voadeira foi até o barco no porto do quartel, mas também não havia mais ninguém naquele local; Quando subiu o barranco em direção ao quartel encontrou vários militares que contaram que Raimundo César havia “furado o tenente”; Que Raimundo César havia bebido mais (sic) não estava embriagado; Que o próprio tenente havia autorizado Raimundo Cezar beber; Que Raimundo César estava de serviço pilotando a voadeira e o barco estava ancorado; Que quando acabou o combustível da voadeira remaram por cerca de cinco minutos até deixar os passageiros, tentando retornar mais (sic) não conseguiram por falta de combustível; Que o Raimundo César pulou na água e foi nadando até a margem, esclarecendo que não era muito longe o local que a voadeira estava. Nada mais. Às reperguntas do Advogado da Defesa, nada perguntou. Repassada às perguntas as às (sic) fls. 12/13 desta precatória dispôs 1) que não presenciou os fatos que deram origem a presente ação; 2-3) que não estava de serviço, estando apenas na confraternização; 4) Que o único o (sic) militar fardado era o que estava na permanência do barco, salvo engano Suamir; 5-6) Que havia bebida alcóolica e o réu havia ingerido; 7) Acredita Túlio Pires bebeu no máximo duas latinhas de cerveja; 8) não; 9) Não; 10-11) acredita que em razão do tenente ter negado o combustível faltante; 12) o tenente; 13) Sabia; porque estava junto; 14) Que ouviu os disparos mais (sic) não sabiam há (sic) que estava relacionando, não sabendo quem disparou; 14) Esclarece que o réu possuía uma filha doente em Sena Madureira e que conseguiu uma dispensa de oito dias para vir a Sena Madureira. Veio de avião e retornava de barco, após telefonema do Tenente que há (sic) época era Edivaldo. Tendo o referido tenente dito que se não retornasse em oito dias seria preso. E o réu não conseguiu retornar no prazo em razão de ter retornado do (sic) barco, sendo que há (sic) essa época a viagem chega a durar até doze dias. Que não chegou a ser preso apenas repreendido; Que não se recorda se há (sic) época dos fatos a filha ainda encontrava-se doente. Que entre a data de retorno do réu da viagem e a confraternização referida nesses autos passaram-se poucos dias; (...).

A Defesa e o MPM nada requereram na fase do art. 427 do CPPM (fls. 1.017/1.017-v).

Em Alegações Escritas (fls. 1.020/1.025), o MPM reiterou os termos da Denúncia. A Defesa renunciou ao mandato em 22 de julho de 2010 (fl. 1.027), tendo sido nomeada a Defensoria Pública da União (fl. 1.028), que, ao apre-

sentar suas Alegações Escritas (fls. 1.029/1.030), pugnou pela absolvição do Acusado por insuficiência de provas, pugnando, alternativamente, pela desclassificação da conduta para o delito de lesão corporal.

Em julgamento realizado no dia 31 de agosto de 2011 (Ata fls. 1.110/1.112, Sentença fls. 1.114/1.133), o Conselho Julgador de primeiro grau rejeitou as preliminares arguidas pela Defesa e, no mérito, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o pedido da Acusação, condenando o Acusado à pena de 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão, como incurso no artigo 157, §§ 1º, 2º e 3º, c/c o artigo 157, § 5º; no artigo 209, § 1º, c/c o artigo 70, inciso II, alínea "I"; no art. 217, c/c os artigos 218, inciso II, e 70, inciso II, alínea "I", e no art. 217, por duas vezes, c/c o artigo 70, inciso II, alínea "I", tudo do CPM, sendo os dois últimos incursões combinados com o art. 71 do Código Penal comum, e todos os dispositivos combinados com o art. 79 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente fechado.

Nessa mesma Decisão, o Conselho de Justiça absolveu o Acusado do crime de abandono de posto (art. 195 do CPM), por atipicidade da conduta.

A Sentença foi lida, assinada e publicada em 6 de setembro de 2011 (fl. 1.134), tendo sido intimado nessa mesma data o Órgão ministerial (fl. 1.134).

Intimada da Sentença em 12 de setembro de 2011 (fl. 1.137), a Defesa Pública interpôs Recurso de Apelação. Em 13 de setembro de 2011, foi certificado o trânsito em julgado para o MPM (fl. 1.138).

A DPU apresentou suas Razões recursais (fls. 1.143/1.148), e o MPM, suas contrarrazões (fls. 1.190/1.193).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar opinou pelo "*conhecimento e improvidamento do Apelo, mantendo-se a r. sentença recorrida.*" (fls. 1.205/1.221).

O Plenário deste Tribunal, em julgamento ocorrido em 12 de junho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade absoluta arguida pela Defensoria Pública da União, por ausência de defesa; e, por unanimidade, de ofício, preliminarmente, declarar a nulidade do Processo nº 36-39.2007.7.12.0012, a partir das Alegações Escritas, inclusive, por ausência de Defesa técnica, determinando o retorno dos autos à Auditoria de origem, para as providências de direito (fls. 1.259/1.284).

A DPU foi intimada do Acórdão em 7 de agosto de 2013 (fl. 1.289), tendo sido certificado o trânsito em julgado em 6 de setembro de 2013 (fl. 1.292).

Instado a se manifestar na fase do art. 428 do CPPM (fl. 1.296), o MPM reiterou e ratificou "*integralmente as Alegações Escritas apresentadas às fls. 1020/1025*", quando pugnou pela condenação do Acusado nos termos da Denúncia.

Em Despacho de fl. 1.299, o Juízo de primeiro grau nomeou a Dra. Lígia Márcia Teixeira Neri Duarte como Defensora Dativa (fl. 1.299), tendo sido apresentadas as Alegações Escritas (fls. 1.302/1.313), nas quais a Defesa suscitou preliminares de nulidade e requereu a extinção da punibilidade pela prescrição dos crimes de injúria real e abandono de posto. Ao final, pugnou pela absolvição do Acusado, por insuficiência de provas.

O Juiz-Auditor Substituto designou o dia 13 de fevereiro de 2014 para o julgamento do feito, determinando a expedição de Carta Precatória para notificação do Acusado (fl. 1.314), o qual manifestou o desejo de ser representado pela Defensoria Pública da União (fl. 1.334). Em consequência, foi cancelada a Sessão de Julgamento anteriormente apazada, determinando-se vista ao Órgão de Defesa Pública para, querendo, ratificar as Alegações Escritas anteriormente apresentadas ou apresentar novas Alegações (fl. 1.344).

Cumprindo o determinado, foram apresentadas novas Alegações Escritas pela Defensoria Pública da União (fls. 1.353/1.358), nas quais o Órgão defensivo pugnou pela nulidade do feito, em vista da não aplicação da Lei nº 11.719/2008 e, no mérito, pela absolvição do Acusado, com fundamento na insuficiência de provas.

Em novo julgamento realizado no dia 11 de setembro de 2014 (Ata fls. 1.375/1.376, Sentença fls. 1.378/1.400), o Conselho Julgador de primeiro grau, por unanimidade de votos, rejeitou as preliminares de nulidade arguidas pela Defesa Pública e, no mérito, condenou o Acusado à pena de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de detenção, como incurso no art. 157 do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º e 3º, c/c o art. 209, tudo do CPM; e art. 217 do CPM, c/c o art. 71 do CP, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Na mesma Decisão, o Conselho de Justiça absolveu o Acusado da prática delituosa descrita no art. 195 do CPM, com base na alínea “b” do artigo 439 do CPPM, e declarou a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que *“desde o recebimento da Denúncia já se passaram mais de seis anos e, no caso, a prescrição é de quatro anos, conforme art. 125, VI, do Código Penal Militar”* (fl. 1.397).

A Sentença foi lida, assinada e publicada em 17 de setembro de 2014 (fls. 1.401/1.402), dela sendo intimado o Órgão ministerial em 23 de setembro de 2014 (fl. 1.403) e a Defesa Pública em 13 de outubro de 2014 (Sistema de Andamento Processual do STM – SAM).

Foram interpostos os Recursos de Apelação, tempestivamente, pelo MPM em 25 de setembro de 2014 (fl. 1.404) e pela DPU em 13 de outubro de 2014 (fl. 1.410).

Em suas Razões, o Órgão ministerial requereu a reforma da Sentença no tocante à dosimetria da pena aplicada ao Acusado, a fim de que (fls. 1.405/1.408):

(...) a) o sentenciado RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR seja condenado como incurso nas penas do art. 209, § 1º do CPM, eis que a lesão corporal que produziu no 2º Ten TULIO (sic) foi de natureza grave, pois causou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;

b) seja reconhecida a agravante objetiva do art. 70, II, I (crime praticado por agente de serviço), eis que o sentenciado estava de serviço de permanência à embarcação.

Assim sendo, o MPM pugna pela reforma da sentença nos termos supracitados e que o sentenciado RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR seja condenado consoante a nova dosimetria necessária, que deverá se limitar ao *quantum* da sentença condenatória anteriormente prolatada e anulada por essa Egrégia Corte Castrense (fls. 1260/1284), a fim de que não haja *reformatio in pejus* indireta.

A Defesa Pública, em suas Razões recursais (fls. 1.413/1.422), requereu o direito de manifestar-se em contrarrazões após o derradeiro pronunciamento ministerial. Arguiu preliminar de nulidade pela não aplicação da Lei nº 11.719/2008 (art. 400 do Código de Processo Penal comum – interrogatório do Réu como último ato da instrução criminal), escudando-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 115.530/PR e Habeas Corpus nº 115.698/AM, ambos relatados pelo eminente Ministro Luiz Fux). Suscitou, também, nulidades por cerceamento de defesa, porquanto ausente o Réu preso em uma das audiências na fase de instrução processual e por violação da garantia do defensor natural, acrescentando que (fl. 1.422):

(...) espera seja determinada a reabertura da instrução, principalmente para que se realize incidente de insanidade mental, que, dadas as circunstâncias dos fatos descritos na denúncia, é imprescindível para que se faça justiça no presente feito, seja avaliando se o caso é de inimputabilidade, pura e simples ou de imputabilidade reduzida.

No mérito, sustentou que “*não há como manter a condenação aplicada à fl. 1398 por violência contra superior, por fato pretensamente ocorrido em 2007, se, desde 2005, conforme certificado por S. Exa. o Comandante do Exército, à fl. 1235/6, o apelante não era mais militar do Exército*” (fl. 1.422). Ao final, requereu a absolvição do Acusado pela atipicidade da conduta, reiterando os pleitos de fls. 1.144/1.148.

Em Contrarrazões ao Recurso defensivo (fls. 1.424/1.430), o Órgão ministerial refutou a nulidade relativa à aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal comum, escudando-se no Enunciado nº 15 da Súmula de Jurisprudência do STM.

No tocante à alegada nulidade por ausência do réu preso à audiência de inquirição de testemunha, o MPM sustentou que a Defesa deixou de informar ao Juízo Federal deprecado da condição de preso do Acusado, suscitando, logo após, a nulidade do feito pela ausência na audiência de oitiva das testemunhas.

Quanto à nulidade pela não instauração do incidente de insanidade mental, o MPM sustentou que:

(...) Mais uma vez as alegações da defesa se mostram infundadas primeiramente porque o acusado teve duas oportunidades de apresentar sua defesa técnica (duas alegações escritas – pela advogada dativa e pela DPU) e em segundo fundamento porque não é dado à Parte se beneficiar da própria torpeza, algo que a DPU fez ao entregar aos autos alegações pífias que geraram toda a celeuma e, agora, argumentar que houve nulidade porque o Juízo a *quo* nomeou defensor dativo, fato este que foi superado pelas segundas alegações escritas que a DPU ofereceu em fls. 1353/1358, como já demonstrado.

No mérito, o Órgão ministerial argumentou que o Ofício do Comandante do Exército (fls. 1.235/1.236) realmente existe, porém, a data ali constante constitui evidente erro material, que fica *“patente em fl. 348 do Volume 2, em que o Comandante do C Fron AC/4º BIS, em 14 de março de 2008, solicita autorização para licenciar o então acusado”*. Ao final, sustentou não haver razões para a reforma da Sentença condenatória, a não ser pela majoração da pena, conforme requerido em suas Razões recursais.

Em Contrarrazões ao Recurso ministerial (fls. 1.432/1.433), a DPU requereu fosse negado provimento ao pleito ministerial, ao argumento de que inexistia prova pericial apta a confirmar que a lesão sofrida pelo Ofendido seja de natureza grave. Sustentou, também, que não incidiria a agravante inculpada no inciso II do artigo 70 do CPM, uma vez que a atividade desenvolvida no local dos fatos era de natureza recreativa, ressaltando, inclusive, que não existia escala de serviço, ou atividade propriamente militar. E arrematou (fl. 1.433):

(...) Sequer houve pedido de sua incidência, seja na denúncia, seja nas alegações de fl. 1020/5, seja em plenário, conforme ata de fl. 1.375/6, e jamais pode a defesa se manifestar sobre ela.

Mais uma vez deve ser improvido o recurso.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 1.443/1.464), em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares, opinou pelo conhecimento e não provimento do Apelo defensivo, e pelo provimento do Apelo interposto pelo MPM, para reformar a Sentença vergastada no tocante ao crime de violência contra superior, declarando extinta a punibilidade pela prescrição em relação ao delito do art. 217 do CPM.

O então Ministro-Revisor Dr. José Barroso Filho, em Despacho de 12 de março de 2015 (fl. 1.470), declarou-se impedido para atuar no feito, razão pela qual os autos foram redistribuídos pela SEJUD ao Exmo. Sr. Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior (fl. 1.472), que teve vista dos autos devolvendo-os a este Relator em 15 de abril de 2015 (fl. 1.473-v).

Determinei a colocação do feito em mesa em Despacho de 6 de maio de 2015 (fl. 1.475), tendo sido intimadas a Defensoria Pública da União (fl. 1.477) e a Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fl. 1.479).

Os autos foram novamente redistribuídos ao eminente Ministro Dr. José Coêlho Ferreira em 21 de maio de 2015 (fl. 1.484), tendo sido devolvidos a este Relator em 12 de junho de 2015 (fl. 1.486-v).

Em Despacho de 16 de junho de 2015 (fl. 1.487), determinei nova inclusão do feito em mesa para julgamento, tendo sido intimadas a DPU e a PGJM (fls. 1.489 e 1.491).

É o Relatório.

## **VOTO**

Os requisitos de admissibilidade dos Recursos estão preenchidos, razão pela qual merecem ser conhecidos.

### **PRELIMINAR DE NULIDADE PELA NÃO OBSERVÂNCIA DA LEI Nº 11.719/08**

A Defensoria Pública da União arguiu preliminar de nulidade, tendo em vista o indeferimento do pleito de novo interrogatório do Acusado antes do julgamento pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 12ª CJM.

Argumentou, para tanto, que o prejuízo ficou evidenciado pela não aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal comum, alterado pela Lei nº 11.719/2008, que prevê o interrogatório do réu como último ato da instrução criminal. O Órgão defensivo escudou-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 115.530/PR e Habeas Corpus nº 115.698/AM, ambos relatados pelo eminente Ministro Luiz Fux).

O pleito defensivo não merece acolhida, uma vez que o Código de Processo Penal Militar contém disposição específica acerca do procedimento durante a instrução processual, nada havendo a ser suprido pelo uso da legislação comum, em detrimento da legislação militar.

Na hipótese dos autos, a norma de regência encontra-se prevista no art. 302 do Código de Processo Penal Militar, não sendo o caso de se invocar a regra contida no Código de Processo Penal comum, por força do Princípio da Especialidade.

É de conhecimento amplo que 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, postura essa incompatível com o Princípio da Especialidade das leis.

Ademais, a própria Lei nº 11.719/2008, ao alterar a redação do § 2º do artigo 394, ressalvou a aplicação dos novos dispositivos nos seguintes termos:

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial (Grifo nosso).

Esta Corte Militar rechaça a aplicação subsidiária de dispositivos da referida legislação, conforme se extrai dos seguintes arestos:

Apelação nº 19-90.2013.7.02.0102/UF: SP (DJe: 20/2/2014)

Relator: Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

APELAÇÃO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). PRELIMINAR DE NULIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.719/2008. REJEIÇÃO. MÉRITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Preliminar de nulidade arguida pela Defesa para renovação dos atos processuais, de acordo com o rito da Lei nº 11.719/2008. Inexistência de omissão na legislação processual penal militar quanto à matéria, mas apenas procedimento diverso da regra prevista no CPP, devendo prevalecer o estatuto castrense, considerando o Princípio da Especialidade.

2. O princípio da insignificância não é aplicável ao crime de posse e uso de entorpecentes, independentemente da quantidade apreendida. Precedentes do STF e do STM.

3. É inaplicável a nova Lei de Drogas, uma vez que possui finalidades distintas da legislação penal militar. Esta protege as Instituições Militares e a preservação da hierarquia e da disciplina, de modo a garantir o fiel cumprimento das suas missões constitucionais, e aquela previne o uso indevido de substâncias entorpecentes, além de promover a inserção social dos usuários e dependentes. 4. Rejeitada a preliminar de nulidade e, no mérito, desprovido o apelo. Decisão majoritária (Grifo Nosso).

Apelação nº 83-83.2012.7.04.0004/UF: MG (DJe: 28/11/2013)

Relator: Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão

FURTO SIMPLES. PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS PELA DPU. CERCEAMENTO DE DEFESA. ANULAÇÃO DO PROCESSO A

PARTIR DO INTERROGATÓRIO POR INAPLICAÇÃO DA ALTERAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. REJEITADAS POR UNANIMIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO. AGENTE LICENCIADO DA AERONÁUTICA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. DANO NÃO REPARADO ANTES DE INSTAURADA A AÇÃO PENAL. BEM RECUPERADO POR INICIATIVA POLICIAL. INAPLICABILIDADE DOS PARÁGRAFOS PRIMEIRO E SEGUNDO DO ART. 240 DO CPM. APELO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

Conforme a Súmula 15 do STM, a alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União. Estando os quesitos satisfatoriamente respondidos pelos peritos, nos termos do art. 317 do CPPM, o requerimento da parte, para repeti-los, não se mostra pertinente, não configurando cerceamento de defesa. O STF exige requisitos simultâneos para aplicar o princípio da insignificância, quais sejam: a mínima ofensa da conduta do agente; a inexistência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovação do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica provocada – precedentes do STF: HC nº 107.638/PE e HC nº 108.512/BA. Não se aplica a causa de diminuição da pena prevista no § 2º do art. 240 do CPM quando o agente não restitui o bem, sendo este recuperado por iniciativa do Estado, mediante atividade policial. A minorante, prevista nos parágrafos 1º e 2º do art. 240 do CPM, não incide para transformar a punição em infração disciplinar quando a res subtraída tem valor significativo em relação ao poder aquisitivo da vítima, somando-se à circunstância de que o agente foi excluído da Força e a conduta perpetrada reveste-se de gravidade. Decisão por unanimidade. (Grifo Nosso).

As reiteradas Decisões deste Plenário conduziram à edição do Enunciado nº 15 da Súmula de Jurisprudência desta Corte Castrense, nos seguintes termos:

A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União.

Os precedentes citados pela Defesa Pública, ambos publicados no Diário de Justiça eletrônico de 14 de agosto de 2013, são provenientes da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de matéria não pacificada no âmbito daquela Excelsa Corte Suprema, tendo em vista recente Decisão da Segunda Turma que, por unanimidade de votos, entendeu que nos delitos militares deveria ser aplicada a regra insculpida no art. 302 do CPPM.

Habeas Corpus nº 122.673/PA (DJe: 1º/8/2014)

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FURTO EM RECINTO CASTRENSE. APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI

N. 11.719/2008 COM A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. ART. 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. NORMA ESPECIAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes.

2. Se o paciente militar foi denunciado pela prática de crime de furto em recinto castrense, o procedimento a ser adotado é o do art. 302 e seguintes do Código de Processo Penal Militar.

3. Ordem denegada com revogação da liminar deferida. (Grifo nosso).

Por tais motivos, não se verifica a alegada violação do Princípio do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, inculpidos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Defensoria Pública da União.

### **PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA I**

A Defesa Pública suscitou preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ao argumento de que o Acusado preso não se fez presente a uma das Audiências de Inquirição de Testemunhas, contrariando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ausência é causa de nulidade.

Nesses termos, o Órgão defensivo requereu a nulidade do feito a partir da Audiência de fl. 438, com renovação do ato.

A preliminar não merece acolhida.

Extrai-se da Ata relativa à inquirição de testemunha (fl. 438) que a Defesa apenas informou tratar-se de Réu custodiado. Todavia, conforme ressaltou o Juiz deprecado, não houve requisição ao Juízo para a sua apresentação, razão pela qual decidiu pela continuidade da oitiva, ao argumento de que:

não há comunicação da prisão do réu, nem foi juntado prova de sua custódia e que diante do despacho do Juízo de origem, observando que a defesa deveria acompanhar o cumprimento da precatória, era ônus que lhe cabia informar a este Juízo Deprecado acerca da prisão do acusado, possibilitando sua requisição. (fl. 438).

Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ausência de réu preso à audiência de oitiva de testemunha não implica a declaração de nulidade do processo, sendo oportuna a transcrição do seguinte aresto:

Habeas Corpus nº 109.672/SP (DJe: 16/3/2012)

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. RÉU PRESO. AUSÊNCIA EM AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. REMOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

I – Não procede a alegação de cerceamento de defesa decorrente da ausência do paciente em audiência de oitiva de testemunhas. Isso porque o juízo processante solicitou sua remoção, o que não ocorreu devido a recusa do próprio réu em permanecer em trânsito na Penitenciária de Ribeirão Preto/SP.

II – Além disso, este Tribunal já firmou entendimento no sentido de que a ausência de réu preso em audiência de oitiva de testemunha não implica a nulidade do processo. Destaco, nessa esteira, que o Plenário do Tribunal, ao apreciar o RE 602.543-RG-QO/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, ratificou tal entendimento, ou seja, de que não constitui nulidade a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu.

(...)

VI - Ordem denegada. (Grifo nosso).

Acerca do precedente mencionado na referida ementa, o Plenário daquela Excelsa Corte Suprema apreciou a matéria em sede de repercussão geral, tendo sido ementado o Acórdão nos seguintes termos:

Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 602.543 QO-RG/RS (DJe: 26/2/2010)

Relator: Ministro Cezar Peluso

EMENTA: AÇÃO PENAL.

Prova. Oitiva de testemunha. Carta precatória. Réu preso. Requisição não solicitada. Ausência de nulidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.

Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento. (Grifo nosso).

O caso dos autos amolda-se exatamente à situação fática descrita na ementa da citada Repercussão Geral.

Ademais, *“A ausência do acusado na audiência de instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de*

*prejuízo à defesa.*” (Habeas Corpus nº 109.978, Ministro Luiz Fux, DJe: 8/8/2013), consagrando o Princípio “*pas de nullité sans grief*”, a teor do que dispõe o art. 499 do CPPM.

*In casu*, a Defesa fez-se presente à citada Audiência e sequer ventilou a possibilidade de existência de algum prejuízo para a Parte Ré, razão pela qual não há como acolher a alegação defensiva, porquanto não evidenciada qualquer violação aos Postulados constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, inseridos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Defensoria Pública da União.

### **PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA II**

A Defensoria Pública da União suscitou preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, ao argumento de que “*foi nomeada indevidamente defensora dativa para feito ao encargo da DPU, restando violada garantia processual institucional do defensor natural*” (fl. 1.422).

Nesses termos, prossegue a Defesa Pública, “*Anulada a sentença, espera seja determinada a reabertura da instrução, principalmente para que se realize incidente de insanidade mental, que, dadas as circunstâncias dos fatos descritos na denúncia, é imprescindível para que se faça justiça*” (fl. 1.422).

Segundo a ótica defensiva, a apontada nulidade decorreria de suposta violação da garantia processual do defensor natural, haja vista que a anulação dos atos processuais promovida pelo Plenário desta Corte Castrense no julgamento do Recurso de Apelação teria como consectário a remessa dos autos ao Órgão de Defesa Pública para o cumprimento do disposto no art. 428 do CPPM, procedendo-se, por via de consequência, à instauração de incidente de insanidade mental.

O pleito não merece acolhida.

O Plenário desta Corte Castrense, em julgamento ocorrido em 12 de junho de 2013, decidiu, por unanimidade de votos, declarar a nulidade do feito, a partir das alegações escritas, inclusive, pela ausência de defesa técnica, determinando o retorno dos autos à primeira instância para as providências pertinentes à renovação dos atos processuais anulados.

A deficiente argumentação produzida pela Defensoria Pública da União (fls. 1.029/1.030) ficou assim registrada (fl. 1.281):

RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR, nos autos do processo 0000036-39.2007.7.12.0012, pelo Defensor que subscreve a

presente, vem requerer a juntada de suas Alegações Escritas, a serem sustentadas por ocasião do julgamento, sem prejuízo de outras, a serem expostas no exercício da ampla defesa constitucionalmente assegurada.

A. Deferimento e Justiça!

Manaus, 3 setembro de 2010.

**Por um imperativo de Justiça, necessária se faz a absolvição do acusado, vez que, encerrada a instrução probatória, nada restou provado que dê amparo à original pretensão acusatória.**

Deve a situação ser analisada sob o prisma objetivo e subjetivo.

**O quadro que surge da instrução é que o acusado repeliu injusta agressão, e em nenhum momento teve o objetivo de atentar contra a vítima.**

**Não assiste razão ao MPM em seu pleito condenatório, e deve ser absolvido com base na alínea “e” do art. 439 do CPPM, ou desclassificada a imputação para lesão corporal.**

A. deferimento e Justiça! (...) (Grifos no original).

No voto condutor do Acórdão, ao fundamentar o reconhecimento da nulidade processual, afirmei que (fl. 1.281):

(...) Os presentes autos descrevem uma conduta criminosa repleta de imputações e de provas materiais e testemunhais cujos elementos colhidos durante a instrução criminal revelaram-se consistentes. Como tal, era de se esperar, ainda mais por parte da Defensoria Pública da União, a apresentação de Alegações Escritas cuidadosamente elaboradas na esteira da ampla defesa do Acusado.

Afinal, trata-se do momento processual imediatamente anterior ao julgamento em consequência do que deveria ser minuciosamente refutada a argumentação ministerial tendente a fazer prevalecer a condenação.

No entanto, conforme se pode perceber do desidioso texto anteriormente descrito, a Defesa cuidou de, tão somente, repelir a acusação à guisa de ausência de provas, sem sequer descrever sob que fundamentos sustentava tal desiderato. Ademais, justificou a prática delituosa aduzindo legítima defesa e requereu, subsidiariamente, a desclassificação para lesão corporal.

Ressalto que a Denúncia descreveu várias condutas de violência contra superior (art. 157 do CPM) e de injúria real (arts. 217 e 218 do CPM), além de tipificar a lesão corporal (art. 209 do CPM) decorrente da forma qualificada de uma das violências praticadas contra superior (§ 3º do artigo 157), relativamente à facada desferida pelo Acusado contra o seu Comandante.

A análise das Alegações Escritas revela, pois, flagrante deficiência de defesa, restando, para o deslinde da questão relativa à incidência de eventual nulidade capaz de macular o feito, a verificação de que tal fato constitui nulidade absoluta. (Grifo nosso).

A deficiente defesa técnica foi protagonizada pelo Órgão defensivo, razão pela qual, retornando os autos ao Juízo de primeiro grau para proceder à renovação dos atos processuais, nos termos da Decisão Plenária, o Magistrado *a quo*, com absoluta cautela e correção, após abrir vista ao Órgão ministerial para fins do art. 428 do CPPM (fl. 1.296), nomeou como Defensora Dativa a Dra. Lígia Márcia Teixeira Neri Duarte, com vistas à elaboração de Alegações Escritas (fl. 1.299), as quais foram competente e devidamente apresentadas em arrazoado de fls. 1.302/1.313.

A Defesa Dativa apresentou, em suas Alegações Escritas, três preliminares de nulidade e, no mérito, pugnou pela absolvição do Acusado com argumentos sólidos e consistentes.

Quando da intimação para a Sessão de Julgamento, o Acusado solicitou a *“possibilidade de que seja nomeado Defensor Público por não ter condições financeiras para contratar um causídico particular e pelo mesmo motivo solicita possibilidade no sentido de que seja inquirido pelo Juízo da cidade de Santa Rosa do Purus/SC, por não dispor de meios para comparecer nesse juízo”* (fl. 1.344).

Instado a se manifestar sobre o pedido do Acusado, o Ministério Público Militar pronunciou-se favorável (fls. 1.337/1.338).

A Defensoria Pública da União, por sua vez, ao tomar ciência da Sessão de Julgamento, sustentou que (fls. 1.340/1.341):

(...) foi nomeada indevidamente defensora dativa para feito ao encargo da DPU (...) Inicialmente, reitera o pleito de fl. 1144. Reiterou pedido de que a preliminar de nulidade por ausência de réu preso à audiência de inquirição de testemunha fosse apreciada pelo Colegiado Julgador *a quo*, uma vez *“que não chegou a ser apreciado pelo STM, pois acolheu a preliminar de mesmas folhas (Nulidade – I)”* (...) Assim, requer seja adiada a sessão de julgamento e decidido o pleito de anulação aqui reiterado.

A fim de evitar novas alegações de nulidade, o Juízo de primeiro grau decidiu cancelar a Sessão de Julgamento designada para 13 de fevereiro de 2014, determinando vista à Defensoria Pública da União para *“que se manifeste ratificando as alegações apresentadas pela Defensora Dativa (fls. 1302/1313) ou apresentar novas alegações, tudo considerando a manifestação do réu às fls. 1.334 de que quer ser defendido por Defensor Público Federal”* (fl. 1.344).

A Defensoria Pública da União apresentou novas Alegações Escritas (fls. 1.353/1.358), após o que foi designada a data para o julgamento do feito (fl. 1.359).

Portanto, de que nulidade vem tratar a Defesa Pública, se o próprio Juízo de primeiro grau, em atenção ao postulado da Ampla Defesa e em atenção à solicitação do Acusado, determinou vista para que fossem apresentadas novas Alegações Escritas?

Destaco que, não obstante a diligente atuação do Juiz-Auditor, chama a atenção o fato de que as Alegações Escritas do Órgão de Defesa Pública (fls. 1.353/1.358) tenham-se limitado à apresentação das mesmas teses de nulidade arguidas pela Defesa Dativa em seu arrazoado (fls. 1.302/1.313), acrescentadas, tão somente, da já conhecida nulidade pela não observância da Lei nº 11.719/2008, tendo em vista a não aplicação do art. 400 do CPP comum ao rito processual Castrense. Quanto ao mérito, a Defesa Pública novamente incorreu na desidiosa argumentação segundo a qual “*Deve a situação ser analisada sob o prisma objetivo e subjetivo*”, sem trazer uma nova linha sequer às Alegações Escritas que, em momento anterior, determinou a declaração de nulidade operada por este Tribunal por ausência de Defesa Técnica.

Esse fato não passou despercebido pelo diligente Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mario Sérgio Marques Soares que, em seu arrazoado de fls. 1.443/1.465, assim pontuou:

(...) Pois bem, cassada a atuação diligente da Defensora Dativa e reaberta vista à DPU, esta, em suas alegações finais (fls. 1355/1358), limitou-se a inserir uma preliminar de nulidade do feito que vem ultimamente reiterando, por não haver interrogatório sido realizado na conformidade do CPP e, no mérito, – copiar e colar – reiterou *ipsis litteris* as alegações finais de fl. 1.030 que o STM julgara inepta.

E prosseguiu o *Custos Legis* (fl. 1.460):

(...) Assim, não pode a Defesa aproveitar de sua desídia para passados mais de seis anos alegar referida nulidade, que, como já demonstrado, sequer existe, e recriar pela mesma desídia a nulidade que invalidou o feito a partir de sua atuação.

Afinal, concluiu a Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fl. 1.461):

(...) Observa-se que o Juízo da Auditoria da 12ª CJM, receoso e a fim de evitar novos pleitos de nulidade, mesmo que infundados, deu vista à DPU para que ratificasse as alegações apresentadas pela defensora dativa ou para que apresentasse novas alegações (fl. 1.344).

Não há que se falar em qualquer nulidade, ao contrário, são exatamente as alegações finais da Defensora Dativa que validam estes autos, sendo oportunizados ao Apelante dois momentos para apresentação de alegações.

Por fim, no que tange à determinação de instauração de incidente de insanidade mental, como consectário de eventual anulação do feito em caso de acolhimento da presente preliminar, este Plenário já apreciou a matéria no julgamento procedido em 12 de junho de 2013, tendo rejeitado a tese de submissão do Acusado a novo exame pericial (fls. 1.278/1.280), na esteira do seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Habeas Corpus nº 84322/PA (DJe: 21/6/2010)

Relator: Ministro Felix Fischer

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDEFERIMENTO DE JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE DO ART. 475 DO CPP. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA SOBRE A HIGIDEZ MENTAL DO ACUSADO. QUALIFICADORA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Não caracteriza constrangimento ilegal a decisão que indefere a juntada de documento no prazo do art. 475 do Código de Processo Penal, uma vez constatado que o pedido era mera reiteração de pleito já inadmitido ao longo da instrução com a devida fundamentação.

II - Somente a dúvida relevante sobre a integridade mental do acusado serve de motivação para a instauração do incidente de insanidade mental, sendo certo que o simples requerimento, por si só, não obriga o juiz a determinar a sua realização (Precedentes do STF e do STJ). Assim, ausente, no caso, o requerimento, e não pairando dúvida sobre a capacidade mental do paciente, não se mostrava necessária a instauração do incidente de ofício.

III - Não há como, na via eleita – por demandar revolvimento de matéria fático-probatória – constatar se deveria, ou não, ter sido reconhecida pelos jurados a qualificadora referente à surpresa. Ordem denegada. (Grifo nosso).

Diante do exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Defensoria Pública da União.

## MÉRITO

Tratam os presentes de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público Militar e pela Defensoria Pública da União, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 12ª CJM, que condenou o ex-Sd Ex RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR à pena de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de detenção, como incurso no art. 157 do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º e 3º, c/c o art. 209, tudo do CPM; e art. 217 do CPM, c/c o art. 71 do CP, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Em suas Razões, o Órgão ministerial requereu a reforma da Sentença no tocante à dosimetria da pena aplicada ao Acusado, a fim de que (fls. 1.405/1.408):

(...) a) o sentenciado RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR seja condenado como incurso nas penas do art. 209, § 1º do CPM, eis que a lesão corporal que produziu no 2º Ten TULIO (sic) foi de natureza grave, pois causou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;

b) seja reconhecida a agravante objetiva do art. 70, II, I (crime praticado por agente de serviço), eis que o sentenciado estava de serviço de permanência à embarcação.

Assim sendo, o MPM pugna pela reforma da sentença nos termos supracitados e que o sentenciado RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR seja condenado consoante a nova dosimetria necessária, que deverá se limitar ao *quantum* da sentença condenatória anteriormente prolatada e anulada por essa Egrégia Corte Castrense (fls. 1260/1284), a fim de que não haja *reformatio in pejus* indireta.

A Defesa Pública, por sua vez, em suas Razões recursais (fls. 1.413/1.422), sustentou que *“não há como manter a condenação aplicada à fl. 1.398 por violência contra superior, por fato pretensamente ocorrido em 2007, se, desde 2005, conforme certificado por S. Exa. o Comandante do Exército, à fl. 1235/6, o apelante não era mais militar do Exército”* (fl. 1.422). Ao final, requereu a absolvição do Acusado pela atipicidade da conduta, reiterando os pleitos de fls. 1.144/1.148.

Em Contrarrazões ao Recurso defensivo (fls. 1.424/1.430), o Órgão ministerial argumentou que o Ofício do Comandante do Exército (fls. 1.235/1.236) realmente existe, porém, a data ali constante constitui evidente erro material, que fica *“patente em fl. 348 do Volume 2, em que o Comandante do C Fron AC/4º BIS, em 14 de março de 2008, solicita autorização para licenciar o então acusado”*. Ao final, sustentou não haver razões para a reforma da Sentença condenatória, a não ser pela majoração da pena, conforme requerido em suas Razões recursais.

Em Contrarrazões ao Recurso ministerial (fls. 1.432/1.433), a DPU requereu fosse negado provimento ao pleito ministerial, ao argumento de que inexistia prova pericial apta a confirmar que a lesão sofrida pelo Ofendido seja de natureza grave. Sustentou, também, que não incidiria a agravante inculpada no inciso II do artigo 70 do CPM, uma vez que a atividade desenvolvida no local dos fatos era de natureza recreativa, ressaltando, inclusive, que não existia escala de serviço, ou atividade propriamente militar. E arrematou (fl. 1.433):

(...) Sequer houve pedido de sua incidência, seja na denúncia, seja nas alegações de fl. 1.020/5, seja em plenário, conforme ata de fl. 1.375/6, e jamais pode a defesa se manifestar sobre ela.

Mais uma vez deve ser improvido o recurso.

Analiso primeiramente o Recurso ministerial. Pretende o MPM a reforma da Sentença, com a conseqüente condenação do Acusado nas penas do artigo 209, § 1º, do CPM, bem como o reconhecimento da agravante objetiva do artigo 70, inciso II, alínea "I", do referido Códex.

Em seu arrazoado, sustentou que o Conselho Julgador de primeiro grau não considerou o Laudo Complementar de fl. 796 que *"aponta para a lesão corporal de natureza grave, consoante se pode verificar da resposta ao quesito quarto"* (fl. 1.406). Bem assim, deixou de *"consignar a agravante objetiva do art. 70, II, I do CPM, eis que o militar em tela se encontrava de serviço quando praticou as condutas delituosas"*, conforme consta da escala de serviço de fl. 133.

O Recurso ministerial merece acolhimento. A gravidade do delito perpetrado pelo Acusado impunha reprimenda mais severa por parte do Colegiado Julgador de primeiro grau, até mesmo porque mereceriam maiores debates questões como a aplicação da continuidade delitiva aos delitos de violência contra superior e, principalmente, no tocante à agravante do § 1º do artigo 157 do CPM, afastada na Sentença hostilizada. Afinal, a violência foi praticada contra o Comandante da Unidade e o dispositivo do Código Penal Militar objetiva tutelar o Comando, não o posto de quem o ocupa.

No entanto, conforme se manifestou o Ministério Público Militar ao final do seu arrazoado recursal, "No que tange aos demais fundamentos da sentença, o MPM entende que foram elaborados corretamente e que, assim, não merecem reparos" (fl. 1.408) (Grifo no original).

Em se tratando de Recurso ministerial cujo escopo está limitado aos itens anteriormente elencados, não poderia este Tribunal apreciar a questão relativa ao reconhecimento da continuidade delitiva ou da agravante da violência contra o Comandante da Unidade com vistas à majoração da pena anteriormente aplicada pelo Colegiado de primeiro grau, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*.

Nesses termos, cito o oportuno ensinamento proferido pelo Professor Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo Penal*, V. 4. Saraiva. 1997. 18ª ed. p. 383):

(...) Mas raciocinemos: o efeito devolutivo da apelação, em face mesmo daquele princípio consubstanciado na parêmia *nemo iudex sine actore*, não permite ao órgão *ad quem* apreciar o *thema decidendum* com a mesma liberdade de que dispôs o juízo a quo. A regra *tantum de-*

*volum quantum appellatum*, consectário lógico do princípio *nemo iudex sine actore*, cria, no juízo *ad quem*, obstáculo intransponível à sua pretensão liberdade de reexaminar a causa como se fora o órgão de 1º grau.

A análise do conteúdo probatório carreado aos autos comprova as práticas delituosas perpetradas pelo Acusado, justificando a condenação imposta pelo Colegiado Julgador de primeiro grau, o qual, ao fundamentar sua Decisão, ressaltou que (fls. 1.398/1.399):

(...) No caso, o acusado confirmou em juízo haver praticado violência contra seu superior, confissão livre, sem constrangimentos, que, quando posta em paralelo às demais provas, com destaque aos depoimentos de testemunhas e ofendidos, mostra-se harmônica.

(...)

A confissão lúcida do acusado, em juízo, guarda harmonia com as demais provas produzidas, com destaque para as provas testemunhais e o respectivo laudo de exame de corpo de delito (...).

Em seu arazoado, a Defesa Pública não refutou as provas da prática delituosa, limitando-se a justificar uma suposta atipicidade da conduta, sob o argumento de que *“não há como manter a condenação aplicada à fl. 1.398 por violência contra superior, por fato pretensamente ocorrido em 2007, se, desde 2005, conforme certificado por S. Exa. o Comandante do Exército, à fl. 1.235/6, o apelante não era mais militar do Exército”* (fl. 1.422).

A propósito desse argumento, não há dúvida de que o Acusado encontrava-se em serviço ativo no dia em que perpetrou a prática delituosa.

Segundo se extrai da Peça Acusatória, os fatos ocorreram em 12 de agosto de 2007 e o Termo de Qualificação e Interrogatório, realizado pela 3ª Vara Federal do Estado do Acre, deixa claro que (fls. 310/312):

(...) Aos onze dias do mês de dezembro do ano de dois mil e sete, nesta cidade de Rio Branco-Acre, às 9h, na sala de audiências deste Juízo, presentes o MM. Juiz Federal, JAIR ARAÚJO FACUNDES, o Procurador do Ministério Público Federal, Dr. FERNANDO PIAZENSKI, comigo, Técnico Judiciário, ao final assinado, compareceu o acusado Raimundo Nonato do Nascimento César, acompanhado de sua advogada, Drª Sara Daniela Cardoso de Freitas (...) À qualificação respondeu:

(...)

PROFISSÃO: Soldado do Exército Brasileiro (...)

(...) O interrogado tinha a incumbência de fazer o transporte de militares e seus familiares de um lado a outro do Rio Purus (...) Ao chegar, foi objeto de gozação pelo Tenente Túlio. O acusado se sentiu humilhado e constrangido diante daquela manifestação do Tenente perante seus colegas de farda e familiares, pelo que empurrou o Tenente, que veio a cair na água (...) No dia 14 foi à casa de seu pai e, após tomar um banho,

apresentou-se ao Pelotão, para o Major Lima (...) Não tinha a intenção de abandonar o posto de serviço (...) (Grifo nosso).

Portanto, o documento no qual se escudou a Defesa Pública para sustentar o argumento segundo o qual o Acusado não era militar da ativa do Exército na data dos fatos consubstancia, quando muito, evidente erro material.

Não bastasse essa constatação, o documento de fl. 388 atesta que o licenciamento do Acusado ocorreu em 30 de maio de 2008, demonstrando, mais uma vez, o erro material do documento no qual se amparou o Órgão defensivo para sustentar a atipicidade da conduta.

Nesses termos, são oportunas as conclusões do *Custos Legis* (fls. 1.462/1.463):

(...) Da análise dos autos resta evidente que o Apelante encontrava-se no serviço ativo do Exército na data dos fatos, tanto que estava em serviço quando cometeu os crimes.

Como se observa do ofício de fl. 356, apenas em março de 2008 o Comandante da C Fron AC/4ºBIS solicita autorização para licenciar o Apelante, tendo o mesmo sido efetivamente licenciado em 30/05/2008 conforme documento de fls. 388 e seguintes.

Assim, a data constante do ofício de fl. 1235/1236 foi gravada (sic) erroneamente, tratando-se de mero erro material, e deixa claro que a Defesa pretende apenas confundir e protelar o feito com o intuito manifesto de que a pretensão punitiva do Estado prescreva.

O Laudo Pericial de fl. 796 comprovou a gravidade das lesões sofridas pelo Ofendido, 2º Ten Ex Túlio Pires Barbosa, e o seu afastamento do serviço por mais de 30 (trinta dias).

Conforme ressaltou o Órgão ministerial (fl. 1.406):

(...) o Laudo Complementar de fl. 796 não foi considerado pelo Colendo Conselho Permanente de Justiça para o Exército, na sessão de julgamento, eis que o documento em tela aponta para a lesão corporal de natureza grave, consoante se pode verificar da resposta ao quesito quarto: “Se resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias”. A resposta dos peritos foi “SIM”, o que conduz necessariamente para que se deva considerar não apenas o *caput* do art. 209 do CPM, mas o seu § 1º, conforme se percebe facilmente do texto legal (...).

Portanto, não merece prosperar a fundamentação contida na Sentença, no sentido de que “*inexistente nos autos evidencias claras de se (sic) tratava de lesões graves*” (fl. 1.399).

Quanto à incidência da agravante objetiva descrita na alínea “I” do inciso II do artigo 70 do CPM, laborou em equívoco o Colegiado Julgador *a quo* quando deixou de considerar a escala de serviço acostada à fl. 133 dos presentes autos.

Em Juízo, o Acusado declarou que *“tinha a incumbência de fazer o transporte de militares e seus familiares de um lado a outro do Rio Purus”* (fl. 311).

Acerca da aplicação do citado dispositivo, a jurisprudência desta Corte Castrense é firme no sentido de que:

Para a configuração da circunstância agravante de estar ou estando de serviço, nos termos dos artigos 70, inciso II, alínea “I”, e 157, § 5º, ambos do Código Penal Militar, é indispensável que conste dos autos escala de serviço devidamente formalizada (Apelação nº 2008.01.051159-8/SP, Relator: Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos, DJ 17/4/2009).

Quanto ao Recurso defensivo, a tese apresentada limitou-se à alegação de atipicidade da conduta, argumento já refutado diante do evidente erro material do documento no qual a Defesa baseou-se para o requerimento absoluto. Em decorrência, não merece acolhimento o pleito formulado pela Defensoria Pública da União.

Razões expostas, merece reparo a Sentença hostilizada, para, mantendo a condenação do Acusado, fazer incidir a circunstância agravante de estar em serviço, prevista na alínea “I” do inciso II do artigo 70 do CPM, em relação ao delito do art. 217 do CPM, além da causa especial de aumento da pena descrita no § 5º do artigo 157 do referido Códex Castrense. Também deve ser reconhecido que a lesão corporal praticada em desfavor do Ofendido 2º Ten Ex Túlio Pires Barbosa foi de natureza grave, sendo correta a tipificação descrita no § 1º do artigo 209 do CPM.

Passo ao cálculo das penas considerando as condutas isoladamente:

1) Agressões contra o 2º Ten Ex Túlio e o 3º Sgt Ex Meireles em continuidade delitiva (art. 157, c/c o art. 71 do Código Penal comum):

Inicialmente, resalto que a Sentença de primeiro grau considerou, na análise da conduta da violência contra superior, as agressões desferidas contra os Sd's Ex Dantas e Suamir. No entanto, os autos não demonstram com a precisão exigida pelo tipo penal em comento a condição de superior hierárquico desses Ofendidos.

Ainda assim, o conjunto das circunstâncias judiciais do art. 69 do Código Penal Militar é favorável ao Acusado, diante do que fixo a pena-base em 3 (três) meses de detenção, que será mantida na segunda fase, diante da inexistência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, reconhecida a condição de militar de serviço do Acusado na data dos fatos (fl. 133), incide a causa especial de aumento da pena de 1/6 (um sexto), a teor do que dispõe o § 5º do art. 157 do CPM, perfazendo 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Ainda na terceira fase, ratifico o reconhecimento da continuidade delitiva procedida pelo Conselho de Justiça, devendo ser acrescida de 1/6 (um sexto) a pena anteriormente fixada, na forma do art. 71 do Código Penal comum, perfazendo a pena final de 4 (quatro) meses e 2 (seis) dias de detenção.

2) Agressão praticada contra o 2º Ten Ex Túlio, com o uso de arma branca, que resultou na lesão corporal de natureza grave do Ofendido (artigo 157, § 2º e 3º, c/c o artigo 209, § 1º, ambos do Código Penal Militar):

Em relação à violência contra superior, o conjunto das circunstâncias judiciais do art. 69 do Código Penal Militar é favorável ao Acusado, diante do que fixa a pena-base em 3 (três) meses de detenção, que se mantém na segunda fase em virtude da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, ratifico a causa de aumento prevista no § 2º do artigo 157 do CPM, pelo uso de arma branca, ficando acrescida de 1/3 (um terço) a pena anteriormente estabelecida, perfazendo 4 (quatro) meses de detenção.

Ainda na terceira fase, reconhecida a condição de militar de serviço do Acusado na data dos fatos (fl. 133), incide sobre a pena fixada a causa especial de aumento de 1/6 (um sexto), a teor do que dispõe o § 5º do art. 157 do CPM, perfazendo a pena final de 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Considerando o § 3º do artigo 157 do CPM, deve ser aplicada a pena relativa à lesão corporal de natureza grave (artigo 209, § 1º, do CPM).

O conjunto das circunstâncias judiciais do art. 69 do Código Penal Militar é favorável ao Acusado, devendo ser fixada a pena-base em seu grau mínimo, ou seja, 1 (um) ano de reclusão, que se torna definitiva diante da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento e diminuição da pena.

Procedendo à unificação prevista no art. 79 do Código Penal Militar, à pena do delito de reclusão será acrescida a metade dos demais delitos. *In casu*, portanto, a pena final será de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

3) Injúria real contra o Sd Ex Dantas e o Sd Ex Suamir (art. 217 do CPM, c/c o art. 71 do CP comum):

Inicialmente, ressalto que o Conselho Julgador de primeiro grau, ao apreciar a conduta de injúria real, mencionou 4 (quatro) Ofendidos, incluindo o 2º Ten Túlio e o Sgt Meireles. No entanto, as agressões desferidas contra esses militares foram apreciadas como violência contra superior, não devendo ser computadas na dosimetria da pena descrita no art. 217 do CPM.

O conjunto das circunstâncias judiciais do art. 69 do Código Penal Militar é favorável ao Acusado, diante do que fixo a pena-base em 3 (três) meses de detenção.

Na segunda fase, deve ser aplicada a circunstância agravante descrita na alínea "I" do inciso II do artigo 70 do CPM, uma vez que comprovado nos autos que o Acusado encontrava-se de serviço na data dos fatos (fl. 133). Nos termos do art. 73 do CPM, a pena-base deve ser acrescida de 1/5 (um quinto), perfazendo 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de detenção.

Na terceira fase, ratifico o reconhecimento da continuidade delitiva procedida pelo Conselho de Justiça, devendo ser acrescida de 1/6 (um sexto) a pena anteriormente fixada, na forma do art. 71 do Código Penal comum, perfazendo a pena final de 4 (quatro) meses e 6 (seis) dias de detenção.

Procedendo à unificação de todas as condutas, nos termos do art. 79 do CPM, a pena de reclusão de 1 (um) ano 2 (dois) meses e 10 (dez) dias deverá ser acrescida da metade das demais penas (2 (dois) meses e 3 (três) dias e 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias), perfazendo um total de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão.

Permanece o direito do Acusado de apelar em liberdade, conforme determinado pelo Conselho Julgador de primeiro grau (art. 527 do CPPM), além da impossibilidade de concessão do *sursis*, uma vez que não foram preenchidos os requisitos previstos no art. 84 do CPM.

Em caso de cumprimento da pena em estabelecimento prisional comum, fica estabelecido o regime prisional inicialmente aberto, consoante a redação da alínea "c" do § 2º do artigo 33 do Código Penal comum, que regula os regimes de cumprimento das penas nos estabelecimentos prisionais comuns.

Por fim, acrescento que, segundo a dicção do art. 67 do CPM, o Acusado faz jus à detração penal. *In casu*, o ex-Sd Ex RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CESAR permaneceu preso cautelarmente desde 15 de agosto de 2007 (fl. 176), até que este Tribunal, em julgamento datado de 5 de agosto de 2008, nos autos do Habeas Corpus nº 2008.01.034514-0, concedeu a ordem e relaxou a sua prisão, tendo sido cumprido o respectivo Alvará de Soltura nessa mesma data (fls. 516 e 609/618). Portanto, à pena aplicada deverá ser computado o tempo da prisão cautelar.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso defensivo e dou provimento ao Recurso ministerial para, mantendo a condenação do ex-Sd Ex RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CESAR, aplicar-lhe a pena de 1 (um)

ano, 6 (seis) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, como incurso no artigo 157, § 5º, do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º, 3º e 5º, c/c o artigo 209, § 1º, todos do CPM; e no art. 217, c/c a alínea “l” do inciso II do artigo 70 do CPM, ambos do CPM, e com o art. 71 do Código Penal comum, com a detração do tempo de prisão provisória cumprida pelo Acusado, ex vi do art. 67 do CPM, fixando o regime prisional inicialmente aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal comum, e o direito de recorrer em liberdade.

Mantida a condenação pelo Tribunal, deve-se reconhecer a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, para todas as condutas perpetradas, calculada sobre a pena em concreto de cada uma delas, na forma dos §§ 1º e 3º do artigo 125 do Código Penal Militar:

Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

§ 1º Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente.

(...)

§ 3º No caso de concurso de crimes ou de crime continuado, a prescrição é referida, não à pena unificada, mas à de cada crime considerado isoladamente.

O Acusado era maior de 21 anos de idade à época dos fatos narrados na Denúncia, razão pela qual não incide o art. 129 do CPM.

A Vestibular Acusatória foi recebida em 5 de outubro de 2007 e a última causa interruptiva, a leitura, assinatura e publicação da Sentença condenatória, ocorrida em 17 de setembro de 2014.

Quanto à primeira conduta (Agressões contra o 2º Ten Ex Túlio e o 3º Sgt Ex Meireles em continuidade delitiva – art. 157, c/c o art. 71 do Código Penal comum), o Acusado foi condenado à pena de 4 (quatro) meses e 2 (dois) dias de detenção. Segundo a dicção do artigo 125, inciso VII, do CPM, c/c os § 3º e § 5º do citado dispositivo, entre o recebimento da Denúncia e a última causa interruptiva transcorreu o lapso prescricional de 2 (dois) anos, devendo ser declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade retroativa.

Para a segunda conduta (Agressão praticada contra o 2º Ten Ex Túlio, com o uso de arma branca, que resultou na lesão corporal de natureza grave do Ofendido – artigo 157, § 2º e 3º, c/c o artigo 209, § 1º, ambos do Código Penal Militar), aplicando-se a regra do concurso de crimes descrito no § 3º do artigo 125 do CPM, trata-se de penas de 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, relativa ao delito de violência contra superior, e de 1 (um) ano de reclusão relativa à lesão corporal, operando-se o lapso prescricional de 4 (quatro) e 2 (dois) anos, respectivamente, entre o recebimento da Denúncia e a leitura, assinatura e publicação da Sentença, nos termos do artigo 125, incisos VI e VII, do CPM, c/c os § 3º e § 5º do citado dispositivo.

Por fim, quanto à conduta descrita no art. 217 do CPM (Injúria real contra o Sd Ex Dantas e o Sd Ex Suamir – art. 217 do CPM, c/c o art. 71 do CP comum), igualmente operou-se o lapso prescricional de 2 (dois) anos entre o recebimento da Denúncia e a leitura, assinatura e publicação da Sentença, nos termos do artigo 125, inciso VII, do CPM, c/c os § 3º e § 5º do citado dispositivo, uma vez que a pena aplicada foi de 4 (quatro) meses e 6 (seis) dias de detenção.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso defensivo e dou provimento ao Recurso ministerial para, mantendo a condenação do ex-Sd Ex RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CESAR, aplicar-lhe a pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, como incurso no artigo 157, § 5º, do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º, 3º e 5º, c/c o artigo 209, § 1º, todos do CPM; e no art. 217, c/c a alínea “I” do inciso II do artigo 70 do CPM, ambos do CPM, e com o art. 71 do Código Penal comum, com a detração do tempo de prisão provisória cumprida pelo Acusado, ex vi do art. 67 do CPM, fixando o regime prisional inicialmente aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal comum, e o direito de recorrer em liberdade. Por fim, declaro extinta a punibilidade do ex-Sd Ex RAIMUNDO NONATO DO NASCIMENTO CÉSAR, dos crimes descritos no artigo 157, § 5º, do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º, 3º e 5º, c/c o artigo 209, § 1º, todos do CPM; e no art. 217, c/c a alínea “I” do inciso II do artigo 70 do CPM, ambos do CPM, e com o art. 71 do Código Penal comum, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, com fulcro no artigo 123, inciso IV, c/c o artigo 125, incisos VI e VII, e §§ 1º, 3º e 5º, todos do CPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em rejeitar a primeira preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade ante a não observância da Lei nº

11.719/2008; em seguida, **por unanimidade**, em rejeitar as preliminares defensivas de nulidade por cerceamento de defesa. **No mérito, por unanimidade**, em negar provimento ao Recurso defensivo e dar provimento ao Recurso ministerial, para, mantendo a condenação do ex-Sd Ex Raimundo Nonato do Nascimento César, aplicar-lhe a pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, como incurso no artigo 157, § 5º, do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º, 3º e 5º, c/c o artigo 209, § 1º, todos do CPM; e no art. 217, c/c a alínea “l” do inciso II do artigo 70 do CPM, ambos do CPM, e com o art. 71 do Código Penal comum, com a detração do tempo de prisão provisória cumprida pelo Acusado, ex vi do art. 67 do CPM, fixando o regime prisional inicialmente aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal comum, e o direito de recorrer em liberdade. Por fim, **por unanimidade**, em declarar extinta a punibilidade do ex-Sd Ex Raimundo Nonato do Nascimento César, dos crimes descritos no artigo 157, § 5º, do CPM, c/c o art. 71 do Código Penal comum; no artigo 157, §§ 2º, 3º e 5º, c/c o artigo 209, § 1º, todos do CPM; e no art. 217, c/c a alínea “l” do inciso II do artigo 70 do CPM, ambos do CPM, e com o art. 71 do Código Penal comum, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, com fulcro no artigo 123, inciso IV, c/c o artigo 125, incisos VI e VII, e §§ 1º, 3º e 5º, todos do CPM.

Brasília, 23 de setembro de 2015 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

## DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA

Apelação Nº 36-39.2007.7.12.0012-AM

Em Sessão de Julgamento de 23 de setembro de 2015, votei divergindo da douta maioria quanto à primeira preliminar de nulidade, suscitada pela DPU, porque entendia que esta deveria ser acolhida, determinando-se a nulidade do processo em razão de o acusado ter sido interrogado no início da instrução criminal, em desrespeito ao art. 400 do Código de Processo Penal brasileiro.

2. Sobre o tema, revi meu posicionamento e firmei entendimento no sentido de que se aplicam à Justiça Militar a inversão do interrogatório, devendo este ser tomado ao final da instrução processual, a teor do que diz o artigo 400 da Lei Processual Penal Comum.

3. Tenho entendido que a legislação processual penal comum sobre a matéria deve ser observada nos feitos em trâmite na Justiça Militar da União, a partir da publicação da Lei nº 11.719/2008, a qual deu a seguinte redação ao art. 400 do CPP:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, **interrogando-se, em seguida, o acusado.** (os grifos não são do original).

4. A matéria foi recentemente sumulada por esta corte, consoante o seguinte verbete da Súmula 15:

A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União.

5. Porém, após refletir sobre o contexto em que se deu a alteração do art. 400 do CPP, ousou modificar o meu posicionamento sobre a matéria, entendendo que o verbete da Súmula nº 15 deste Tribunal carece de uma revisão, apesar de ter sido editada recentemente.

6. A esse propósito, vale conhecer os motivos que levaram o legislador a atualizar a legislação processual penal comum, a fim de que ficasse claro que o nosso Direito adota o sistema acusatório, partindo-se da premissa de que o interrogatório é tanto meio de prova como meio de defesa. Nesse contexto, extraem-se da Mensagem nº 13, que acompanhou o Projeto de Lei nº 4207/2001, os seguintes fragmentos relativos à alteração do Código de Processo Penal, enfocando-se justamente as garantias conferidas ao acusado da ampla defesa e do contraditório, *in litteris*:

(...)

São adotadas técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, tais como a efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da denúncia; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão que recebe ou rejeita a denúncia; **interrogatório do acusado somente após a produção da prova**; procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, **interrogado o acusado**, produzidas as alegações finais das partes e prolatada a sentença. (...). (os grifos não são do original).

7. Na verdade, a proposta de alteração do referido dispositivo legal teve o único objetivo de reconhecer que a realização do interrogatório no início do processo e antes da oitiva das testemunhas não estava em consonância com a Carta Política em vigor nem tampouco com os tratados e convenções sobre direitos humanos, já internalizados no ordenamento jurídico. Importa notar que o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal assentou, de forma indelével, que a legislação processual penal no direito brasileiro, incluindo a legislação castrense, deve adotar o sistema acusatório, ao dispor que: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela ine-

rentes". Nessa mesma linha garantista dos direitos do acusado, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro o *Pacto de São José da Costa Rica*, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 27/1992, com cumprimento determinado pelo Decreto nº 678/1992, relacionando as seguintes garantias:

Artigo 8º – Garantias judiciais

**1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.**

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) *omissis*;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

**c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;**

**d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;**

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

**f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;**

**g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e**

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (os grifos não são do original).

8. A partir do conteúdo da norma constitucional citada e das disposições contidas no *Pacto de São José da Costa Rica*, entendo que é totalmente desconfortável sustentar que o art. 400 do CPP é incompatível com a legislação adjetiva castrense ou que esta última não é omissa, uma vez que o art. 302 do CPM dispõe que o interrogatório, no âmbito da Justiça Militar, deve ser realizado logo após o recebimento da denúncia. A meu sentir, não há mais espaço para a tese da não aplicação do referido dispositivo da legislação adjetiva cas-

trense, a fim de que esta Justiça Militar possa admitir a inversão do interrogatório na instrução criminal. A propósito, vale transcrever fragmentos do artigo “o Interrogatório do acusado no Processo Penal Militar deve se dar ao final da Instrução”, de autoria do Defensor Público Federal, Dr. João Roberto de Toledo, disponível em [http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interrogatorio\(1\).pdf](http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interrogatorio(1).pdf) e acessado em 23/4/2014, em que foi dada a seguinte abordagem ao tema vertente:

(...)

O que se ouve corriqueiramente no meio judiciário castrense é que o CPPM não é omissivo em matéria de interrogatório e que, por não haver omissão, não seria aplicável o disposto no CPP (interrogatório ao final do processo), por força do art. 3º do Código de Processo Penal Militar.

Porém, é de se ressaltar que não se trata de omissão pura e simplesmente, observável *prima facie*, mas de norma jurídica de *status* ordinário (decreto-lei) que não fora recepcionada pela Constituição Federal (art. 5º, incisos LV e LXIII), gerando sim uma lacuna, mas num segundo momento de reflexão.

A esta altura, poder-se-ia argumentar que o próprio Código de Processo Penal comum somente passou a prever o interrogatório ao final do processo após a promulgação da lei 11.719/08 e ninguém cogitou da sua contradição com a Constituição antes de tal diploma legislativo.

Porém tal norma jurídica fora resultado de um projeto de lei gestado no Congresso Nacional desde o ano de 2001, em cujo parecer o relator na Comissão de Constituição e Justiça, o então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, ressaltou a autoridade intelectual dos estudiosos do direito processual penal cujas posições doutrinárias já preconizavam e sustentavam as alterações constantes do projeto de lei, muito antes do início do tramite legislativo da matéria.

Dentre eles, doutos do quilate da professora Ada Pellegrini Grinover que antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já preconizava que o acusado não pode ser tratado como objeto pelo julgador, mas como sujeito de direito.

**Resta claro, pois, que mesmo antes da edição da lei 11.719/08 poderiam ser questionadas a incompatibilidade tanto da redação originária do CPP, quanto da redação do CPPM, com as disposições constitucionais e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destacando-se nesta senda o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece as garantias processuais dos acusados em processos penais nas alíneas do seu art. 8º.** (os grifos não são do original).

9. Ressalte-se que a opinião do douto Defensor Público Federal encontra-se embasada nos últimos julgados do egrégio Supremo Tribunal Federal, nos quais aquela Corte assentou o entendimento de que a disposição contida no art. 302 do CPPM não é compatível com as normas constitucionais vigentes e com os tratados internacionais firmados pelo Brasil. Aliás, o Pretório Excelso

entendeu que o art. 400 do CPP deve ser aplicado inclusive nas Ações Penais a serem processadas e julgadas naquela Corte, a despeito de o art. 7º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, dispor que *“recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso”*. Vê-se, então, que a alegação de existência de disposição específica sobre o momento de realização do interrogatório, como já referido anteriormente, não serve como argumento para negar a transferência do interrogatório do acusado para o final da instrução criminal, não havendo mais dúvida no que diz respeito à incompatibilidade dessa norma com o ordenamento jurídico vigente. Daí o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação do art. 7º da citada lei, cujo julgado está assim ementado:

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

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

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

III – Interpretação sistemática e teleológica do direito.

IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (Ação Penal nº 528, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 24/3/2011 e publicado em 8/6/2011)

10. Especificamente em relação à incompatibilidade do art. 302 do CPPM com o sistema vigente, vale trazer à colação os seguintes julgados do STF:

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

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

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

previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/3/2011, DJe-109 divulg. 7/6/2011).

3. Ordem de habeas corpus concedida. (Habeas Corpus nº 115698, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013 e publicado em 14/8/2013, os grifos são do original).

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

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

2. O Enunciado nº 361 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal não é aplicável aos peritos oficiais, de sorte que, na espécie, exsurge válido o laudo pericial assinado por um só perito da Polícia Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 95595, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 4/5/2010. HC 72921, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 21/11/1995).

3. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, sendo certo que tal prática, benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, *caput*). Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/3/2011, DJe-109 divulg. 7/6/2011).

4. *In casu*, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (5ª CJM) rejeitou, 27/2/2012, o requerimento da defesa quanto à realização do interrogatório do paciente ao final da sessão de julgamento, negando aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o que contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem de habeas corpus concedida para anular os atos processuais praticados após o indeferimento do pleito defensivo e permitir o interrogatório do paciente antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense. (Habeas Corpus nº 115530, Relator: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/6/2013 e publicado em 14/8/2013, os grifos são do original).

11. É de suma importância transcrever as razões de decidir expendidas pelo eminente Ministro LUIZ FUX, no julgamento do Habeas Corpus nº 115698, nas quais o citado magistrado manifesta-se sobre a aplicação do art. 400 do CPP somente para os casos em que a Denúncia tenha sido recebida e o interrogatório realizado a partir da publicação da Lei nº 11.719/2008, *in litteris*:

(...)

Ora, a mesma racionalidade que inspirou a Corte no julgamento da AP nº 528 se aplica ao caso sob exame. Isso porque o art. 302 do Código de Processo Penal Militar (Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas) estabelece o interrogatório do acusado será feito no início do processo, impedindo-lhe de se manifestar direta e pessoalmente sobre todas as provas produzidas. Verifica-se, portanto, que a proteção do direito de defesa consubstanciada no art. 302 do Código de Processo Penal Militar é mais frágil do que aquela consagrada pelo atual art. 400 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008. Nesse cenário, o postulado da máxima eficácia dos direitos fundamentais (CRFB, art. 5º, §1º) reclama, tal como na AP nº 528, o afastamento da disciplina legal menos afeiçoada ao estatuto constitucional das garantias individuais, de sorte a prestigiar a opção legislativa que melhor concretize os vetores axiológicos emanados da Carta Constitucional.

**Sem embargo, tal como já decidido pelo STF no precedente invocado, tal entendimento não se aplica aos casos em que o interrogatório tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008. *In casu*, verifica-se que a denúncia foi recebida no dia 18/3/2011, data, portanto, muito posterior ao início de vigência da nova redação do art. 400 do Código de Processo Penal, cuja aplicabilidade à hipótese é, pois, autoevidente.**

Por essas razões, voto no sentido de conceder a ordem pleiteada para “reconhecer a nulidade absoluta da decisão do CPJEx, que indeferiu o pleito de realização de interrogatório ao final da instrução criminal, e, por consequência, permitir o exercício da autodefesa do paciente por meio do

---

*interrogatório antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense". (os grifos não são do original).*

12. Assim, adotando essa mesma linha de raciocínio do eminente Ministro LUIZ FUX, passei a reconhecer a aplicação subsidiária do art. 400 do CPP.

Por essas razões, votei vencido quanto à primeira preliminar de nulidade, suscitada pela DPU, porque entendia que esta deveria ser acolhida, determinando-se a nulidade do processo em razão de o acusado ter sido interrogado no início da instrução criminal, em desrespeito ao art. 400 do Código de Processo Penal brasileiro.

Superior Tribunal Militar, 23 de setembro de 2015.

Dr. José Coêlho Ferreira  
Ministro-Revisor

---

---

## APELAÇÃO Nº 37-98.2014.7.01.0201-RJ

---

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

Apelante: Luiz Guilherme Paiva da Silva, Sd Ex, condenado à pena de 6 meses de prisão, como incurso no artigo 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelado (a): A *Sentença* do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 10/12/2014.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

### EMENTA

DESERÇÃO. AVENTADA INCONSTITUCIONALIDADE EM TEMPO DE PAZ; MATÉRIA APRECIADA EM PRELIMINAR E REJEITADA. COGITADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 88, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO CÓDIGO PENAL MILITAR; MATÉRIA IGUALMENTE APRECIADA EM PRELIMINAR E REJEITADA. DELITO DELINEADO E PROVADO EM TODAS AS SUAS ELEMENTARES. REJEIÇÃO.

A tipificação do delito de **Deserção** não padece de vício de inconstitucionalidade, na medida em que sua objetividade jurídica – **qual seja, a tutela do dever e do serviço militar** – diz respeito a bens jurídicos de significado essencial para o funcionamento estável das Forças Armadas, inclusive em tempo de paz, tendo o legislador, ademais, atentado para a sua maior dimensão de importância em tempo de guerra, chegando a prescrever a pena de morte quando consumada em presença do inimigo.

Ainda nesse passo, pois, a ponderação que se impõe na espécie há que incluir, entre os seus elementos, o princípio da soberania e as normas constitucionais que regulam a existência das Forças Armadas e, nessa esteira, os bens jurídicos particularmente tutelados no crime de **Deserção**. Certamente, a partir daí, chegar-se-á à conclusão de que eiva alguma de inconstitucionalidade está na tipificação como crime de **Deserção** da conduta de **“ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias”**.

Preliminar de inconstitucionalidade do artigo 187 do Código Penal Militar que se afasta por unanimidade.

A Carta Magna preconiza o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar, sobretudo nos artigos 122, 123 e 124, ao criar uma Justiça Militar própria para julgá-lo, de acordo com uma codificação especialmente orientada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna. Na mesma linha de excepcionalidade estão as dicções do artigo 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, e do artigo 617, inciso II, alínea “a”, do CPPM, sendo certo que, ao ditá-las, levou o legislador em conta a especial reper-

cussão altamente nociva de determinados crimes propriamente militares na vida castrense, no que toca à preservação do dever militar, do serviço militar e, principalmente, dos seus pilares fundamentais, quais sejam, a hierarquia e a disciplina; e, nesse fio, criou um requisito objetivo negativo, perfeitamente ajustado a essas nuances da vida militar, que, a nenhum título, pode ser compreendido e comparado a qualquer requisito do *sursis* previsto no direito penal e processual penal comum.

Preliminar de inconstitucionalidade do artigo 88, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar que se afasta igualmente por unanimidade.

No mérito, delito de **Deserção** delineado e provado em todas as suas elementares.

Nada do que diz a **Defesa** tem o condão de justificar o mau agir do **Acusado**.

Aventado **Estado de Necessidade** que também não encontra respaldo na prova.

Desprovimento do **Apelo**.

Unânime.

---

## DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de inconstitucionalidade do art. 187 do CPM, em tempo de paz. Na forma do art. 67, inciso I, do RISTM, proferiu voto o Ministro-Presidente. Em seguida, **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar defensiva, de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea “a”, do CPM. Na forma do art. 67, inciso I, do RISTM, proferiu voto o Ministro-Presidente. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Apelo, mantendo na íntegra a Sentença *a quo*.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Alvaro Luiz Pinto, Cleonilson Nicácio Silva e Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da 78ª Sessão, 14/10/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação** interposta pelo Sd Ex LUIZ GUILHERME PAIVA DA SILVA, inconformado com a **Sentença** do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 1ª CJM, de 10/12/2014, que o condenou à pena de 6 meses

de prisão, como incurso no artigo 187 do CPM, com o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Narra a **Denúncia** de fls. 1/A e 1/B, *in verbis*:

Consoante informam os autos da Instrução Provisória de Deserção em epígrafe, o SD Luiz Guilherme Paiva da Silva encontrava-se no serviço ativo do Exército, quando ausentou-se da OM sem autorização, em 10 de janeiro de 2014.

Em consequência, foi lavrada a Parte de Ausência, acostada à fls. 06, e efetuado o inventário dos seus bens e do material pertencente à Fazenda Nacional, que se encontravam na sua posse, acostados às fls. 04/05.

Com a continuidade da sua ausência, em 19 de janeiro de 2014 consumou o delito de deserção, tendo sido lavrado o respectivo Termo, acostado à fls. 07, e conseqüentemente, procedida sua exclusão do Serviço Ativo do Exército, à fls 07.

Apresentou-se voluntariamente em 21 de maio de 2014 (fls. 42), foi submetido à inspeção de saúde, na qual foi julgado apto para o serviço do Exército (fls. 43 e 44), sendo portanto, reincluído ao serviço ativo da Força, conforme informa documento de fls. 62.

Agindo assim, infere-se que o ora denunciado, de forma livre e consciente, abandonou o serviço militar ao qual estava obrigado a cumprir até sua desvinculação, na forma estabelecida em lei, violando, assim, o dever militar, tutelado pela lei penal militar.

Por todo o exposto, requer o Ministério Público Militar seja recebida a presente denúncia, devendo o denunciado ser citado para se ver processar e julgar por esta Justiça Militar da União.

A **Exordial** encontra-se arrimada na **Instrução Provisória de Deserção-IPD**, às fls. 1 a 18, e nos resultados dos Autos de Perícia Médica, substanciados no anexo 1.

No dia 21 de maio de 2014, o Comandante da Academia Militar das Agulhas Negras, à fl. 42, informou que o ex-Sd LUIZ GUILHERME PAIVA DA SILVA apresentou-se voluntariamente naquela OM.

O **Desertor**, após ser considerado “apto” para o serviço do Exército, foi reincluído, com a conseqüente publicação no Boletim Interno, à fl. 59.

No dia 28 de maio de 2014, a Juíza da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar proferiu **Decisão** relaxando a prisão do Sd Ex LUIZ GUILHERME PAIVA DA SILVA.

A **Acusatória** foi recebida em 27/6/2014, à fl. 68.

Devidamente citado à fl. 76, o **Acusado** foi qualificado e interrogado às fls. 81 e 82.

O **Julgamento** foi realizado nos termos da **Ata** de fls. 96 a 98, com a prolação do veredito condenatório por unanimidade de votos.

A **Sentença** encontra-se às fls. 100 a 103, tendo sido lida, assinada e publicada nos termos da **Ata** de fls. 104 e 105.

A **Sentença** transitou em julgado para o MPM em 19/1/2015, conforme consta à fl. 107.

O **Apelo** da **Defesa** está à fl. 108.

Em suas **Razões** de fls. 111 a 122, sustenta a **Defesa**, preliminarmente, a “**inconstitucionalidade da Deserção em tempo de paz**”, uma vez que, em síntese, esse delito estaria em dissintonia com preceitos constitucionais que arrola e comenta, entendendo que a aplicação do artigo 187 do CPM viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como o da dignidade da pessoa humana. Sustenta, adiante, a existência do **Estado de Necessidade Exculpante** como causa de exclusão da culpabilidade e a consequente absolvição do réu com fundamento no artigo 39 do CPM, um vez que o uso de cocaína, de maneira contínua, na época da consumação do delito, proibiu o apelante de agir conforme o direito. Alega, ainda, que o **Acusado** tem direito à **Suspensão Condicional da Pena**. Assevera, em abono dessa tese, que, com o advento da Constituição Federal de 1988, não mais subsiste a proibição ínsita no artigo 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, e no artigo 617, inciso II, alínea “a”, do CPPM, uma vez que os princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana exigem que a suspensão condicional da pena seja analisada de acordo com os dados retirados do processo. Prequestiona, ainda, para fins de acesso às instâncias superiores, todas as teses e respectivos dispositivos constitucionais sustentados no presente recurso. Requer, ao fim, o provimento do **Apelo**.

Em suas **Contra-Razões** de fls. 127 a 129, o **MPM** entende que não assiste razão ao recorrente, pois o conjunto probatório colacionado nos autos é integralmente desfavorável ao **Apelante** e corrobora esse entendimento com o próprio interrogatório do **Réu**. Sustenta, ainda, no que tange ao pedido subsidiário de concessão do *sursis*, que há vedação expressa no artigo 88, inciso II, alínea “a”, do CPM. Alega, por derradeiro, que estão presentes todos os elementos objetivos e subjetivos exigidos para que se caracterize o crime de Deserção, fazendo referência à decisão atacada. À guisa de fecho, pede a manutenção da decisão a *quo* com a condenação do ora apelante.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em **Parecer** de fls. 136 a 142, da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Arilma Cunha da Silva, manifesta-se no sentido da rejeição da **Preliminar** sustentada pela **Defesa** e, no mérito, pelo não provimento do **Apelo**.

É o Relatório.

**VOTO**

Na forma do artigo 79-A do RISTM, examina-se como **preliminar** a aventada “**inconstitucionalidade da Deserção em tempo de paz**”, na exata dicção da **Defensoria Pública da União**.

Como é de sabença ampla, inexistente hierarquização jurídica entre princípios e normas constitucionais.

Ainda como é cediço, na verificação da constitucionalidade de determinado preceito contido em lei infraconstitucional, há que se levar em conta o conjunto de princípios e normas que compõem a Carta Magna no seu todo.

Assim é que, **sem essas cautelas básicas e harmônicas**, corre-se o risco de se alcançarem resultados superficiais e enganosos, taxando-se como inconstitucionais irrepreensíveis preceitos de lei ordinária, como sói ser o caso no qual, como visto, aponta-se, como tal, o vetusto preceito recortado no artigo 187 do Código Penal Militar.

Diz a **Defensoria Pública da União** que a tipificação da **Deserção** como crime em tempo de paz estaria em dissintonia com os valores fundamentais da liberdade e da dignidade humana, explicitamente em contradição com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse fio, pois, simplesmente ignora – **e, como conseqüência lógica, não considera o seu juízo de ponderação dos princípios constitucionais em jogo** – aquele que sobressai no caso concreto, qual seja, o da soberania, consagrado na Carta da República, logo no inciso I do seu artigo primeiro e principal fonte de inspeção e de justificação da existência das Forças Armadas e, naturalmente, de um direito penal atento às suas peculiaridades.

E vale, no ponto, resgatar a notável lição do eminente Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, *ipsis litteris*:

Consoante a Constituição da República, as Forças Armadas são as únicas instituições que tem por finalidade a defesa da Pátria, a manutenção da sua soberania, primeiro fundamento da República Federativa do Brasil, condição resolutiva expressa para todos os demais, pois sem soberania não haverá Estado, nem República, tampouco democracia. Aliás, como já tive ocasião de sublinhar, é exatamente por isso que a palavra soberania aparece como fundamento inaugural, no artigo primeiro da Constituição do Brasil. A soberania, portanto, sendo a principal matriz da República, é indispensável para a consecução dos objetivos que o artigo terceiro elenca, para os princípios que o artigo quarto define e para os direitos que o artigo quinto consagra. Sem soberania, ficam todos irrelevantes: Objetivos, princípios e direitos.

O exercício da soberania depende essencialmente de um instrumental de poder. No Brasil, com a Independência, ao longo de todos os sete textos constitucionais que atravessaram o Império e a República, esses instrumentos de poder são dois: as leis e as Forças Armadas, a balança

equilibrada da Justiça e a clava forte que a garante. Por isso, no Brasil, o conceito de soberania está e estará ligado de forma irremovível à idéia de Pátria.

A palavra Pátria aparece uma única vez em todo o extenso e prolixo texto da Carta de 1988. Precisamente no art. 142, que define a natureza, a singularidade e o núcleo teleológico das Forças Armadas. Pode-se dizer, assim, que sem Forças Armadas não haverá soberania, e sem soberania o conceito de Pátria não passa de sonho, ou ficção.

Para defender a soberania do Brasil, a Constituição elege as Forças Armadas, que detém o monopólio do emprego ordenado da violência e, por isso, submetem-se aos princípios de hierarquia e disciplina, postos na Constituição exatamente para assegurar o coeficiente máximo de civilidade no desempenho de sua missão. São esses os valores que os integrantes da Justiça Militar tutelam e, servindo às Forças Armadas, servem à Nação. Garantem a tradição, a efetividade e a perspectiva de sua soberania.

Diante desses fatos e desses valores, todos especialíssimos, porque absolutamente peculiares e singulares, já que nenhuma outra instituição se confunde com as Forças Armadas, surge um conjunto de regras, também especialíssimas, que são as normas jurídicas aplicáveis a essas instituições especiais. Temos, assim, para fatos especiais, valores especiais e normas também especiais (...).

O fato é que os integrantes das instituições militares são os únicos seres humanos de quem a lei brasileira exige o sacrifício da vida. A nenhum funcionário público, na verdade, a nenhum cidadão, exceto aos militares, lei alguma impõe deveres tão radicais, deveres que podem implicar a contingência de morrer ou matar. (**A Justiça Militar e o Estado de Direito Democrático in Direito Militar – Doutrina e Aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 360**).

Nessa toada, encontra-se plenamente justificada, sob a vista da constitucionalidade, a tipificação do crime de **Deserção**, conforme previsto no artigo 187 do Código Penal Militar, na medida em que sua objetividade jurídica – **qual seja, a tutela do dever e do serviço militar** – diz respeito a seus princípios de significado essencial para o funcionamento estável das Forças Armadas, inclusive em tempo de paz, tendo o legislador até atentado para a sua maior dimensão de importância em tempo de guerra, chegando a prescrever a pena de morte quando consumada em presença do inimigo (**artigo 392 do CPM**).

Ainda nesse passo, pois, a ponderação que se impõe na espécie há que incluir, entre os seus elementos, o princípio da soberania e as normas constitucionais que regulam a existência das Forças Armadas e, nessa esteira, os bens jurídicos particularmente tutelados no crime de **Deserção**. Certamente, a partir daí, chegar-se-á à conclusão de que eiva alguma de inconstitucionalidade está na tipificação como crime de **Deserção** da conduta de **“ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias”**.

Ressalte-se que o Superior Tribunal Militar já apreciou a matéria ora versada, decidindo sempre sobre a constitucionalidade do artigo 187 do CPM, vejamos:

DESERÇÃO. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO SUSCITADA PELA PGJM. PRERROGATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA DE SER INTIMADA NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS NA JUSTIÇA CASTRENSE. RECEPCÃO DO ART. 187 DO CPM PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADO ESTADO DE NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS. SÚMULA Nº 03 DO STM. *SURSIS*. VEDAÇÃO LEGAL PARA O CRIME DE DESERÇÃO. Embora o ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar tenha mencionado o princípio da paridade de armas, visando assegurar a igualdade entre as partes no processo, entende-se não ser aplicável ao caso, pois a Defensoria Pública da União possui a prerrogativa da intimação pessoal, nos termos da legislação supramencionada. Caracterizando-se nítida violação à garantia da ampla defesa a intimação presumida da sentença. A arguição da Defensoria Pública da União não merece ser acolhida. Ao entrar em vigor, a Lei nº 9.839/99 inseriu o art. 90-A na Lei 9.099/95, inviabilizando a sua aplicação no âmbito desta Justiça Especializada a partir do ano de 1999. Tal entendimento encontra-se, ainda, sedimentado pela Súmula de nº 09 desta Corte. O art. 187 do Código Penal Militar foi recepcionado pela Constituição Federal vigente e encontra-se em consonância com a seriedade exigida no cumprimento do dever militar, cujas atribuições estão previstas no art. 142 da Constituição da República. Qualquer alteração a ocorrer no referido artigo ou em qualquer parte do CPM, referente a *abolitio criminis*, deverá respeitar o processo legislativo previsto no texto constitucional. Não se encontram nos autos provas capazes de comprovar o alegado estado de necessidade. Nessa hipótese, invoca-se o enunciado da Súmula nº 03 desta Corte. Conforme previsão da alínea “a” do inciso II do art. 88 do CPM, ao condenado pelo crime de deserção não se concede o benefício do *sursis*, vedação essa que se serve de amparo constitucional. Precedentes do Excelso Pretório. Por unanimidade, rejeitadas as preliminares de intempestividade do apelo defensivo, da nulidade por inobservância dos preceitos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, e de inconstitucionalidade do art. 187 do CPM. No mérito, por unanimidade, desprovido o recurso defensivo e, por maioria, dado provimento ao apelo do Ministério Público Militar para excluir da Sentença condenatória a concessão do benefício do *sursis* por expressa vedação legal. Preenchidas as condições impostas no inciso I do art. 1º do Decreto nº 7.420, de 31/12/2010, impõe-se a declaração da extinção da punibilidade, concedendo-se ao apelante o indulto natalino. Decisão unânime. **(Apelação nº 16-66/2010.7.08.0008/PA, Relator Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, julgada em 13/10/2011).**

Embargos. Deserção. Preliminar de Ofício. Extinção da Punibilidade. Prescrição Superveniente. A pena que não excede a 1 (um) ano e assim

prescreve em 2 (dois) anos, *ex vi* do art. 125, inciso VII, do CPM; considerando que o Acusado tinha 19 (dezenove) anos na data do crime (25 de novembro de 2009), aplica-se a redução, pela metade, do prazo prescricional por determinação do artigo 129 do CPM; Entre a data de leitura e publicação da Sentença condenatória em 17 de setembro de 2010 se passou mais de 1 (um) ano, sem ocorrência de nova causa interruptiva ou suspensiva do prazo prescricional; Extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva superveniente em 17 de setembro de 2011. Prejudicado exame de mérito. Decisão Unânime. **(Embargos nº 43-49.2010.7.08.0008/DF, Relator Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior, julgados em 11/9/2012).**

Posto isso, rejeita-se essa primeira **preliminar** defensiva.

Examina-se, também como **preliminar**, o questionamento da **DPU** quanto à não concessão do *sursis* ao **Acusado**, uma vez que, a seu aviso, a disposição ínsita no artigo 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, e no artigo 617, inciso II, alínea “a”, do CPPM, afrontaria os princípios constitucionais da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, devendo ser afastada, por **inconstitucional**, a vedação legal do *sursis* prevista na norma castrense.

Trata-se de questão velha não só no âmbito do Superior Tribunal Militar, como também da própria Suprema Corte, existindo, em consequência, inúmeros precedentes apontando no sentido da constitucionalidade dos prefalados dispositivos legais.

O juízo de ponderação dos princípios ora aventados pela **Defensoria Pública da União** há que levar em conta também o da soberania, como referido quando da apreciação do seu questionamento da constitucionalidade do artigo 187 do Código Penal Militar. E, por aí, também na esteira dos mesmos fundamentos, chegar-se-á à inarredável conclusão de que nenhum traço de inconstitucionalidade marca a vedação ínsita no artigo 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, e no artigo 617, inciso II, alínea “a”, do CPPM.

Não é demais enfatizar que a própria Carta Magna preconiza o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar, sobretudo nos artigos 122, 123 e 124, ao criar uma Justiça Militar própria para julgá-lo, de acordo com uma codificação especialmente orientada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna. Na mesma linha de excepcionalidade estão as dicções do artigo 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, e do artigo 617, inciso II, alínea “a”, do CPPM, sendo certo que, ao ditá-las, levou o legislador em conta a especial repercussão altamente nociva de determinados crimes propriamente militares na vida castrense, no que toca à preservação do dever militar, do serviço militar e, principalmente, dos seus pilares fundamentais, quais sejam, a hierarquia e a disciplina; e, nesse fio, criou um requisito objetivo negativo, perfeitamente ajustado a essas nuances da vida militar, que, a nenhum título, pode ser compreendido e comparado a qualquer requisito do *sursis* previsto no direito penal e processual penal comum.

Como antecipado, o Supremo Tribunal Federal há muito vem se manifestando seguidamente sobre a constitucionalidade dos dispositivos especiais de vedação do *sursis* em hipóteses como a que ora se encontra *sub examine*, conforme denotam, à guisa de referência, os precedentes a seguir ementados:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. Inexiste conflito do art. 88, II, a, do Código Penal Militar com o disposto no art. 5º, XLVI da CF. A suspensão condicional da pena não se aplica em tempo de paz por crime de deserção. Aplica-se na Justiça Militar a regra do art. 89, da Lei nº 9099/95. Para tanto, o acusado não pode estar sendo processado ou já ter sido condenado por outro crime. Ordem denegada. **(Habeas Corpus nº 76.411/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, julgado em 23/6/1998).**

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

Habeas Corpus. 2. Crime Militar. Ato libidinoso com agravante (art. 235, c/c art. 237, II, e art. 70, II, g, do CPM). Paciente condenado por acórdão do Superior Tribunal Militar a cumprir pena de 1 (um) ano de detenção, convertida em prisão, nos termos do art. 59 do CPM, denegada a concessão de *sursis*, em face de expressa vedação do art. 88, II, alínea b do CPM. 3. Alegação de ausência de representação da vítima, de ocorrência de prescrição, de insuficiência probatória para a condenação, de utilização indevida de prova emprestada e de ilegalidade da vedação ao *sursis*. 4. Embora o CPM e o CPPM sejam silentes quanto à representação da vítima em crimes sexuais, o instituto é incompatível com a natureza da ação penal militar que, em regra, é pública, excetuadas, apenas, as hipóteses previstas no art. 122 do CPM. 5. Afastada a alegação de prescrição. O acórdão condenatório que reforma sentença absolutória também tem o condão de interromper o lapso prescricional. 6. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima ganha relevo, considerando tratar-se de fatos praticados sem a presença de terceiros. No caso, a condenação não se deteve ao depoimento da vítima, mas buscou a conjugação de suas declarações com depoimen-

tos colhidos em Juízo sob o crivo do contraditório. Testemunhas não contraditadas. 7. Não há incompatibilidade entre o art. 88, II, b, do CPM e a Constituição Federal. Precedentes. 8. Ordem denegada. **(Habeas Corpus nº 109.390/MS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 18/9/2012).**

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. Min. Maurício Corrêa. Agravo regimental a que se nega provimento. **(Agravo Regimental nº 674.822/RJ, Relator Ministro Roberto Barroso, julgado em 8/10/2013).**

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. **(Habeas Corpus nº 119.567/RJ, Relator para o Acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 22/5/2014).**

Também como antecipado, na órbita do Superior Tribunal Militar, a jurisprudência é no mesmo sentido:

EMBARGOS DE NULIDADE E INFRINGENTES DO JULGADO. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 88, II, “a”, DO CPM ARGUIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. NÃO ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. Não assiste razão à arguição de inconstitucionalidade quanto à vedação expressa no Código Penal Militar de não concessão do *sursis* nos delitos de deserção. Trata-se de dispositivo devidamente recepcionado pela Lei Maior. Crime de grande reprovabilidade no âmbito militar. Mantido o acórdão proferido em sede de Apelação. Decisão por maioria. **(Embargos nº 152-09.2011.7.01.0401/DF, Relator Ministro Carlos Alberto Marques Soares, julgados em 6/12/2012).**

EMBARGOS INFRINGENTES. DEFESA. APLICAÇÃO DE *SURSIS* NO CRIME DE DESERÇÃO. O artigo 88 do Código Penal Militar, que entre outros crimes propriamente militares, veda a aplicação da suspensão condicional da pena – *sursis* ao crime de deserção, decorre de opção político-criminal e foi recepcionado pela Constituição Federal, art. 5º, inciso LXI. Embargos Infringentes rejeitados. Decisão unânime. (**Embargos nº 115-69.2011.7.09.0009/DF, Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira, julgados em 13/12/2012**).

EMENTA: APELAÇÃO. CRIME DE DESERÇÃO. DOLO. ESTADO DE NECESSIDADE. *SURSIS*. DESPROVIMENTO. Inconformismo da **Defesa** de **Réu** condenado como incurso nas penas do delito tipificado no art. 187 do CPM. A simples afirmação acerca do desconhecimento da lei, ainda que feita em **Juízo**, não escusa ninguém de cumpri-la e não serve para descaracterizar o **dolo**. Descabe acolher a tese defensiva de que o **Acusado** teria agido sob o mando exculpante do **Estado de Necessidade**, pois, além de despidas de suporte probatório, as alegações apresentadas longe estão de traduzir uma situação não provocada de perigo certo e iminente, conforme exigido pelo art. 39 do CPM. A impossibilidade de concessão do **sursis** aos sentenciados pela prática do crime de **Deserção** e de outros relacionados ao art. 88, inciso II, alínea “a”, do CPM, de nenhum modo maltrata a Constituição da República. A própria Carta Magna preconiza o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar, sobretudo nos seus artigos 122, 123 e 124, ao criar uma Justiça Militar própria para julgá-lo, de acordo com uma codificação especialmente orientada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna. Desprovemento do **Apelo**. Decisão unânime. (**Apelação nº 75-47.2013.7.01.0201/RJ, Relator Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, julgada em 5/9/2013**).

EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. ART. 187 DO CPM. CONDUITA TÍPICA E ANTIJURÍDICA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA NÃO DEMONSTRADA. TESE SUBSIDIÁRIA DA DEFESA PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 88, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO CPM, ASSIM COMO DO ART. 617, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO CPPM. REJEIÇÃO. Incontroversa a ausência desautorizada da unidade militar onde servia o militar por período superior a 8 (oito) dias. A conduta revela-se típica e antijurídica, preenchendo o tipo penal do art. 187 do CPM. Não se desincumbindo a Defesa de demonstrar a situação de perigo atual pela qual passava o agente, a fim de justificar sua ação delitiva, inaplicável o instituto da inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade. Súmula nº 3 desta Corte Militar. É remansosa a jurisprudência firmada nesta Corte acerca da constitucionalidade da norma que impede a suspensão condicional da pena nos crimes de deserção. Recurso não Provido. Decisão unânime. (**Apelação nº 150-86.2013.7.01.0201/RJ, Relator Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, julgada em 28 de outubro de 2014**).

É o quanto basta.

Posto isso, rejeita-se essa segunda **preliminar**.

No mérito, o **Apelo** igualmente não merece prosperar.

A materialidade e a autoria estão delineadas e comprovadas à suficiência, não só pela prova documental, **com destaque para o Termo de Deserção de fl. 7**, como também pela prova oral, **principalmente a representada pela confissão do Acusado em Juízo às fls. 81 e 82**.

O dolo com que houve o **Acusado** na espécie ressaí com clareza não só dos traços da sua conduta objetiva de abandonar o quartel ao seu exclusivo talante por mais de 4 (quatro) meses, como também de suas declarações em **Juízo**, todas denotativas de que bem sabia do significado ilegal dessa conduta e de sua disposição de, mesmo assim, levá-la a termo.

Por outro lado, nada do que diz a **Defesa** tem o condão de justificar o mau agir do **Acusado**.

Assim, inaceitável é a tese defensiva de que o **Acusado** teria agido sob o manto do **Estado de Necessidade** exculpante, como bem ficou registrado no seguinte fragmento da **Sentença** hostilizada, *in verbis*:

Em que pese o posicionamento defensivo, há de ter que suas alegações não podem ser acolhidas, pois ficou comprovado que o réu ausentou da Unidade sem uma justificativa plausível, pois o motivo que alegou não se traduz em um fato idôneo a ser levado em conta, qual seja o uso de drogas, sendo certo que tinha perfeita consciência do que fazia quando abandonou o quartel de acordo com laudo pericial de fl. 29 dos autos da Perícia Médica em anexo. Não ficou também provado que efetivamente cuidasse de sua avó...

É o bastante para manter a condenação do **Acusado** como incurso no artigo 187 do Código Penal Militar.

Quanto à pena, nada há também a retocar, até porque foi fixada no mínimo legal previsto no preceito secundário do artigo 187 do CPM.

Posto isso.

Rejeitadas as **preliminares**, no mérito, nego provimento ao **Apelo**, mantendo íntegra a **Sentença a quo**.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em rejeitar a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de inconstitucionalidade do artigo 187 do CPM, em tempo de paz. Em seguida, por unanimidade, em rejeitar a segunda preliminar defen-

siva de inconstitucionalidade do art. 88, inciso II, alínea “a”, do CPM. No mérito, por unanimidade, em negar provimento ao **Apelo**, mantendo na íntegra a **Sentença a quo**.

Brasília, 14 de outubro de 2015 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos,  
Ministro-Relator.

---

---

## APELAÇÃO Nº 82-71.2013.7.07.0007-PE

---

Relator: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Revisor: Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

Apelante: Isaias Pereira de Almeida Junior, Civil, ex-Aluno CFS, condenado à pena de 1 ano e 3 meses de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 2º e 4º, do CPM, c/c o art. 71 do CP, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 19/2/2014.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

### EMENTA

APELAÇÃO. DEFESA. FURTO. ART. 240, §§ 2º E 4º, DO CPM. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DEVOLUÇÃO TOTAL DA *RES FURTIVA* ANTES DA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. ESPONTANEIDADE DA CONFISSÃO, DEVOLUÇÃO E ARREPENIMENTO. DESLIGAMENTO DA CARREIRA A PEDIDO. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CASO CONCRETO. PECULIARIDADES. ABSOLVIÇÃO.

I - Em que pese o valor da *res furtiva* ser superior ao *quantum* legal contido no artigo 240, § 1º, do CPM, que define bem de pequeno valor para fins de aplicação do princípio da insignificância e da bagatela no crime de furto, o reconhecimento da excludente de tipicidade pode ocorrer quando as peculiaridades do caso concreto assim autorizarem.

II - A confissão do crime logo após a consumação do furto de dinheiro da carteira dos colegas de turma do CFS, procurando os ofendidos e a autoridade responsável pela investigação e, de forma emocionada, pedindo desculpas e devolvendo os valores na sua integralidade, antes mesmo de figurar como suspeito, requerendo, na mesma ocasião, o desligamento do curso, autoriza o reconhecimento do princípio da insignificância. Absolvição que se impõe. Provimento unânime.

---

### DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e deu provimento ao Apelo interposto pela Defesa do Civil Isaias Pereira de Almeida Junior, do crime previsto no art. 240, §§ 2º e 4º, do CPM, c/c o art. 71 do CP, com fundamento no art. 439, alínea “b”, do CPPM. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Alessandro Tertuliano da Costa Pinto e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. Roberto Coutinho.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 65ª Sessão, 10/9/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto por ISAIAS PEREIRA DE ALMEIDA JUNIOR, Civil, ex-Aluno CFS, condenado à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, como incurso no art. 240, §§ 2º e 4º, do CPM, c/c o art. 71 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.

2. O Ministério Público Militar ofereceu denúncia em desfavor do Civil ISAIAS PEREIRA DE ALMEIDA JUNIOR, Aluno do Curso de Formação de Sargentos (CFS), na época dos fatos, imputando-lhe a conduta tipificada no art. 240, § 4º, do CPM, por ter subtraído quantias em dinheiro dos armários de seus companheiros de farda. A denúncia encontra-se nos seguintes termos:

(...) por volta das 04h30, do dia 03 de agosto de 2013, o denunciado Isaías Pereira de Almeida Júnior, então aluno do Curso de Formação de Sargentos do 4º Batalhão de Polícia do Exército, aproveitando o fato de seus colegas de farda dormirem, abriu seus armários, tendo subtraído as quantias de R\$ 195,00 (cento e noventa e cinco reais) de Ítalo Cerqueira Rodrigues, R\$ 250 (duzentos e cinquenta reais) de Igor Xavier da Silva e R\$ 80,00 (oitenta reais) de Gustavo Luiz Ferreira de Souza (fls. 09/10 e fls. 26/33), totalizando, assim, R\$ 525,00 (quinhentos e vinte e cinco reais).

3. Recebida a denúncia em 8 de outubro de 2013 (fl. 61), a relação processual formalizou-se com a citação do acusado em 30 de outubro seguinte (fl. 84).

4. Devidamente qualificado, o acusado ISAIAS PEREIRA DE ALMEIDA JUNIOR, fls. 86/87, declarou a veracidade dos fatos narrados da denúncia. Relatou ter furtado porque precisava de dinheiro para saldar suas dívidas. Enquanto os ofendidos dormiam, abriu os armários com as chaves que neles se encontravam e retirou o dinheiro de dentro das carteiras. Acrescentou ter feito a devolução dos valores de livre e espontânea vontade e ter reportado o fato ao Cap Anderson Ferreira da Silva.

5. Em 19 de fevereiro de 2014, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, julgou procedente a denúncia para condenar o acusado, como incurso no art. 240, §§ 2º e 4º, do CPM, combinado com o art. 71 do Código Penal, à pena definitiva de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, no regime aberto, com o benefício do *sursis* e o direito de apelar em liberdade (fls. 122/122v).

6. Consta dos fundamentos da Sentença não haver dúvidas de que o acusado seja o autor das três condutas. Igualmente, ressaltou a comprovação da materialidade e o ressarcimento do prejuízo causado antes do recebimento da denúncia, fazendo jus à minorante em todos os delitos. Para o CPJ, os atos praticados pelo acusado atentaram gravemente contra a disciplina, sendo um péssimo exemplo aos colegas de farda, por esse motivo, prejudicial à Administração Militar. Ressaltou a inaplicabilidade do princípio da insignificância ao caso e, por fim, a incidência do instituto do crime continuado (fls. 124/130).

7. A Sentença foi lida e assinada em 24 de fevereiro de 2014 (fl. 131). O Ministério Público Militar foi intimado em 26 de fevereiro de 2014 (fl. 132). A intimação da Defesa ocorreu em 7 de março de 2014, conforme certidão de fl. 134v. O trânsito em julgado para o MPM ocorreu em 11 de março de 2014 (fl. 135).

8. Inconformada, a Defesa interpôs tempestivo recurso de Apelação em 17 de março de 2014 (fls. 134v e 136). Em suas razões, requereu a absolvição do Apelante com fundamento no art. 439, alínea “b”, do CPPM.

9. Inicialmente, ressaltou ser a conduta materialmente atípica em homenagem ao Princípio da Insignificância. Observou a possibilidade de considerar o fato como transgressão disciplinar, nos termos do § 2º do art. 240 do CPM. A seguir, ressaltou a falta de necessidade da sanção penal em função do Princípio da Irrelevância Penal do Fato, concluiu considerando injusta a exasperação da pena, uma vez que não houve a continuidade delitiva (fls. 138/152).

10. Contra-arrazoando, o Ministério Público Militar também pugnou pela reforma da Sentença para absolver o apelante com fundamento no art. 240, § 1º, última figura, do CPM, e em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ressaltou que a aplicação da sanção penal revela-se excessiva, desnecessária, injusta e incapaz de produzir qualquer efeito positivo (fls. 155/158).

11. A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, manifestou-se pelo provimento do Apelo, para absolver o apelante com base no princípio da insignificância (fls. 165/172).

É o Relatório.

**VOTO**

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

2. Inicialmente, a Defesa pugna pela absolvição do Apelante, ressaltando a atipicidade da conduta. A autoria é incontestada. O Apelante confessou a conduta, confirmada pelos depoimentos dos ofendidos.

3. Da mesma forma, a materialidade formal ressalta dos autos, uma vez que o réu confessou o furto e devolveu o dinheiro subtraído, no mesmo montante do reclamado pelos ofendidos, perfazendo os valores de R\$ 195,00 (cento e noventa e cinco reais), R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) e R\$ 80,00 (oitenta reais).

4. Cuida-se de um caso diferente dos furtos comumente julgados nesta Corte.

5. É do conhecimento da Corte que esta Justiça Especializada já se manifestou sobre a *quaestio*, ressaltando a necessidade de se cotejarem, além dos requisitos objetivos (referentes ao valor do bem) para a aplicação do princípio da insignificância, as consequências do ato para a vida na caserna, entre elas a quebra da lealdade e da confiança e a grande ofensa aos princípios da hierarquia e disciplina militares.

6. Em face desse paradigma adotado pela Justiça Militar, o qual vem sendo reiteradamente confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se ponderado com reservas os critérios para a aplicação do princípio da insignificância, quais sejam, a mínima ofensividade da conduta, da ausência de periculosidade social da ação, da inexpressividade da lesão jurídica provocada e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

7. Por essas razões, a aplicação do dispositivo legal de excludente de tipicidade consistente na desclassificação para transgressão disciplinar do furto de pequeno valor reparado pelo autor antes da instauração da ação penal ocorre em raros casos nesta Justiça Castrense. Vejamos o que diz a referida norma:

Furto simples

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

8. Verifica-se, portanto, que a lei estabelece um *quantum* para aferição do que seria uma *res* de pequeno valor, qual seja, a décima parte do mais alto salário mínimo vigente no país.

9. Com efeito, ao se comparar os valores subtraídos acima citados e o parâmetro legal adotado pela legislação penal militar não se poderia considerar a *res furtiva* como de pequeno valor, entretanto, a noção de insignificância deve ser construída de acordo com as singularidades do caso concreto, oscilando conforme os aspectos do crime e o contexto econômico e de reprovabilidade que o envolveu.

10. E no presente feito temos um caso especial de furto, tendo em vista as seguintes circunstâncias.

11. O autor da subtração e os ofendidos eram alunos do Curso de Formação de Sargentos, e o furto ocorreu na madrugada de sexta-feira para sábado, quando os militares foram liberados pela manhã. Antes mesmo de ser apontado como autor, na quarta-feira seguinte ao crime, o Apelante procurou os colegas ofendidos e informou-os acerca do ocorrido, confessando o crime e, no dia seguinte, restituiu o dinheiro subtraído aos respectivos donos, na presença do Comandante da Subunidade Escolar.

12. Além de reparar os danos aos ofendidos, o Apelante se autopuniu na seara administrativa, visto que, no mesmo dia da devolução do dinheiro aos companheiros de caserna, o Sentenciado realizou pedido de desligamento do Curso de Formação de Sargentos 2013/2014, o que foi deferido e publicado apenas 4 dias após, no dia 12 de agosto.

13. A conduta do ex-aluno, ao meu sentir, conseguiu mitigar os danos aos princípios da hierarquia e disciplina militares, na medida em que agiu de maneira proativa e escorreita, buscando reparar os efeitos do crime, e, por isso, não concordo com o Conselho Permanente de Justiça que considerou o acusado ter atentado gravemente contra tais preceitos, constituindo um péssimo exemplo aos colegas de farda.

14. Ao contrário, a atitude de, antes mesmo de ser acusado, confessar o crime, devolver os valores e pedir desligamento imediato do CFS demonstrou para a tropa a importância da observância do dever de lealdade e confiança entre os demais colegas da tropa, sobretudo quando os próprios ofendidos relatam que o ex-aluno os procurou, confessou emocionado o delito e pediu desculpas a todos devolvendo o dinheiro no dia seguinte.

15. Vale lembrar que o próprio Ministério Público Militar em primeira instância, tanto em Alegações Escritas como em Contrarrazões recursais, pugnou pela absolvição do Sentenciado, opinião corroborada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, na pessoa do Dr. Edmar Jorge de Almeida, cujos argumentos peço licença para reproduzir, adotando-as como razões de decidir (fl. 171):

(...) Nos presentes autos, no entanto, repise-se, o autor apresentou-se espontaneamente, confessou o fato em que a autoria era desconhecida e, arrependido, devolveu integralmente os valores que tinha subtraído, sem que as vítimas ficassem muito tempo privadas de seus valores, o que caracteriza a necessária lesão jurídica aos delitos patrimoniais. Além do mais, o autor nunca fora sequer objeto de investigação sobre fatos similares, ou qualquer outro de natureza criminoso.

Ao devolver espontaneamente os bens, mesmo diante do poder repressivo do estado, já demonstra sinais para ressocializar-se, tornando a pena desproporcional e desnecessária, bastando aqui levar em conta a eficácia da reprimenda administrativa disciplinar.

Portanto, o fato sob análise merece a aplicação do princípio que pressupõe, pelo menos do ponto de vista penal, a desnecessidade da sanção penal, no caso, o Princípio da Bagatela, pois mesmo nos crimes contra o patrimônio, não há que se levar em conta apenas a lesão patrimonial, mas, acima de tudo, a lesão jurídica.

Ora, se a pena deve ser útil e necessária, com base nos primados da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal, conclui-se que, no caso concreto, a insistência em sua aplicação levaria o agente a arrepender-se do arrependimento, pois seria punido da mesma forma, sendo estimulado, assim, a não reconhecer a responsabilidade e, muito menos, devolver os bens subtraídos.

16. Sobre a possibilidade de reconhecer o Princípio da Insignificância no crime de furto, no qual tenha como objeto um bem com valor superior a 1/10 (um décimo) do salário mínimo, como disse acima, deve ser analisada no caso concreto sob o prisma dos critérios autorizadores da aplicação desse princípio, bem assim do princípio da fragmentariedade e da proporcionalidade. Como precedente, peço novamente vênia ao nobre Parecerista para citar precedente trazido à colação por Sua Exa. Transcrevo:

HABEAS CORPUS. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R\$ 455,00 (quatrocentos e cinquenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves consequências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida. (HC87478/PA - STF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 29/8/2006, Primeira Turma).

**Em face do exposto**, dou provimento ao Apelo defensivo para, reformando a Sentença hostilizada, absolver o Civil ISAIAS PEREIRA DE ALMEIDA JUNIOR do crime do artigo 240, §§ 2º e 4º, do CPM, c/c o art. 71 do CP, com fulcro no artigo 439, letra “b”, do CPPM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao Apelo interposto pela Defesa do Civil Isaias Pereira de Almeida Junior, do crime previsto no art. 240, §§ 2º e 4º, do CPM, c/c o art. 71 do CP, com fundamento no art. 439, alínea “b”, do CPPM.

Brasília, 10 de setembro de 2015 – Dr. José Coêlho Ferreira, Ministro-Relator.

---

---

## **APELAÇÃO Nº 130-95.2013.7.11.0111-DF**

---

Relator: Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros.

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

Apelante: Ricardo dos Santos Marcelino, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 ano de prisão, como incurso no art. 290 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 11ª CJM, de 1º/9/2014.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

### **EMENTA**

APELAÇÃO. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. **CANNABIS SATIVA LINEU**. ARGUIÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO. MATÉRIA PRECLUSIVA. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DO ART. 290 DO CPM COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PREVALÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE CONFIGURADAS.

As alegadas irregularidades no Auto de Prisão em Flagrante e a nulidade processual decorrente da ausência do termo de apreensão não se revestem de conteúdo de ordem pública e, por não terem sido arguidas em momento oportuno, mas apenas quando o feito já se encontrava em mesa para julgamento, impõe-se o reconhecimento da preclusão (Precedentes do STF – HC nº 126.519, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 5/2/2015). Rejeitadas as arguições de nulidade arguidas pela Defesa. Decisões unânimes.

A autoria e a materialidade foram exaustivamente comprovadas no desenrolar do devido processo legal. A confissão do Apelante, o depoimento da testemunha e os exames periciais realizados não deixaram dúvidas da ocorrência do delito previsto no art. 290 do CPM.

O artigo 290 do Código Penal Militar, em relação ao usuário de drogas ilícitas, igualando-o ao traficante, não apresenta qualquer absurdo na cominação da pena, haja vista o interesse do legislador castrense em tutelar não apenas a saúde da coletividade, mas valores intrínsecos à vida na caserna, além da segurança dos integrantes da OM e da sociedade, diante do manuseio de materiais bélicos com alto poder de destruição. Assim, não há como aceitar que a paz social e a segurança da Unidade estejam garantidas por militar munido de algum armamento e que, sabidamente, seja usuário de drogas. Por tal razão, confere-se ao crime de porte de substância entorpecente a natureza de crime de perigo abstrato, não se exigindo que o dano venha efetivamente a ocorrer. Dessa forma, fragilizada se mostra a tese da violação do princípio da pro-

porcionalidade. Com base nessa argumentação, não se admite a aplicação do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, por ser manifestamente incompatível com os preceitos da hierarquia e disciplina.

As Convenções de Nova Iorque e de Viena são Diplomas ineficazes para afastar a aplicação do art. 290 do CPM, conforme precedentes desta Corte.

Provido parcialmente o apelo defensivo, para afastar apenas a exigência prevista na alínea “a” do art. 626 do CPPM. Decisão majoritária.

---

## DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, não conheceu das arguições de nulidades, formuladas pela Defensoria Pública da União, por serem manifestamente preclusas. **No mérito, por maioria**, deu provimento parcial ao recurso defensivo, para, mantendo a condenação, afastar somente a exigência para a concessão do *sursis*, art. 626 do CPPM, contida no item “3”, alínea “a” da Sentença vergastada, consistente na comprovação de emprego formal ou informal, em face da real impossibilidade de o Estado garantir ao cidadão o desempenho de atividade laboral remunerada. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) e José Coêlho Ferreira davam provimento ao Apelo defensivo, para reformar a Sentença e absolver o ex-Sd Ex Ricardo dos Santos Marcelino do crime previsto no art. 290 do CPM, com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM. A Ministra-Revisora fará voto vencido. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto Prado e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Giovanni Rattacaso.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Giovanni Rattacaso. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi e Carlos Augusto de Sousa. Ausente, justificadamente, o Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. (Extrato da Ata da 55ª Sessão, 13/8/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela Defesa de RICARDO DOS SANTOS MARCELINO, ex-Sd Ex, condenado à pena de 1 ano de prisão, como incurso no art. 290 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Nos termos da Denúncia, *in verbis*:

No dia 08 de outubro de 2013, por volta das 14h, o ora Denunciado, na condição de desertor, apresentou-se voluntariamente ao **41º Batalhão de Infantaria Motorizado**. Não obstante ter ciência de que seria preso, o mesmo trazia consigo, dentro da sua mochila, uma caixa de celular contendo a substância ilícita *cannabis sativa lineu*, vulgarmente conhecida por “maconha”, a qual foi encontrada pelo Comandante da Guarda no procedimento de revista, apreendida e devidamente periciada, sendo constatada a quantidade de 13,732g (treze gramas e setecentos e trinta e dois miligramas), conforme o **Laudo de Exame Pericial** de fls. 32. (fls. 02/03) (Grifos no original).

Por decisão de fl. 29, foi concedida liberdade provisória ao acusado em 15 de setembro de 2013.

Recebida a denúncia, em 24 de outubro de 2013, o acusado foi regularmente citado no dia 11 de novembro de 2013.

Qualificado e interrogado, no dia 30 de janeiro de 2014, o acusado declarou a veracidade do fato. Afirmou saber que a conduta de entrar em organização militar portando substância entorpecente era crime, porém não imaginou passar por uma revista pessoal ao entrar na OM, momento no qual a droga que estava em sua mochila foi descoberta.

Na condição de testemunha arrolada pelo Ministério Público Militar, o 3º Sargento Vander Lúcio Campanhan, regularmente inquirido, confirmou os fatos narrados na denúncia.

A Defesa não arrolou testemunhas.

Vieram aos autos os seguintes documentos:

- Auto de Prisão em Flagrante (fls. 34);
- Laudo de Exame Pericial de Constatação nº 01279/2013, realizado no mesmo dia, 8/10/13. Após o exame o restante da substância examinada foi devidamente lacrada sob o nº 0043182 (fls. 35);
- Laudo de Exame Pericial definitivo constatando a presença de *Cannabis sativa Linneu* e seu principal componente, o tetrahydrocannabinol (fls. 129/131); e
- Alvará de soltura (fl. 29).

Na fase do art. 427 do CPPM, o MPM requereu que viessem aos autos o Laudo Definitivo da substância entorpecente apreendida, o que foi feito às fls. 129/131. A Defesa nada requereu.

O Ministério Público Militar, em suas alegações, pugnou pela procedência da Denúncia ante a confissão do réu, corroborada pela prova testemunhal.

A Defesa, por sua vez, pugnou pela absolvição, com fundamento no artigo 439, alínea b, do CPPM, por atipicidade da conduta. Em seus argumentos susten-

tou a inconstitucionalidade do art. 290 do CPM, ante as Convenções de Nova Iorque e de Viena, incorporadas ao nosso ordenamento jurídico constitucional.

Subsidiariamente, requereu a aplicabilidade da Lei nº 11.343/2006 e a consequente aplicação de pena alternativa nos termos do previsto no artigo 28 da referida lei.

Por fim, em caso de condenação, pugnou pela aplicação da pena no mínimo legal, em razão da menoridade relativa (art. 72, I, do CPM), da primariedade e dos bons antecedentes, assim como à obtenção do *sursis*.

Realizado o julgamento, em 1º de setembro de 2014, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 11ª CJM julgou, por unanimidade, procedente a pretensão punitiva e condenou o acusado à pena de 1 (um) ano de prisão, a ser cumprida em regime aberto, com o direito de apelar em liberdade e o benefício do *sursis*.

Consta dos fundamentos da Sentença que a autoria foi comprovada pela confissão do réu, harmônica com a prova testemunhal. Igualmente, a materialidade foi confirmada pelo Laudo Pericial de Constatação, atestando positivo para *cannabis sativa* *Lineu*. Ressaltou a inexistência de causas excludentes da ilicitude e refutou a aplicação da Lei nº 11.343/2006 no âmbito da Justiça Militar.

Finalmente, reconhecendo o direito à suspensão condicional da pena, por 2 (dois) anos, exigiu do condenado o cumprimento das condições previstas no art. 626 do CPPM, *in verbis*:

- a) comprovação de atividade laboral formal ou informal;
- b) não se ausentar da jurisdição da 11ª CJM sem prévia autorização;
- c) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender, salvo os necessários ao serviço;
- d) não frequentar casas de bebidas alcoólicas, de jogos e de prostituição;
- e) não mudar de habitação, sem prévio aviso à autoridade competente; e
- f) comprovar trimestralmente, no juízo da 11ª CJM, o cumprimento das condições impostas.

A Sentença foi lida e assinada no mesmo dia.

A DPU, no dia seguinte, 2 de setembro de 2014, ofereceu tempestivo recurso.

O feito transitou em julgado para o MPM na data de 9 de setembro, conforme Certidão de fls. 215.

A Defesa, no dia 29 de setembro de 2014, em suas razões, pugnou pela absolvição do Apelante. Sustentou a inconstitucionalidade do art. 290 do CPM e a aplicabilidade da Lei nº 11.343/2006 no âmbito da Justiça Militar. Por

fim, requereu a supressão das exigências de “*comprovar a atividade laboral formal ou informal, bem como a de comprovar a cada trimestre o cumprimento das condições impostas*”, alíneas “a” e “f” estabelecidas no *sursis* (fls. 220/231).

Contra-arrazoando, o MPM, em 10 de outubro de 2014, requereu o desprovinimento do recurso, mantendo-se integralmente a Sentença. Ressaltou a existência de jurisprudência pacífica sobre os temas arguidos pela Defesa, não havendo, portanto, justificativas para absolver o Apelante.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por seu Subprocurador-Geral Dr. Alexandre Concesi, manifestou-se pelo desprovinimento do Apelo e a consequente manutenção da r. Sentença. Fez uma ressalva quanto à correção da sentença no item “f” sugerindo que fique explícito que o Apelante deve “*comparecer à sede da 11ª CJM para comprovar que não mudou de habitação (para tanto basta apresentar atestado de residência) e que não se ausentou, portanto, da jurisdição em questão*” (fls. 256/260).

Intimada da colocação do feito em mesa, a DPU requereu o deferimento da inscrição para sustentar oralmente os argumentos lançados em razões recursais, no que foi atendida e intimada da designação da presente data para julgamento do feito. Na ocasião, arguiu a nulidade do processo, apontando irregularidades no APF, consubstanciadas no cerceamento do direito de o flagrantado se comunicar com seus familiares. Aduziu, ainda, a nulidade por ausência do termo de apreensão da substância proibida, suscitando dúvidas quanto ao material que foi encaminhado para análise preliminar. Por fim, questionou a aplicação do artigo 66 da Lei nº 11.343/2006 aos processos de porte de entorpecente em trâmite nesta Justiça Especializada, afirmando que a referida lei “*é vedada na Justiça Castrense conforme Súmula 14 do Próprio STM*” e, em consequência, suscitou a nulidade dos laudos periciais e o respectivo desentranhamento dos autos.

A Ministra-Revisora teve vista dos autos.

É o Relatório.

## VOTO

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

### ARGUIÇÕES FORMULADAS PELA DPU

#### **NULIDADE NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA**

Intimada da inserção do processo em pauta para julgamento, a matéria ora trazida pela douta Defensoria Pública da União, consistente na nulidade do APF e na falta do Termo de Apreensão da Substância proibida, não se reveste de relevância jurídica a ponto de impor o reconhecimento de eventual nulida-

de do processo, tanto que a Defesa quedou-se inerte ao longo de toda fase instrutória e na do presente recurso. Somente agora, estando os autos conclusos para julgamento, oferece a presente arguição.

Tais alegações não se revestem de conteúdo de ordem pública e, se não foram arguidas no momento oportuno, impõe-se a incidência da preclusão. Nesse sentido, colaciono o julgado, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. DELITO DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. LAUDO SUBSCRITO POR PERITO OFICIAL: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PRECLUSÃO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA INCABÍVEL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Habeas corpus, com requerimento de medida liminar, impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO...

...

3. O pedido apresentado pela Impetrante é manifestamente contrário à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

4. Ao ser intimada da apresentação em mesa para julgamento da Apelação n. 110-36.2012.7.05.0005, a defesa dos Pacientes apresentou petição questionando a prova da materialidade delitiva, decidida nos seguintes termos:...

*“Nesse fio, pois – repita-se: não se tratando de caso de matéria de ordem pública – o questionamento feito pela DPU – remarque-se, ao ser intimada de que o processo estava em mesa para julgamento – encontra-se irremediavelmente alcançado pelo fenômeno da preclusão consumativa...*

*...ao ser intimada da colocação do processo em mesa pronto para julgamento – não se chegaria a lugar algum do seu interesse pois, como sabem todos, (...) sopram os mesmos ventos da regularidade e consequente validade dos laudos periciais elaborados por um só perito oficial, conforme deixa entrever a dicção do dispositivo trazido a lume no próprio Agravo, qual seja, o artigo 318 do Código de Processo Penal Militar.”*

(...)

6. Não se há cogitar, assim, de constrangimento ilegal ou contrariedade aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa ou do devido processo legal. As questões referentes à prova da materialidade delitiva, apresentadas apenas quando da intimação da apresentação em mesa da apelação da defesa, não constituem matéria de ordem pública e estão alcançadas pelos efeitos da preclusão consumativa.

(...)

(STF. HABEAS CORPUS 126.519. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 5/2/2015).

Diante do exposto, não conheço das arguições de nulidades formuladas pela Defensoria Pública da União por serem manifestamente preclusas.

### MÉRITO

Não obstante os esforços defensivos, o Recurso não merece prosperar.

A autoria e a materialidade foram exaustivamente comprovadas no desenrolar do devido processo legal. A confissão do Apelante, o depoimento da testemunha e os exames periciais realizados não deixaram dúvidas de que RICARDO DOS SANTOS MARCELINO, ex-Sd do Exército, praticou o delito previsto no art. 290 do CPM, ao ingressar na Organização Militar a que pertencia portando substância entorpecente.

O depoimento do Apelante não deixa qualquer dúvida quanto à autoria do delito, *in verbis*:

(...) que a Denúncia é verdadeira; que se apresentou voluntariamente no 41º BIMtz, ocasião em que trazia consigo uma pequena quantidade de maconha; que tinha conhecimento de que a substância entorpecente estava em sua mochila; que adentrou ao quartel trazendo consigo substância entorpecente porque não tinha local aonde guardar, pois estava vindo do município de Acreuna; que não se desfez da substância entorpecente, antes de entrar na OM, por “burrada”; que era usuário de substância entorpecente; ... que sabia que trazer substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar era crime; ... que ao chegar ao corpo da guarda não imaginou que sofreria uma revista pessoal por parte do Comandante da Guarda; que todavia, o Sargento VANDER inspecionou a sua mochila e encontrou a referida substância;... (fl. 74/75).

O Sargento Vander Lúcio Campanhan, arrolado como testemunha pelo MPM, declarou, *in verbis*:

(...) que no dia 08 de outubro de 2013 estava escalado para o serviço de Comandante da Guarda daquela OM; que ao assumir o serviço, verificou que o Soldado MARCELINO havia se apresentado voluntariamente, uma vez que havia praticado o crime de deserção; que nessa toada, cumprindo as determinações legais, fez uma inspeção nos pertences do Acusado para, assim, proceder a sua prisão; que nessa revista logrou encontrar dentro da mochila uma pequena quantidade de maconha; que indagou ao Acusado sobre a substância encontrada; que o Acusado confessou tratar-se de maconha, afirmando ser de sua propriedade; que o Acusado lhe disse, ainda, que era usuário e que aquela substância era para o seu próprio consumo;... (fls. 76/77).

Além da autoria, a materialidade está atestada nas perícias realizadas. Tanto o Laudo Provisório à fl. 35 quanto o Laudo Definitivo às fls. 129/131 atestaram positivo para a substância *Cannabis Sativa Lineu*, vulgarmente conhecida por maconha.

Sendo assim, não há dúvidas de que a conduta do Apelante amolda-se ao previsto no art. 290 do CPM, qual seja, o de “trazer consigo, ainda que para uso próprio, substância entorpecente, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Também não se vislumbrou a hipótese de se considerar atípica a conduta, em razão de esse entendimento não encontrar respaldo na legislação penal castrense, na qual a quantidade da droga encontrada na posse do militar é irrelevante para a tipificação do delito.

A rejeição a essa tese é necessária ante a avaliação dos valores intrínsecos à vida na caserna, pois os militares lidam em suas atividades com armas de alto poder destrutivo, evidenciando, portanto, perigo consistente na exposição da coletividade da Organização Militar ao risco, em face de pessoa tomada pelos efeitos da maconha.

Dessa forma, não é somente a saúde da coletividade na caserna objeto de tutela na legislação penal castrense, mas também a segurança das instituições militares, tendo em vista a conduta do apelante se classificar como crime de perigo abstrato. Neste ponto, friso que os efeitos das substâncias entorpecentes podem variar de indivíduo para indivíduo, sendo praticamente impossível deduzir qual quantidade colocaria em risco a segurança da Organização Militar.

Por esse motivo, o princípio da insignificância não se aplica ao delito previsto no art. 290 do CPM. Nesse sentido, menciono a norteadora decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC nº 103684/DF, em 2010, do eminente Ministro AYRES BRITTO. Na oportunidade, o Pleno daquela Corte decidiu pela inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de droga no quartel.

No mesmo entendimento, destaco decisão de 2014, da Ministra Cármen Lúcia, cuja ementa é transcrita abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL MILITAR. INFRAÇÃO DO ART. 290, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. POSSE DE DROGA EM RECINTO MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADES DECORRENTES DA APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.719/2008 E DO NÃO RECONHECIMENTO DO CRIME IMPOSSÍVEL: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. A posse, por militar, de substância entorpecente, independentemente da quantidade e do tipo, em lugar sujeito à administração castrense (art. 290, *caput*, do Código Penal Militar), não autoriza a aplicação do princípio da insignificância. 5. Habeas corpus denegado.

(STF HC 116090/MG. Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 18/3/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma).

Essa inteligência é corroborada pela jurisprudência desta Corte. Destaco:

EMENTA: APELAÇÃO. INTRODUÇÃO E GUARDA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290, *CAPUT*, DO CPM). CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. LEI Nº 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, já decidiu pela Constitucionalidade do art. 290 do CPM. 2. O Princípio da Insignificância não é aplicável ao delito de posse e uso de entorpecentes previsto no art. 290 do CPM, independentemente da quantidade apreendida. Precedentes do STF e do STM. 3. A norma penal incriminadora em questão, além de tutelar a saúde pública, num primeiro plano, e a saúde da própria pessoa, num segundo plano, tutela, também, a estrutura militar alicerçada na disciplina e na hierarquia e, por via de consequência, a própria regularidade das instituições militares. 4. Autoria e materialidade comprovadas nos autos. 5. Desprovido o apelo. Decisão unânime.

(STM. Apelação nº 97-08.2013.7.11.0111/DF. Relator: Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Decisão: 21/8/2014).

A Defesa ponderou, ainda, pela reforma da sentença, com fundamento no art. 439, alínea “b”, do CPPM, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 290 do CPM, ante sua incompatibilidade com as Convenções de Nova Iorque, no ano de 1961, e a de Viena, do final da década de 80, incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio. Suscitou, subsidiariamente, a aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, no sentido de se tratar de lei nova mais benéfica, *novatio legis in melius*.

As referidas convenções internacionais, além de não trazerem qualquer proibição à criminalização da posse de droga pelo usuário, são diplomas ineficazes para afastar a aplicação do art. 290 do CPM, em razão do princípio da especialidade.

No tocante à inaplicabilidade da Lei nº 11.343/2006 no âmbito da Justiça Militar da União, não há qualquer violação aos princípios constitucionais, em razão de o tratamento dispensado aos militares, na Carta Magna, ser diferente daquele dado aos civis. Assim, a Constituição Federal reconhece as particularidades da carreira militar ao impossibilitar, por exemplo, a concessão de *habeas corpus* para punições disciplinares militares, bem como a falta de necessidade de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária para a prisão nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

A norma penal castrense tem, ainda, caráter especial em relação à legislação comum. Como é sabido, as instituições militares estão alicerçadas nos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina e, por esse motivo, necessitam de regramento jurídico específico.

Ressalta-se, ainda, que o artigo 290 do Código Penal Militar, em relação ao usuário de drogas ilícitas, igualando-o ao traficante, não apresenta qualquer absurdo na cominação da pena, haja vista o interesse do legislador castrense em tutelar não apenas a saúde da coletividade, mas valores intrínsecos à vida na caserna, além da segurança dos integrantes da OM e da sociedade, diante do manuseio de materiais bélicos com alto poder de destruição. Assim, não há como aceitar que a paz social e a segurança da Unidade estejam garantidas por militar munido de algum armamento e que, sabidamente, seja usuário de drogas. Por tal razão, confere-se ao crime de porte de substância entorpecente a natureza de crime de perigo abstrato, não se exigindo que o dano venha efetivamente a ocorrer. Dessa forma, fragilizada se mostra a tese da violação do princípio da proporcionalidade. Com base nessa argumentação, não se admite a aplicação do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, por manifestamente incompatível com os preceitos da hierarquia e disciplina.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do julgado *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. POSSE DE REDUZIDA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA. 1. (...) 2. (...) 3. (...) 4. (...) 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a ideia-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 o 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. Precedentes: HCs 94.685, da relatoria da ministra Ellen Gracie (Plenário); e 103.684, da minha relatoria (Plenário). 7. Ordem denegada.

(STF. HC 107688/DF. Julgamento: 7/6/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator Ministro AYRES BRITTO).

Nesse norte, cito decisão unânime desta Corte, cuja ementa é transcrita abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO. ENTORPECENTE. POSSE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. FLAGRANTE DELITO. CONSTATAÇÃO DO ALCALÓIDE COCAÍNA. CONVENÇÃO DE VIENA. CONVENÇÃO DE NOVA YORK. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. LEI Nº 11.343/06. INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (...). As convenções de Nova York e Viena não podem ser invocadas para confrontar a constitucionalidade com o art. 290 do Código Penal Militar, no tocante ao porte de drogas na caserna, em respeito ao princípio da especialidade da norma penal militar. Quanto à norma regente da matéria, tem-se que a Lei nº 11.343/2006 não revogou expressamente o art. 290 da Lei Substantiva Penal Militar. Quisesse o legislador alterar qualquer regra do mencionado Código, o teria feito no art. 75 da nova Lei de Drogas, quando determinou a revogação de outras leis.

(..). Apelação desprovida. Decisão unânime.

(STM. Apelação nº 141-41.2010.7.11.0011/DF. Ministro-Relator: José Américo dos Santos. Ministro-Revisor: José Coêlho Ferreira. Decisão: 15/9/2011) (grifo nosso).

Por derradeiro, a Defesa prequestionou a aplicação do artigo 66 da Lei nº 11.343/2006. Utilizou o entendimento de que a Justiça Militar, por meio da Súmula 14 do STM, vem afastando, por completo, a aplicação da Lei de Drogas e, como consequência, a Portaria SVS/MS nº 344 de 12/5/1998 (que define as substâncias entorpecentes) também não seria aplicável ao Processo Penal Militar. Nesse sentido, para a Defesa, se o tribunal entende pela inaplicabilidade da Lei nº 11.343/2006, deve, por questões de coerência, desentranhar os laudos do processo uma vez que, segundo a defesa, fazem referência a uma Portaria que não regulamenta a norma castrense.

Nesse ponto, também não lhe assiste razão. A legislação penal castrense, ao tratar do crime de drogas, realmente, o fez como uma norma penal em branco e, portanto, necessita de complemento. Esse tipo de norma descreve, de maneira generalizada, o conteúdo da matéria de proibição, remetendo de forma tácita ou expressa a outros dispositivos de lei (formal), ou emanados de órgão de categoria inferior. No caso do CPM, não o faz de forma expressa como ocorre na Lei nº 11.343/2006. Porém, isso não inviabiliza a aplicação da Portaria do Ministério da Saúde à legislação penal militar, uma vez que é exa-

tamente essa Portaria que define o rol de substâncias entorpecentes e de uso proibido. A Defesa equivocou-se ao considerar somente a menção expressa a uma outra norma como a forma de complementar-se uma norma penal em branco o que, como já dissemos, não procede. Desse modo, não há razão para a nulidade dos laudos e, muito menos, motivos para serem desentranhados do processo.

Dessa forma, autoria e materialidade são incontestas, e não há causas excludentes da culpabilidade ou da ilicitude. A conduta perpetrada pelo apelante consubstancia-se em fato típico, antijurídico e culpável, motivo pelo qual a condenação deve ser mantida.

Finalmente, na análise das condições impostas para a suspensão condicional da pena, com relação à imposição contida na alínea “f” da sentença, ou seja, a “*comprovação trimestral do cumprimento das condições impostas no sursis*”, não há de ser feita mudança, uma vez que é de aplicação frequente nesta justiça Especializada. Trata-se de exigência que encontra amparo nos §§ 4º e 5º do artigo 608 do CPPM, considerado, no último caso, que a fiscalização é feita pelo próprio juízo e não por entidade assistencial.

Contudo, no tocante à comprovação de atividade laboral formal ou informal, estabelecida no item “3”, letra “a”, da sentença condenatória, com fundamento na alínea “a” do art. 626 do CPPM, não há como se exigir do Apelante o cumprimento dessa exigência. O desemprego é fato noticiado rotineiramente nos meios midiáticos e, de certa forma, manter-se em uma atividade laboral não depende somente da vontade do cidadão e, por esse motivo, não se pode exigir isso do Apelante.

**Diante do exposto**, dou provimento parcial ao recurso defensivo, para, mantendo a condenação, afastar somente a exigência para a concessão do *sursis*, art. 626 do CPPM, contida no item “3”, alínea “a”, da Sentença vergastada, consistente na comprovação de emprego formal ou informal, em face da real impossibilidade de o Estado garantir ao cidadão o desempenho de atividade laboral remunerada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em não conhecer das arguições de nulidades formuladas pela Defensoria Pública da União, por serem manifestamente preclusas. No mérito, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso defensivo, para, mantendo a condenação, afastar somente a exigência para a concessão do *sursis*, art. 626 do CPPM, contida no item “3”, alínea “a”, da

Sentença vergastada, consistente na comprovação de emprego formal ou informal, em face da real impossibilidade de o Estado garantir ao cidadão o desempenho de atividade laboral remunerada.

Brasília, 13 de agosto de 2015 – Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, Ministro-Relator.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DA MINISTRA**

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

Apelação Nº 130-95.2013.7.11.0111-DF

Votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

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

Inicialmente, deixo de conhecer da peça de fls. 272/278, porquanto protocolada após a inclusão do feito em mesa para julgamento, inicialmente agendado para 24/3/2015, em clara violação ao art. 378 do CPPM.

Passo à análise das Razões recursais de fls. 219/231-v.

PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 290

A Defesa suscitou a inconstitucionalidade do art. 290 do CPM e a aplicabilidade da Lei nº 11.343/2006 no âmbito da Justiça Militar.

Tal alegação não merece prosperar porquanto esse tratamento peculiar da Lei Material Especial encontra amparo no próprio contexto principiológico constitucional. Razão pela qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em virtude do regime especial a que se submetem as Forças Armadas, a compatibilidade do maior rigor penal da norma Castrense com a *Lex Magna*.

A respeito, colho excertos do voto do Ministro Ayres Britto, Relator do HC nº 103.684, julgado pelo STF em 21/10/2011:

(...) 13. Tal regime jurídico de especialíssima compleição também se revela no fato em si da abertura de todo um capítulo constitucional para a realidade das Forças Armadas, que é, precisamente, o capítulo de nº II, encartado no Título de nº V, alusivo à defesa do Estado e das instituições democráticas. Capítulo de que fazem parte as sintomáticas regras do serviço militar obrigatório (caput do art. 143) e da proibição aos militares dos institutos da sindicalização e de greve, além da filiação a partido político (incisos IV e V do art. 142). (...) 15. Daqui se segue, ainda mais focadamente, a seguinte pergunta: se a Constituição Federal erigiu a hierarquia e a disciplina como inerentes às instituições militares, não é do próprio regime da lei ordinária fazer desses dois elementos conceituais um

centrado tema de proteção penal? Penso que sim. Por isso que partilho do entendimento de que o tipo penal em causa, “além de estar capitulado como crime contra a incolumidade pública e a saúde [...] tutela ainda a disciplina militar, sempre ofendida nesses casos” (ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 633). (...) 17. É ainda falar: o maior rigor penal da lei castrense, no caso, é compatível 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 ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de relações intrínseca subordinação.

Corroborando, julgado desta Corte:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IN APELAÇÃO. POSSE DE ENTORPECENTE. OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 290 DO CPM. ESPECIALIDADE DA NORMA PENAL MILITAR. ELEMENTO VOLITIVO DA AÇÃO. DOLO INDIRETO. **Afigura-se infundada a alegação de inconstitucionalidade do preceito proibitivo contido no art. 290 do CPM, uma vez que guarda especialidade no trato da matéria e não sofreu revogação, expressa ou tácita, por norma superveniente.** Quanto ao elemento volitivo, os autos ilustram situação de dolo indireto, em que o acusado foi flagrado ao ingressar no quartel trazendo consigo substância entorpecente, sem se acautelar sobre a natureza de seus pertences. Se não quis incursionar pela ilegalidade, ao menos assumiu o risco de violar a norma penal. Embargos Declaratórios acolhidos em parte, apenas para aclarar a insubsistência do questionamento atinente à inconstitucionalidade do preceito incriminador. Ausência de omissão a ser sanada. Decisão unânime. (Embargos de Declaração nº 141-41.2010.7.11.0011/DF, Relator Ministro José Américo dos Santos, DJE 7/2/2012) (grifo nosso).

Não obstante, entendo que a r. sentença de primeiro grau de jurisdição merece ser reformada.

Consoante discorri no julgamento da Apelação nº 146-96.2011.7.12.0012, entendo que a inexistência de Auto de Apreensão, em regra, tem o condão de afastar a materialidade delitiva.

*In specie*, o conjunto probatório dos autos é insuficiente para o embasamento de eventual condenação, uma vez que a materialidade acima mencionada não restou confirmada, diante da ausência da lavratura do ato essencial ao processo.

Em que pese o réu ter confessado, o que em princípio indicaria a autoria do crime, há de se considerar, ante a ausência do aludido termo, a dúvida de o entorpecente encontrado ter sido, realmente, aquele submetido à análise pericial.

**Ademais, observei não constar dos autos sequer o documento reme-  
tente do psicotrópico ao Instituto de Criminalística do Estado de Goiás.  
Note-se que, se o ofício ao menos individualizasse as características da  
substância, como sua quantidade, aparência e condições de armazenamen-  
to, poderia suprir materialmente o ato inobservado.**

Mas não o fez. Tudo isso, alinhado à ausência do Termo de Apreensão, afasta a materialidade delitiva, em face da incerteza jurídica de que o material submetido à análise no Instituto de Criminalística do Estado de Goiás foi o mesmo encontrado na OM.

Nessa linha, destaco jurisprudência deste Colendo Tribunal Militar:

EMENTA. APELAÇÃO DEFESA. PRELIMINAR - APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.343/2006. REVOGAÇÃO - ARTIGO 290 DO CPM. MÉRITO. PORTE DE ENTORPECENTE. ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRINCÍPIOS DA SOBERANIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INSIGNIFICÂNCIA. ESPECIALIDADE DA LESGILAÇÃO PENAL MILITAR. ATIPICIDADE DA CONDUTA. *DUE PROCESS OF LAW*. AUSÊNCIAS DO AUTO DE APREENSÃO E DA MATERIALIDADE DO DELITO. 1. (...) 9. Para que se tenha como provada a materialidade do delito do art. 290 do CPM, não deve haver dúvida quanto à capacidade lesiva da substância apreendida ao bem jurídico “saúde”, a fim de que a conduta apresente tipicidade material. 10. **A não obediência aos ditames do *due process of law*, por ausência do auto de apreensão, desrespeita o disposto no artigo 189, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal Militar e leva à absolvição do acusado, haja vista a ausência de prova da materialidade do delito.** 11.(...). (APELAÇÃO (FO) nº 03-36.2005.7.05.0005 (2007.01.050641-1), Relator Ministro Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, DJ de 19/1/2010) (grifo nosso).

Confirmam-se, ainda, entre outros, os julgados desta Casa: Correição Parcial nº 21-51.2009.7.03.0303, Relator Ministro José Coêlho Ferreira, DJe de 17/3/2011; Apelação nº 36-58.2008.7.07.0007, Relator Ministro Francisco José da Silva Fernandes, DJe de 30/9/2010; Apelação nº 50-76.2010.7.03.0203, Relatora para Acórdão Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, DJe de 15/10/2012; e Apelação nº 181-09.2010.7.05.0005, Relatora para Acórdão Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, DJe de 4/10/2012.

Com efeito, ao ser localizada a droga, a providência a ser tomada seria sua apreensão formal, por força dos arts. 12, alínea *b*, e 27, todos do CPPM, *in litteris*:

Art. 12. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal militar, verificável na ocasião, a autoridade a que se refere o § 2º do art. 10 deverá, se possível:

(...)

b) apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com o fato;

Art. 27. Se, por si só, for suficiente para a elucidação do fato e sua autoria, o auto de flagrante delito constituirá o inquérito, dispensando outras diligências, salvo o exame de corpo de delito no crime que deixe vestígios, a identificação da coisa e a sua avaliação, quando o seu valor influir na aplicação da pena. A remessa dos autos, com breve relatório da autoridade policial militar, far-se-á sem demora ao juiz competente, nos termos do art. 20.

No caso em tela, os requisitos essenciais foram descumpridos, seja por descuido ou desmazelo. Por consequência, deixou de ser elaborado procedimento legal fundamental para *persecutio criminis*.

Conforme assevera Jorge César de Assis:

A apreensão dos documentos e de todos os objetos relacionados com o fato delituoso é medida imperativa, **devendo ser lavrado o competente auto de apreensão.**<sup>82</sup> (grifo nosso).

Trata-se de cautela estabelecida pela lei para a preservação da eficácia do ato processual, conferindo legitimidade à persecução penal, sem agressão à liberdade individual.

Formalidades como a lavratura do auto de apreensão, a realização de diligências, a saber, a busca e apreensão, a realização de exames – corpo de delito e perícias em geral –, revelam-se importantes para o Poder Judiciário exprimir juízo valorativo indene de dúvidas.

Tenho por certo que a inexistência do registro da arrecadação do possível alucinógeno compromete a lisura do devido processo legal, indispensável para a obtenção do valor probatório exigido pela legislação castrense.

Por tudo isso, estando convencida da impossibilidade de comprovação da materialidade delitiva descrita na peça inaugural e diante da falta de prova para condenação, há que se aplicar o princípio *in dubio pro reo*, com fulcro no art. 439, alínea e, do CPPM.

*Ex positis*, votei vencida para dar provimento ao Recurso e absolver o ex-Sd Ex RICARDO DOS SANTOS MARCELINO do crime previsto no art. 290 do CPM, com fundamento no art. 439, alínea e, do CPPM.

Superior Tribunal Militar, 13 de agosto de 2015.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministra do STM

---

<sup>82</sup> ASSIS, Jorge César de. *Código de Processo Penal Militar Anotado*. 2. ed., Curitiba: Ed. Juruá, 2007. p. 46.

---

## **APELAÇÃO Nº 149-58.2014.7.11.0211-DF**

---

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

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

Apelante: O Ministério Público Militar.

Apelada: A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 10/3/2015, que extinguiu, sem resolução do mérito, a Ação Penal Militar nº 149-58.2014.7.11.0211, referente ao ex-Sd Ex Diego Martins da Silva.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

### **EMENTA**

APELAÇÃO. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO MILITAR. EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. APELO MINISTERIAL ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. REFORMA DA DECISÃO A QUO.

I – Não é condição essencial para o prosseguimento da ação penal, por crime de deserção, o agente conservar a situação de militar da ativa.

II – A desincorporação de acusado, que responde por deserção, antes do trânsito em julgado da Decisão que extinguiu o processo sem exame de mérito, não prejudica a persecução tentada pelo Órgão Ministerial, nela incluída a Apelação interposta.

III – Conhecimento e provimento do Apelo Ministerial. Decisão majoritária.

---

### **DECISÃO**

O Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao Apelo ministerial, para, desconstituindo a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, que extinguiu o processo sem julgar o mérito, determinar o prosseguimento da Ação Penal Militar nº 149-58.2014.7.11.0211. O Ministro José Coêlho Ferreira negava provimento ao Apelo ministerial e mantinha inalterada a Decisão recorrida. Os Ministros José Coêlho Ferreira e Fernando Sérgio Galvão farão declarações de voto.

Presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Edmar Jorge de Almeida. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho. O Ministro William de Oliveira Barros encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata 74ª Sessão, 1º/10/2015).

**RELATÓRIO**

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Militar inconformado com a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª CJM, de 10/3/2015, que extinguiu, sem resolução do mérito, a Ação Penal Militar nº 149-58.2014.7.11.0211, referente ao ex-Sd Ex DIEGO MARTINS DA SILVA, denunciado pela prática do delito de deserção, culminando com a determinação do arquivamento dos autos.

O então militar havia consumado o crime de deserção em 18/9/2014, conforme Termo de Deserção (fl. 76), e se apresentou voluntariamente ao quartel no dia 24/9/2014 (fl. 27). Submetido a inspeção de saúde, foi considerado apto (fl. 21) e reincluído ao serviço ativo (fl. 54).

A Denúncia foi recebida em 12/11/2014 (fl. 84). Após ter sido citado (fl. 86), o réu se apresentou perante o CPJ Ex para ser qualificado e interrogado (fls. 95/96).

Em 20/2/2015 (fl. 137), o acusado foi licenciado das fileiras do Exército, por ter cumprido todo o período do serviço militar obrigatório (fls. 130 e 133).

Ciente do licenciamento do militar, a DPU requereu a extinção do feito por ausência de prosseguibilidade da ação penal, com espeque no art. 267, inciso VI, do CPC, c/c o art. 3º, alínea “e”, do CPPM (fls. 142/143). Em suas razões, ressaltou que o “status” de militar da ativa se afigura como condição de procedibilidade e prosseguibilidade para deflagrar e dar curso regular à ação penal pelo crime de deserção – praticado por praça sem estabilidade – bem como para permitir a execução da pena. Por isso, tendo o desertor passado à condição de civil em quaisquer destes momentos processuais, torna-se necessário que seja extinto o processo de acordo com a interpretação sistemática do § 2º do art. 457 do CPPM e das Súmulas nº 8 e 12 do STM. Por último, invocou jurisprudências deste Tribunal para embasar suas alegações.

Instado a se manifestar sobre o fato, o MPM pugnou pelo prosseguimento do feito até Decisão final definitiva (fls. 146/151). Para tanto, sustentou que o “status” de militar é exigido como condição específica para o oferecimento da Denúncia em crimes de deserção e não para o prosseguimento da ação ou do processo. Ressaltou que recebida a Inicial e instaurado o processo, o licenciamento do desertor não tem mais nenhum impacto na ação penal militar, regularmente iniciada com o devido processo penal em andamento.

O Conselho Permanente de Justiça, ao analisar o caso, ressaltou, em síntese, que faltava justa causa para dar prosseguimento à Ação Penal, uma vez que a própria Administração Militar atestou, por meio do licenciamento, que o acusado estava quite com o serviço militar obrigatório. Esclareceu que não fazia sentido prosseguir com o processo, quando se sabe que o Estado não tem mais

o poder-dever de punir. Por isso, decidiu, por unanimidade, julgar extinto o feito, sem julgamento do mérito, e determinar o seu arquivamento, nos termos do art. 457, § 2º, c/c o art. 3º, alínea “e”, ambos do CPPM, e art. 267, inciso IV, do CPC, além do art. 3º, item 24; art. 138, item 4, e art. 140, todos do Decreto 57.654/66, que regula a Lei do Serviço Militar.

Inconformado, o MPM interpôs Apelação contra a mencionada Decisão. Em suas razões, esclareceu que, para a lavratura do ato, não se leva em conta o tempo restante para a conclusão do serviço militar ou possíveis causas supralegais de exclusão da culpabilidade. Ressaltou que, quando o desertor é reincluído, como no caso dos autos, o “Parquet” Militar tem a obrigação de oferecer a Denúncia, de maneira que não poderá desistir da ação penal por motivos de política criminal. Frisou que, “in tela”, todos os requisitos para a instauração da ação penal estavam presentes. Lembrou que o licenciamento é ato meramente administrativo e não tem o condão de interferir no curso regular da ação penal militar. Sustentou que não há previsão legal para a extinção do feito, regularmente instaurado, quando o réu comete crime de deserção e é licenciado. Por fim, requereu o conhecimento e provimento do recurso, para revogar a decisão que extinguiu o processo sem analisar o mérito e determinar o seu prosseguimento (fls. 172/179).

Em contrarrazões, o Órgão Defensivo aduziu que não cabe questionar a condição de militar à época da infração, e sim discutir esse “status” durante o processo. Lembrou que, justamente, em razão da condição de militar da ativa é que o desertor, praça sem estabilidade, fica excluído das Forças Armadas, e, após sua captura ou apresentação, é reincluído às suas Fileiras, reassumindo o “status” de militar para, só então, ser processado e julgado pela deserção. Mencionou que até mesmo o desvalor da conduta, ao desertar, está intrinsecamente ligado ao fato de o infrator ostentar a farda. Salientou que, se para o crime de deserção, o legislador previu a condição de militar da ativa, como essencial, para propor a Ação Penal, então, não há como deixar de verificar tal requisito no decorrer do processo. Por derradeiro, pugnou pelo não provimento do Apelo Ministerial, mantendo-se a Decisão hostilizada (fls. 182/191).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por meio do Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI, esclareceu, em Parecer, que, quando o réu cometeu o crime de deserção, ostentava a condição necessária para lhe imputar a conduta delituosa, o mesmo acontecendo quando se apresentou, foi considerado apto para o serviço ativo e reincluído às fileiras do Exército. Mencionou que, uma vez recebida a Denúncia, nos termos das exigências legais, o processo só deverá se encerrar com a condenação ou absolvição do acusado. Por último, opinou pelo provimento do Apelo Ministerial.

É o relatório.

**VOTO**

Sobe Apelação interposta pelo Ministério Público Militar contra Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça que extinguiu, sem resolução do Mérito, a Ação Penal Militar referente ao ex-Sd Ex DIEGO MARTINS DA SILVA, denunciado por deserção, e determinou o arquivamento dos autos.

Atendidos os requisitos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Analisando o feito, verifica-se que merece prosperar o pleito Ministerial. Senão vejamos.

Para amparar sua Decisão, o Conselho Julgador sustentou que:

(...) continuar a ação penal após o licenciamento do soldado do serviço militar obrigatório, equivale a dizer que este, como civil, haverá de cumprir a pena em estabelecimento prisional comum.

Com toda a “vênia” ao Conselho Permanente de Justiça, esse argumento não merece credibilidade porque não pode ser considerado fundamentação da Decisão, mas, sim, uma constatação do que prevê a legislação penal castrense, de maneira que nada mais fez do que uma previsão lógica, de como um civil – que é condenado na Justiça Militar – deverá cumprir a reprimenda penal.

Basta, para tanto, mencionar o art. 62 do CPM, que prevê:

O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

Em outras palavras, o civil que for sentenciado pela Justiça Castrense terá direito aos benefícios da Justiça comum, como as penas alternativas, o livramento condicional e o “sursis”.

O Conselho Julgador “a quo”, ao decidir pela extinção da ação penal, também ressaltou que:

o acusado foi licenciado. Quer isso significar, que o acusado está quite com o serviço militar. Continuar com o processo, poderia no máximo significar, realizar-se um julgamento, sabendo-se antecipadamente, que não existe justa causa para sua condenação, pois desnecessária a tutela do Direito Penal Militar quando os bens jurídicos “serviço militar” e “dever militar” (...) não foram atingidos.

A meu sentir, agiu mal, novamente, o CPJ Ex. A alegação de que não há justa causa para condenar o civil que incorreu em crime militar, quando fazia parte das Forças Armadas, porque os bens jurídicos tutelados, quais sejam, serviço militar e dever militar não foram atingidos, também não pode prevalecer.

No momento em que incorreu no crime de deserção, o agora civil atingiu, sim, não só o serviço militar e o dever militar, que são bens juridicamente

tutelados por esta Justiça Castrense, como também maculou a hierarquia e a disciplina, que são igualmente protegidos. No caso em colação, é indiscutível a presença de justa causa para que a ação penal continue seu curso normal, tendo em vista que há provas suficientes da prática do crime de deserção.

Consta, ainda, da Decisão do Conselho Permanente de Justiça, quando extinguiu a ação penal, sem enfrentar o mérito, que:

é dever da Justiça entender inexistente a pretensão punitiva do Estado, quando a própria Administração Militar licenciou o acusado e, ao fazê-lo, atestou que este nada mais deve ao serviço militar obrigatório.

Novamente, ousou discordar, em parte, do “decisum” de primeiro grau. Quando o soldado cumpre o tempo de serviço militar obrigatório e o Comandante da OM o licencia, atesta, de fato, que ele não deve mais nada à Justiça Militar, estando quite com suas obrigações para com a caserna.

Nesse caso, infere-se que ele está isento de qualquer responsabilização no âmbito da Administração Militar. Contudo, entendo que esse mesmo ato administrativo – de licenciamento – não tem o condão de isentar o acusado do crime que cometeu ou livrá-lo de eventual responsabilidade na esfera judicial, como se vê no presente feito, primeiro porque as esferas administrativa, cível e penal são independentes e, segundo, por falta de amparo legal.

Cabe destacar que a independência entre essas instâncias é entendimento pacífico do STF:

EMENTA: Mandado de segurança. - É tranqüila a jurisprudência desta Corte no sentido da independência das instâncias administrativa, civil e penal, independência essa que não fere a presunção de inocência (...). (Mandado Segurança nº 22899 em Agravo Regimental, Min. MOREIRA ALVES, julgado em 2/4/2003).

Aliás, a própria CF/88 deixa claro, em vários momentos de seu texto, a separação entre as esferas administrativa e judicial, a exemplo art. 8º, inciso III; art. 93, inciso XI; art. 100, § 9º; 105, inciso I, alínea “g” etc.

Ademais, nem quando o acusado, durante a ação penal, é acometido de doença ou deficiência mental, diagnosticada por meio de exame de incidente de insanidade mental, o processo é extinto e o autos são arquivados, sendo, quando muito, em situações excepcionais, apenas sobrestado, de acordo com o art. 158 do CPPM.

Em caso parecido, consideradas as devidas proporções, ocorre com alguns agentes políticos, como, por exemplo, o próprio Presidente da República. O Texto Constitucional, no § 4º do art. 86, pressupõe que o Chefe do Executivo Federal responderá por crimes – relativos às funções presidenciais – no STF, ou seja, a exemplo do desertor, numa justiça diferenciada.

No entanto, ao final de seu mandato, a ação penal a que ele vinha respondendo, à frente da Presidência, não será extinta, sem julgamento de mérito, e nem os autos serão arquivados. Pelo contrário, haverá mudança do Foro competente e o ex-presidente, agora sem o privilégio da prerrogativa de função, continuará a responder o processo perante a Justiça Comum.

Ora, se nem o Chefe da Nação será isento dos crimes cometidos no decorrer de suas funções presidenciais, só porque deixou de ser presidente, não há como admitir que o soldado deixe de responder pelo delito que cometeu tão somente por deixar de ser militar.

Por derradeiro, o referido CPJ Ex, ao determinar o arquivamento do feito, enquadrou seus argumentos nos arts. 457, § 2º, c/c o art. 3º, alínea “e”, ambos do CPPM, e art. 267, inciso IV, CPC, além do art. 3º, item 24; art. 138, item 4, e art. 140, todos do Decreto nº 57.654/66, que regula a Lei do Serviço Militar.

Outra vez não foi bem o Órgão Julgador porque, a meu sentir, equivocou-se no enquadramento de sua Decisão. Em outras palavras, os motivos que levaram aquele Conselho de Justiça a extinguir ação penal, sem julgar o mérito, e determinar o arquivamento dos autos não se adéquam ao § 2º do art. 457 do CPPM, que somente aceita uma possibilidade de arquivamento da ação penal, de maneira taxativa, que é no caso de incapacidade definitiva do desertor. Consequentemente, arquivar o feito apenas porque cumpriu com suas obrigações militares não tem previsão naquele tipo penal.

Da mesma forma, não é o caso, também, de se aplicar o art. 3º, alínea “e”, do mesmo Diploma Legal, tendo em vista que, “in tela”, não há omissão da Legislação Adjetiva Castrense, conforme se observou no parágrafo anterior.

Nesse sentido, o Conselho Permanente não poderia ter, ainda, se pautado no art. 267, inciso IV, do CPC, para excluir a ação penal, no caso concreto, porque todas as condições da ação estavam presentes no momento em que o feito foi extinto, isto é, a possibilidade jurídica do pedido – eis que o pedido do MPM está previsto no art. 187 do CPM; o interesse de agir – ou seja, a necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais pelo MPM, para a defesa do interesse material pretendido e a legitimidade na causa, eis que o MPM é o titular da ação penal pública, por força de lei e da Constituição Federal.

Adicione-se, ainda, a tais condições da ação, a presença de justa causa, eis que há nos autos provas suficientes de que o acusado incorreu no crime de deserção, como o Termo de Deserção e a Parte de Ausência, além da condição de procedibilidade, eis que o acusado readquiriu a condição de militar, fundamental para que o desertor responda ao processo, quando foi considerado apto, em inspeção de saúde, e reincluído.

Quanto ao Decreto nº 57.654/66, que regula a lei do Serviço Militar, igualmente, invocado pelo Conselho Julgador, é suficiente ressaltar que se enquadra, perfeitamente, ao caso em exame, o que está previsto no art. 145 da mencionada norma, que dispõe:

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. (grifo nosso).

É, exatamente, o caso dos autos. Frise-se, mais uma vez, que o fato de o acusado ter sido licenciado, apenas porque concluiu o período do serviço militar obrigatório, não o exime do crime que cometeu e, por isso, deverá continuar a responder ao processo na Justiça Castrense.

Assim, entendo que, em casos dessa natureza, o ato administrativo de licenciamento não tem poder para desencadear a interrupção de uma ação penal, que preencheu todos os requisitos para ser instaurada e vem seguindo seu curso normal, dentro dos trâmites estabelecidos por lei.

Extinguir, prematuramente a ação penal, sem enfrentar o mérito, e determinar seu arquivamento, além de eximir o acusado do crime a que estava, regularmente, respondendo, afronta o que determina o art. 457, §§ 2º e 3º, do CPPM.

Aliás, ao analisar esse art. 457 do CPPM, pode-se verificar em que momento processual o feito será extinto e de quem será a competência para tanto. Com relação ao momento, o § 2º, daquele tipo penal, nos leva a crer que a inspeção de saúde será determinante para saber se o processo será arquivado ou deverá seguir com sua marcha normal.

Se, durante o exame de inspeção de saúde, restar configurada na Ata a incapacidade definitiva do militar, a competência para iniciar o arquivamento do feito será da Auditoria. Nesse caso, o MPM se pronunciará apenas como fiscal da lei, pelo que se deduz do § 2º do art. 457 do CPPM.

Por outro lado, se, durante o exame de inspeção de saúde, o militar for considerado apto para o serviço e reincluído, exaure a competência daquele Juízo para fins de arquivamento, porque o ato de reinclusão deverá ser remetido ao “Parquet” Militar, que passará a possuir a prerrogativa de requerer o arquivamento ou oferecer a denúncia, conforme se depreende do § 3º daquele mesmo artigo.

Como, no caso dos autos, o acusado foi considerado apto para o serviço, reincluído e, posteriormente, a Denúncia recebida, presume-se, então, que o Conselho Permanente não poderia, em tese, ter extinguido o processo e determinado seu arquivamento porque a competência para tal, segundo o § 3º

do art. 457 do CPPM, é do Ministério Público, que, por sua vez, entendeu não ser o caso de se arquivar o feito e sim de oferecer a Inicial acusatória.

Segundo o art. 456, § 4º, do CPPM, consumada a deserção de soldado sem estabilidade, será ele imediatamente excluído do serviço ativo, perdendo, em consequência, a condição de militar da ativa, apenas readquirindo tal condição, quando, primeiro, apresentar-se voluntariamente ou for capturado, segundo, ser submetido a inspeção de saúde e considerado apto para o serviço ativo e, **terceiro**, reincluído às fileiras das Forças Armadas.

Nesse particular, o MPM lembrou que:

Para a lavratura do ato não se leva em conta o tempo restante para a conclusão do serviço militar (obrigatório ou voluntário), ou possíveis causas supralerais de exclusão da culpabilidade como, por exemplo, o arribo de família, a teor do que dispõe a Súmula nº 3, dessa Corte Superior de Justiça Militar.

Uma vez reincluído o desertor, o “Parquet” Militar, de fato, não poderá desistir da ação penal. Pelo contrário, será obrigado a oferecer a Denúncia, após a reinclusão do militar, em observância ao Princípio da Obrigatoriedade, exceto nos casos previstos em lei.

Como bem disse o Órgão Ministerial:

Nessa linha de raciocínio e com amparo na classificação adotada pela doutrina, os elementos mínimos e necessários para (...) (iniciar) a ação penal **são aferidos no momento da instauração da (...) ação** (...). **Atos posteriores** à instauração do processo, admitidas algumas exceções legais, são incapazes de, per si, determinar a extinção do processo.

Infere-se, então, de acordo com o CPPM, que a condição de militar só é exigida, como requisito específico, para oferecer a Denúncia em crimes de deserção, ou seja, o “status” de militar é pressuposto apenas para a condição de procedibilidade, isto é, para iniciar o processo e não para prosseguir.

Contudo, mesmo se for considerado que o “status” de militar também é requisito para a condição de prosseguibilidade, ou seja, de dar seguimento ao feito, ainda assim, a ação penal deveria, no caso concreto, continuar tramitando porque o desertor voltou a possuir a condição de militar quando foi reincluído às fileiras do Exército Brasileiro.

Dessa forma, se o militar que está respondendo ao crime de deserção e durante a ação penal é licenciado, ele deverá continuar respondendo pelo delito que incorreu porque trouxe sérios prejuízos para caserna.

No caso em exame, a ação penal foi instaurada, a Inicial acusatória recebida e o réu legalmente citado, qualificado e interrogado perante o Conselho Permanente de Justiça. Enfim, a marcha processual seguia seu curso normal

porque estavam preenchidas todas as condições estabelecidas na legislação processual castrense e deveria ter seguido, com essa mesma regularidade, até o julgamento.

Entretanto, o processo, que vinha tramitando no âmbito judicial, foi interrompido por uma Decisão, pautada tão somente no licenciamento do militar, que é um ato proferido na esfera administrativa. Ou seja, o processo foi impedido de tramitar por motivo alheio à única possibilidade legal, prevista no § 2º do art. 457 da Legislação Adjetiva Castrense.

Não há como admitir que o ato de licenciamento, que tem caráter meramente administrativo, tenha o poder de cessar o curso de uma ação penal, que vinha tramitando dentro da normalidade prevista em lei.

Com exceção do único caso de arquivamento previsto no CPPM, não há na legislação castrense qualquer outra previsão para a extinção da ação penal militar, regularmente iniciada, nos casos de crimes de deserção.

Nessa toada, o MPM sustentou que:

não é demais lembrar que, nos demais crimes militares próprios, (ou seja, que só podem ser cometidos, a exemplo da deserção, por militar da ativa) a exigência dessa condição de prosseguibilidade nunca foi sequer aventada quando o acusado ou sentenciado perde a condição de militar.

Assim, iniciada a Ação Penal e recebida a Denúncia, nos termos dos arts. 77 e 78 do CPPM, o ato administrativo de licenciamento não deveria ter impacto no prosseguimento da ação penal, com o devido processo legal em andamento.

Foi assim, também, que entendeu o MPM quando, nas razões recursais, sustentou que o licenciamento do desertor, no caso “in tela”, não tem, legalmente, o poder de extinguir o processo, seja de conhecimento ou de execução. Em caso de processo de conhecimento, o feito deve prosseguir até a decisão transitada em julgado e, uma vez instaurado o processo de execução, deve continuar até o efetivo cumprimento da pena ou do “sursis”.

Por fim, o Órgão Ministerial alertou:

Ora, se não houver justa causa para a condenação, **o caminho correto é seguir com o processo** e proferir, ao final, uma sentença absolutória, como de regra ocorre em todos os processos. Jamais a extinção do processo, não importa de que crime se trate. (grifo nosso).

Nesse sentido, também se pronunciou o representante da PGJM Dr. ALEXANDRE CONCESI:

a interpretação literal do disposto no artigo 457 do CPPM e seus correspondentes parágrafos, **leva-nos à inexorável conclusão de que,**

**uma vez recebida a denúncia** nos casos de **processo especial de deserção, este somente encerrar-se-á com a condenação ou absolvição do denunciado**, não havendo mais espaço para pura e simplesmente **arquivar-se os autos**. (grifo nosso).

Ante o exposto, dou provimento ao Apelo Ministerial, para, desconstituindo a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, que extinguiu o processo sem julgar o mérito, determinar o prosseguimento da Ação Penal Militar nº 149-58.2014.7.11.0211.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em dar provimento ao Apelo ministerial, para desconstituir a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, que extinguiu o processo sem julgar o mérito, determinando o prosseguimento da ação penal.

Brasília, 1º de outubro de 2015 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

#### **DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA

Apelação Nº 149-58.2014.7.11.02211-DF

Em Sessão de Julgamento de 1º de outubro de 2015, votei divergindo da douta maioria ao negar provimento ao Apelo do Ministério Público Militar para manter inalterada a Sentença, por entender que o licenciamento do militar gera a perda da condição de prosseguibilidade, pelas razões que passo a expor.

2. O réu foi licenciado das fileiras do Exército a partir de 20/2/2015 (fl. 137), mesmo estando respondendo a processo judicial pela prática do crime de deserção. Diante disso, o Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 11ª CJM para o Exército, por unanimidade de votos, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, por falta de condição de prosseguibilidade, determinando o arquivamento do feito.

3. Como é do conhecimento desta Corte, tenho entendido que a reinclusão e a permanência do desertor no Serviço Ativo de sua respectiva Força são condições de procedibilidade da ação penal militar, sem as quais não há possibilidade jurídica de ser dado prosseguimento ao feito, ainda que em fase recursal.

4. A desincorporação do militar suprime, de forma incontestada, uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade do civil para a causa e para o pro-

cesso, dando causa à ausência da condição de procedibilidade do recurso interposto, até porque a legitimidade da parte é pressuposto subjetivo para admissibilidade do recurso.

5. É cediço que a condição de militar é requisito essencial ao prosseguimento de ação penal pelo crime previsto no art. 187 do CPM. Diante disso, o licenciamento do Apelado do serviço ativo afetou sua legitimidade para figurar no polo passivo da presente lide.

6. Demais disso, adoto, ainda, como razão de decidir os argumentos apresentados no voto vencido da lavra do eminente Ministro FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, proferido tanto nos presentes autos, como na Apelação nº 132-22.2014.7.11.0211, da qual transcrevo o trecho a seguir:

Não se pode perder de vista que, no crime de deserção, e somente nesse delito, associado à aplicação de sanção (punibilidade), a **lei exige** restabelecimento específico da ordem, a saber, o cumprimento integral do Serviço Militar (utilidade), seja o Inicial ou outras formas e fases, legalmente previstas, outrora interrompido com a prática delitiva.

Assim, havendo total impossibilidade de atender a esse propósito esculpido na legislação que rege o Serviço Militar entrelaçada com aquela de âmbito penal militar, em face da exclusão da Força Armada, por licenciamento, daquele que cometera a deserção, impossível será atender ao escopo legal de proteção ao bem jurídico tutelado na espécie.

(...)

Dessa forma, apresenta-se apropriada, no meu entender, a solução pela absolvição do acusado por atipicidade de sua conduta, pois como pode o Estado considerar atingido o bem jurídico tutelado, a partir da tipificação estabelecida no art. 187 do CPM, se KENNEDY possui documentação comprobatória, expedido pelo próprio Estado (Administração Militar), a qual certifica encontrar-se satisfeita sua obrigação relativa ao Dever e ao Serviço Militares.

Para além, cabe esclarecer que os fundamentos aqui trazidos para a absolvição diferem daqueles em que se encontra calcada a tese defensiva apresentada nas razões recursais.

7. Aliás, esse entendimento tem sido chancelado pelo nosso Pretório Excelso, aplicando-se, inclusive, durante a execução da pena, de acordo com os julgados assim ementados, *in litteris*:

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. (**Habeas Corpus** nº 108197, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, publicado em 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. (**Habeas Corpus** nº 90838, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008 e publicado em 22/5/2009).

8. Portanto, vê-se que a Primeira e a Segunda Turmas do Eg. Supremo Tribunal Federal já cuidaram da matéria.

9. Conclui-se, a partir dessas considerações, que era o caso de negar provimento ao presente apelo ministerial, mantendo-se a r. Sentença vergastada, em virtude da ausência da condição de procedibilidade da ação penal.

Por essas razões, votei vencido pois negava provimento ao Apelo do Ministério Público Militar para manter inalterada a Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Superior Tribunal Militar, 1º de outubro de 2015.

Dr. José Coêlho Ferreira  
Ministro do STM

## DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO  
Apelação Nº 149-58.2014.7.11.0211-DF

Divergi da maioria de meus eminentes pares por considerar acertada a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército (CPJEx) da 2ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), pois também entendo que o licenciamento do acusado acarreta a perda da condição de “prossequibilidade”, com a consequente extinção da Ação Penal Militar (APM), nos termos propostos.

Nesse contexto, apresento algumas considerações que me levaram a concordar com a manutenção do *Decisum* atacado.

## I – O CASO CONCRETO

O réu, praça sem estabilidade, ausentou-se de sua unidade militar – 41º Batalhão de Infantaria Motorizado –, sem licença da autoridade competente, desde 9.9.2014, permanecendo ausente por mais de 8 (oito) dias, tendo consumado a deserção em 19.9.2014, conforme registrou o Termo de Deserção (fls. 12 e 76).

Sua apresentação voluntária ocorreu em 24.9.2014 (fl. 29), momento em que foi submetido à Inspeção de Saúde (IS) (fl. 21) e considerado “apto para o serviço militar”, o que resultou em sua reinclusão ao serviço ativo (fl. 66).

Diante disso, foi denunciado como incurso no crime de deserção.

Embora submetido a processo judicial, o réu foi licenciado (fls. 137). Por essa razão, o CPJEx da 2ª Auditoria da 11ª CJM, por unanimidade, decidiu julgar extinto o processo sem resolução do mérito – falta de condição de “prosseguibilidade” –, determinando, em consequência, o arquivamento dos autos (fls. 157/162).

Irresignado, o Ministério Público Militar (MPM) interpôs apelo (fl. 168). Em suas razões, ponderou a inexistência de óbice para o prosseguimento da APM, sustentando sua pretensão em recentes julgados desta Corte, que modificou o seu posicionamento anterior pela extinção do processo. (fls. 172/179).

Em contrarrazões, a DPU pugnou pela manutenção da Sentença (fls. 183/191).

A PGJM manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 203/206).

Nesse passo, ocorrendo o licenciamento do réu durante a tramitação da APM pelo crime de deserção, veio à tona a discussão sobre o reconhecimento da falta de condição de “prosseguibilidade”.

Os fundamentos em que me apoiei (corrente vencida) estão focados no caso concreto, na história do tema, na tutela da Defesa e da Mobilização nacionais, na legislação e na jurisprudência, incluída a consolidada do STF.

## II – HISTÓRICO SOBRE A CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE

*Ab initio*, faz-se necessário proceder breve histórico sobre a condição de “prosseguibilidade”.

Nesse sentido, registro que a transcrição das normas pertinentes será realizada no item “LEGISLAÇÃO”. No entanto, cabe posicionar as leis e demais normas conforme o direito temporal, apenas para contribuir quanto à compreensão histórica da condição de “prosseguibilidade”.

A Lei do Serviço Militar (LSM) nº 4.375, de 17.8.1964; o Regulamento da LSM (RLSM) nº 57.654, de 20.1.1966; o Código Penal Militar (CPM) e o Código de Processo Penal Militar (CPPM), respectivamente, Decretos Lei nº 1.001 e 1.002, ambos de 21.10.1969; o Estatuto dos Militares - Lei nº 6.880,

de 28.8.1979; a Constituição Federal/1988; a Lei nº 8.239, de 4.10.1991 – *que dispõe sobre a prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório* –; e a Lei nº 8.457, de 4.9.1992 – *que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares* – compõem, dentre outros diplomas, o arcabouço legal sobre o assunto.

Além disso, o Decreto-Lei nº 1.003, de 2.10.1969, era a Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM), no qual havia a previsão dos Conselhos de Justiça da Unidade (CJU), com a seguinte competência:

Art. 13. Os Conselhos de Justiça têm as seguintes categorias:

a) Conselho Especial de Justiça, para processar e julgar oficiais, exceto oficiais gerais;

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 deste artigo;

**c) Conselho de Justiça nos corpos, formações e estabelecimentos do Exército, para o julgamento de deserção de praças e de insubmissos.** (grifei).

Durante a existência do CJU, os julgamentos de praças pelo crime de deserção, delito de mera conduta, limitavam-se ao prazo de 60 (sessenta) dias, com base no art. 453 do CPPM. Com isso, a prisão provisória do acusado não sofria questionamentos judiciais.

Contudo, a Lei nº 8.236, de 20.9.1991 – *que alterou disposições do CPPM e da LOJM* – suprimiu a previsão relativa ao CJU:

Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juizes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juizes, ou de maior antigüidade, no caso de igualdade;

b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

Nesse sentido, verifica-se que hoje a temática, quanto aos crimes de deserção, tomou proporções indesejadas, fruto da falta de celeridade da primeira instância para julgá-los, bem como haver agentes em liberdade durante a APM e imunes em relação à prisão cautelar prevista no art. 453 do CPPM:

Art. 453. **O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias**, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, **será posto em liberdade**, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991) (grifei).

À extinção dos CJU, seguiram-se problemas até hoje vivenciados. Desde então, o prazo de 60 (sessenta) dias, em regra, não é cumprido; as prisões, por vezes, são revogadas antes desse período; e os agentes, nesse contexto, passaram a cometer deserções sucessivas sem haver o julgamento relativo ao primeiro delito.

Diante dessa situação, o STM, para resolver a questão, editou em 1997 a Súmula nº 12, com a seguinte redação:

A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo. (DJ 1 Nº 18, de 27.01.97).

Referências:

Apelação nº 47.495-7/RJ	(Sessão de 16.05.95)
Apelação nº 47.424-4/RJ	(Sessão de 16.05.95)
<i>Habeas-corpus</i> nº 32.966-8/PR	(Sessão de 24.02.94)
<i>Habeas-corpus</i> nº 33.069-0/RJ	(Sessão de 07.02.95)
<i>Habeas-corpus</i> nº 33.129-8/RJ	(Sessão de 19.09.95)
Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ	(Sessão de 20.04.95)
Arts. 457 e 500, IV, do CPPM	

Saliente-se que, à luz da consolidada jurisprudência do STF, a “condição de procedibilidade” é aquela exigida para o recebimento da denúncia e a de “prosseguibilidade” para todo o processo, incluída a execução de pena.

Embora o texto da Súmula devesse prever a expressão “condição de prosseguibilidade”, e não apenas a de “procedibilidade”, ver-se-á, a partir das decisões referentes à Súmula 12 do STM e da jurisprudência do STF, que a intenção foi abrangente.

Ademais, se o *status* de militar é condição de “procedibilidade” para a *persecutio criminis*, não apenas pela leitura da referida Súmula – a qual, como dito, poderia ter melhor redação –, mas também por lógica, inclui-se todo o processo, inclusive a fase de execução.

Em 2012, a DPU propôs a Ação Civil Pública (ACP) nº **18725-37.2012.4.01.3400/DF**, pleiteando que as Forças Armadas não retivessem os militares desertores na ativa – ainda que ultrapassado o período de 1 (um) ano do Serviço Militar –, a qual foi julgada, em 26.11.2014, por unanimidade, improcedente pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1).

O STF, já em 2010, em sede do HC nº 103.254, considerando às razões expostas, e acolhendo, ainda, o Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR), deferiu o pleito e proferiu ordem para determinar a extinção definitiva da APM nº 2007.25950-6, em tramitação perante a Vara da Auditoria da Justiça Militar Estadual da comarca de Curitiba/PR, a qual servira de base àquela ACP.

Nessa Decisão, o STF julgou em 23.3.2010 (DJe 12.4.2010) o RHC nº 24.607/PR, da Sexta Turma do STJ, tendo como autoridade coatora o Relator Exmo. Ministro Dr. Og Fernandes, que serviu, equivocadamente, de referência jurisprudencial à propositura da ACP 18725-37.2012.4.01.3400/DF e a tantas outras em trâmite na Justiça Federal Comum.

Nesse ângulo, decaíram a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF e a Decisão do STJ em sede do RHC nº 24.607/PR, sendo relevante consignar que esta última foi colacionada àquela, como cerne de sua base argumentativa.

Outra demanda semelhante está em trâmite. Trata-se da ACP nº **18827-82.2014.403.6100/SP** (com pedido semelhante ao da ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400/DF), na qual foi negado, pelo TRF 3, em sede de Agravo, o pedido de antecipação de tutela formulado pela DPU.

Os julgados do STF sobre o tema, até hoje, sempre confirmaram a exigência do *status* de militar para a prosseguibilidade do processo, aí incluído o julgamento e a execução da pena relativa a agentes desertores.

Portanto, desde 1997 e até pouco tempo atrás, nitidamente o STM exigia, como condição de “prosseguibilidade”, que o agente estivesse na ativa de sua Força Armada para o processo e o julgamento pelo crime de deserção.

No item “JURISPRUDÊNCIA”, as decisões acima referidas serão novamente analisadas.

Esses fatos bifurcam-se neste Tribunal, formando **duas correntes**, ambas na senda de evitar a impunidade provocada pelas deserções múltiplas, mas apenas a vencida exige a presença da “utilidade” de eventual condenação.

### III – A TUTELA DA DEFESA E DA MOBILIZAÇÃO NACIONAIS

Indo além deste caso concreto, aproveita-se para afirmar que a APM, no caso de trãnsfuga – foragido durante a sua tramitação –, deve ser sobrestada. Por sua vez, diante do licenciamento das fileiras de sua Força Armada ou se diagnosticada, em inspeção de saúde, incapacidade temporária ou definitiva para o Serviço Militar, a ação deve ser trancada e arquivada.

Significa dizer, a APM, nos referidos casos, carece da condição de “prosseguibilidade”. Registre-se que a motivação para isso não reflete apenas a tradição jurisprudencial sobre o tema, até hoje vigente no STM e no STF, mas também, como se verá adiante, encontra respaldo lógico e legal.

Apreciando com profundidade esse contexto, aspectos jurídicos emolduram no sentido de encorpar a corrente tradicional, a qual se alinha à jurisprudência consolidada no STF.

### **Do licenciamento do acusado.**

Para a corrente vencedora, embora o agente tenha sido licenciado – estando com seu Certificado de Reservista, documento que atesta que o Serviço Militar foi cumprido, possibilitando sua eventual mobilização –, ainda assim a condenação teria lugar.

A recente corrente vencedora pauta no sentido de que, mesmo estando preservado o bem jurídico tutelado, o civil licenciado deveria ser condenado. A despeito desse entendimento, estando preservado o bem jurídico tutelado (o dever e o cumprimento do Serviço Militar), o Estado não poderá mais condená-lo por tal crime.

Isso porque, repita-se, o processo de deserção apenas faz sentido se estiver pendente o dever e o cumprimento do Serviço Militar da praça sem estabilidade. Se a Administração Militar ou mesmo a Justiça Federal Comum, em nome do Estado uno, decidiram que o réu cumpriu integralmente com o seu dever, a persecução penal, esteja baseada numa prevenção especial ou geral, perde o seu escopo.

Lembre-se de que o réu civil, sendo licenciado apto para o Serviço Militar, recebe o Certificado de Reservista, como prova de seu dever constitucional cumprido, podendo ser mobilizado tão logo acionado. A finalidade do Serviço Militar obrigatório é possibilitar a formação da Reserva Mobilizável, com respaldo no art. 143 da CF/1988 e na Lei nº 8.239/91. Se o interesse público cobrado pela Lei Penal Militar está presente, ou seja, ausente a lesão ao bem jurídico tutelado, naturalmente que falta tipicidade material, e o agente nada deve ao Estado.

O Estado, ao conferir ao réu o referido Certificado de Reservista, reconhece que a utilidade (compelir os militares ao cumprimento do Serviço Militar) de eventual instauração de processo e de julgamento de desertores está antecipadamente descartada, em especial pela sua presunção de legitimidade. Se a Administração declara, mediante o Certificado, que o dever constitucional foi cumprido, a justa causa para a APM está ausente, ante a falta de condição de prosseguibilidade, devendo ser trancada ou extinta, sem o exame do mérito.

Noutras palavras, se a Administração Militar erra ao licenciar os réus submetidos a processo de deserção, declarando-os aptos e que bem cumpriram o Serviço Militar, a quebra de presunção de legitimidade desses certificados apenas seria possível mediante a tempestiva anulação do ato de exclusão do serviço ativo.

Além disso, aduz-se, como óbice, a ocorrência de precipitados e indevidos licenciamentos de agentes, a partir de consultas de juízes-audidores junto a comandantes inexperientes, os quais não apresentam interesse em manter na ativa o “militar-problema”. Esquecem-se essas autoridades de que a Lei tutela o Serviço Militar, sendo extremamente questionável o ato de o comandante licenciar o agente, pois está despido de qualquer suporte legal, desnaturando bem indisponível. Ademais, esses expedientes não são decisões judiciais, faltando-lhes o requisito da obrigatoriedade e da eficácia para embasar o licenciamento do agente, em tese, ainda em débito para com o Serviço Militar.

Eventuais condenações de réu à revelia (trânsfuga ou licenciado) por deserção ou mesmo daquele, embora presente durante a APM, que já integrou a sua obrigação (licenciado) e, ainda, de civil considerado incapaz para o Serviço Militar, não induzem qualquer resultado útil ao Estado.

Observam-se juízes-audidores e comandantes acordando sobre o licenciamento de réus, sem considerar, no cômputo do tempo do Serviço Militar, o seguinte dispositivo do Estatuto dos Militares:

Art. 137. Anos de serviço é a expressão que designa o **tempo de efetivo serviço** a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos: (...)

§ 4º **Não é computável para efeito algum** (...)

c) **passado como desertor**; (...)

e) **decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena** (...). (grifei).

A conclusão acima reside no fato de que o processo de deserção apenas faz sentido se estiverem pendentes o dever e o cumprimento do Serviço Militar. Se a Administração Militar, como maior interessada na preparação daqueles que integrarão a reserva mobilizável, institucionalmente representando o Estado nesse mister, efetua o licenciamento de militar das fileiras da Força (seja qual for a motivação exposta), produz situação intransponível, apenas no tocante à deserção, para a persecução penal.

Reforço que o Estado é uno e deve tomar medidas coerentes. Nesse prisma, inadequado conceder o licenciamento por uma via e, por outra, dar prosseguimento à APM na qual se pretende infligir sanção a agente de deserção outrora cometida.

Oportuno 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 de tais certificados. Assim, a documentação comprobatória da situação militar, na forma do art. 75 da LSM e do art. 209 do RLSM, compatibilizando cada caso concreto,

dará ensejo à expedição do correspondente Certificado de Isenção do Serviço Militar, de Dispensa de Incorporação, de Reservista de 1ª ou de 2ª categoria.

Nesse aspecto, a previsão do crime de deserção busca compelir o agente a integralizar a sua obrigação em relação ao mandamento constitucional, previsto no art. 143 da CF/1988. Se o agente recebeu o seu certificado, então está física e moralmente apto a compor a Mobilização. Isso posto, carece de sentido tomar energias do Estado se o bem jurídico, inicialmente tido como ofendido, na verdade não sofreu ataques, ou seja, inexistiu tipicidade material.

### **Da inspeção de saúde.**

Observe-se que um civil ou militar, respondendo por vários processos de deserção, acaso seja considerado incapaz definitivamente, ficará isento de todos os anteriormente instaurados, mesmo que não esteja acobertado pelo art. 48 do CPM:

Art. 48. Não é imputável quem, no momento da ação ou da omissão, não possui a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acôrdo com êsse entendimento, em virtude de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Segundo a atual corrente vencedora, pelo tempo do crime (quando era militar da ativa e apto para o Serviço Militar) ele não seria absolvido. Entretanto, justamente pela ausência de sua utilidade para o Serviço Militar que o Estado o isenta do processo, conforme o art. 427, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do CPPM:

Art. 457. Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

#### Inspeção de saúde

§ 1º O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

**§ 2º A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar.** (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

§ 3º Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao **procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia**, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

§ 4º Recebida a denúncia, determinará o Juiz-Auditor a citação do acusado, realizando-se em dia e hora previamente designados, perante o Conselho Permanente de Justiça, o interrogatório do acusado, ouvindo-se, na ocasião, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. A defesa poderá oferecer prova documental e requerer a inquirição de testemunhas, até o número de três, que serão arroladas dentro do prazo de três dias e ouvidas dentro de cinco dias, prorrogáveis até o dobro pelo conselho, ouvido o Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991) (grifei).

Assim, a atual corrente vencedora entende que se deva processar e julgar o agente que, após a sua reinclusão, venha a ser considerado temporária ou definitivamente incapaz para o Serviço Militar.

Isso ocorre quando está sob julgamento a primeira deserção, tendo sido o agente reincluído. Considerado, em inspeção de saúde, apto para o Serviço Militar, efetiva-se a reinclusão, retornando à ativa. Durante o feito, é excluído novamente ao cometer uma segunda deserção e, quando capturado, em outro momento adiante, é considerado incapaz em inspeção de saúde, visando à sua nova reinclusão.

Para a corrente vencida, ambos os processos são extintos, porque, independentemente do momento em que ocorreu essa incapacidade, o agente não será mais útil para o Serviço Militar. Note-se que, para a primeira deserção, essa incapacidade retira a utilidade do processo para a complementação do Serviço Militar. Para a segunda, como nem foi reincluído, além da falta de utilidade, há isenção específica prevista no art. 457, § 2º, do CPPM.

Assim, no contexto de apenas uma deserção, se o agente é reincluído (apto e militar) e, mais à frente, durante o processo, restou considerado incapaz definitivamente para o Serviço Militar, dar-se-á a perda da utilidade do feito na via de tutelar o bem jurídico, sendo excluído do serviço ativo. Nesses termos, essa incapacidade não é a prevista no art. 457, § 2º, do CPPM, realizada imediatamente após a captura ou a apresentação voluntária e que trata da isenção do processo.

A incapacidade que isenta do processo está exatamente prevista no art. 457, § 2º, do CPPM, em momento muito bem definido, sendo este o da potencial reinclusão do agente desertor. Portanto, a incapacidade adquirida durante o processo não pode ter por fundamento esse dispositivo. Nessa óptica, qual seria a base legal a ser atraída? Na verdade, nesses casos, a explicação volta a ser a mesma, ou seja, a perda da utilidade do processo. O Estado deve incentivar esse incapaz a compor outros setores da mobilização, pois nenhum propósito haverá em compeli-lo à conclusão de um Serviço Militar que não poderá mais cumprir.

Se a condição de militar da ativa (reincluído) fosse necessária apenas para o recebimento da denúncia, então da mesma forma o seria a aptidão do acusado. Inexiste qualquer respaldo para se aplicar diversamente esses dois requisitos legais (aptidão e reinclusão).

A atual corrente vencedora, quando trata da falta da condição de militar da ativa, estabelece o prosseguimento do processo, ainda que o agente civil seja incapaz definitivamente para serviço ativo. Nesse rumo, a atual corrente vencedora, em 11.6.2015, no julgamento da Apelação nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, processou e julgou agente incapaz definitivamente para o Serviço do Exército.

Na forma da atual corrente vencedora, sendo o agente capaz e militar da ativa ao tempo do crime e também no recebimento da denúncia, a perda posterior de quaisquer dessas condições (incapaz e civil) não representa óbice para o prosseguimento do processo.

Diferentemente, para a corrente vencida, e inclusive para o STF, quando o agente, praça sem estabilidade, adquire incapacidade para o serviço ativo durante o andamento do processo, a solução é a mesma dada para o licenciado e para o réu civil trânsfuga (sobrestamento), ou seja, não prosseguir o feito.

Assim como a perda da condição de militar da ativa, superveniente ao recebimento da denúncia, justifica a falta de condição de prosseguibilidade, a incapacidade do agente, detectada em outra inspeção de saúde e após a aptidão quando de sua reinclusão, arrasta o processo também à extinção.

Observe-se que a incapacidade superveniente, após o recebimento da exordial acusatória, iguala-se, quanto à classificação de falta de condição de prosseguibilidade, com as situações de civil licenciado (extinção do processo) ou de civil trânsfuga (sobrestamento do feito).

O art. 457, § 2º, do CPPM trata da avaliação de saúde por ocasião da reinclusão do agente, sem nenhuma serventia para, legalmente, respaldar eventual incapacidade superveniente ao recebimento da denúncia, ou seja, verificada após a instauração do processo.

Diante disso, deve-se detectar que há: civil considerado incapaz no momento das medidas administrativas dirigidas à potencial reinclusão, quando é isento do processo – art. 457, § 2º, do CPPM; militar incapaz durante o andamento do feito; e civil licenciado que apresenta a sua incapacidade antes ou depois de seu julgamento. O que prende todos esses casos à mesma solução é o fato de inexistir utilidade nesses processos, pois nada adiantará ao Estado compeli-los a integralizar um Serviço Militar impossível de ser cumprido. Não se pode dizer que todos esses agentes tornam-se isentos do processo com base no art. 457, § 2º, do CPPM, pois esse dispositivo embasa tão somente a incapacidade adquirida no momento da reinclusão, não abrangendo aquelas situações diagnosticadas durante o andamento do feito.

Qual seria a justificativa para diferenciar o inapto por ocasião do recebimento da denúncia, sendo este isento do processo, daquele que se torna incapaz durante o processo? O fato de ter previsão expressa para o primeiro no art. 457, § 2º, do CPPM, não explica tratá-los, sob a óptica do tempo do crime, de forma diversa. Logo, os incapazes para o Serviço Militar, na reinclusão, se igualam aos assim diagnosticados em qualquer outro momento processual. Na verdade, isso será explicado pela ausência de utilidade para o Serviço Militar, seja qual for o momento em que a incapacidade tenha sido adquirida.

O civil incapaz no momento da reinclusão será isento do processo – art. 457, § 2º, do CPPM. Por sua vez, o militar incapaz durante o andamento do feito e o civil licenciado que apresenta a sua incapacidade antes ou depois de seu julgamento não podem ser regidos pela “sorte penal”. No CPPM, como se verá no item “LEGISLAÇÃO”, há solução apenas para a primeira hipótese. A segunda e a terceira são regidas pelo Estatuto dos Militares, pela LSM e pelo RLSM. Fosse apenas pelos dogmas associados ao tempo do crime, sendo aptos e da ativa quando da prática da deserção, esses acusados poderiam ser processados e julgados, mesmo estando nas referidas situações.

Essa situação denota bem o princípio da utilidade no crime de deserção, pois, mesmo que o agente ao tempo do crime e do recebimento da denúncia seja da ativa e capaz, a incapacidade superveniente do militar, durante o processo, ou mesmo o licenciamento do civil, retira a utilidade e o aproveitamento para o Serviço Militar e à Reserva Mobilizável.

A título de exemplo, em casos de deserções sucessivas, quando a 1ª, 2ª, 3ª e 4ª estiverem muito próximas, ocorreria, na visão proposta pela atual corrente vencedora, incongruência se nas três primeiras fosse o agente (apto em inspeção de saúde) processado e julgado e apenas na 4ª (incapaz definitivamente para o Serviço Militar) isento do processo. Embora tenha sido considerado incapaz no quarto processo, os três primeiros prosseguiriam? Vale dizer, nesse quarto processo, seria isento, enquanto nos três primeiros, ainda em cur-

so, poderia ser condenado, embora incapaz na inspeção de saúde da 4ª deserção? A corrente hoje vencedora, em 4.4.2013, no julgamento da Apelação nº 32-46.2010.7.03.0303/RS, entendeu que os três primeiros processos deveriam prosseguir, mesmo sendo incapaz o agente civil.

Na visão da corrente vencida, faltaria a utilidade dos três primeiros processos, pois nenhum deles poderia ter como base a isenção prevista no art. 457, § 2º, do CPPM, dispositivo este apenas relativo ao 4º processo.

Ora quando houver incapacidade do agente, essa não se limita ao procedimento em curso, pois redunda efeitos para o Serviço Militar, este visto como bem indivisível. Por essa razão, o acusado fica isento de todos os processos, os quais podem ser vários e divisíveis, enquanto o Serviço Militar é único e indivisível. Nesses termos, se houver isenção para um ou alguns processos, todos serão atingidos, porque não se poderá retomar o Serviço Militar, independentemente de o agente, ao tempo do crime das deserções anteriores, tiver sido considerado apto.

No trato entre oficiais e praças sem estabilidade desertores, não se poderia criar desproporção, pois aqueles nunca são julgados à revelia. A Denúncia contra o oficial é recebida, aguardando-se a sua captura ou apresentação – art. 454, §§ 2º e 4º, do CPPM (alterado pela Lei nº 8.236/91, que revogou, tacitamente, segmentos do art. 128 do Estatuto dos Militares/1980).

O oficial e as praças com estabilidade são agregados, não deixando de serem militares mesmo enquanto foragidos. Não recebem remuneração durante a situação de trãnsfuga, mas são militares durante esse período, por isso a inspeção de saúde para eles não é exigida.

O Oficial e a praça com estabilidade, independentemente de suas capacidades laborais após a reversão, são processados e julgados, tanto assim que os arts. 456, § 4º, e 457, §§ 2º e 3º, ambos do CPPM, sequer exigem a inspeção de saúde para esse universo. Por sua vez, para a praça sem estabilidade, a exigência da inspeção de saúde, repise-se, está prevista no art. 457, §§ 1º e 2º, do CPPM.

A inspeção de saúde dos oficiais e de praças estáveis não interfere na condição de militar, por isso, quando apresentados ou capturados, ao invés de reincluídos, são revertidos. Sendo estáveis ou oficiais, as suas carreiras têm amplo conceito, englobando vários detalhes morais e funcionais, incluído, nesse rol, o respeito para com o Serviço Militar. Eventual deserção cometida por eles tem repercussão muito mais nociva do que em relação à praça sem estabilidade. Aliás, continuam sendo da ativa para que respondam pelos regulamentos disciplinares e por eventuais crimes militares cometidos nessa condição.

Nesses termos, não se admite que o Estado seja mais benevolente logo com quem tem responsabilidade imensamente maior – oficiais e praças com estabilidade.

Ressalta-se que, prevalecendo a atual corrente vencedora, até mesmo no contexto de única deserção praticada pelo agente (apto na sua reinclusão), sendo considerado incapaz após o recebimento da Denúncia (durante o processo) poderia, mesmo assim, ser condenado. Isso seria desconexo à luz do que foi explanado, em especial no tocante à utilidade dessa eventual decisão.

### **Condenação à revelia**

No tocante à revelia, processando e julgando um civil (ex-Sd), que cometeu apenas uma deserção, ele poderia ser condenado, sem o Estado saber de sua real situação de saúde no momento desse julgamento – se incapaz temporária, definitivamente ou apto –, algo de utilidade e de consistência questionáveis.

O assunto tem relevância, pois a atual corrente vencedora preconiza o processo e o julgamento do trânsfuga desertor, ou seja, do civil revel.

Como argumento, afirma que eventual incompatibilidade entre o julgamento à revelia e a incapacidade superveniente adquirida pelo agente, praça sem estabilidade, após o licenciamento (neste momento considerado apto), seria resolvida mediante Revisão Criminal; foca-se em prevenção geral e especial exagerada, sem justa causa.

Ora, fruto do erro judiciário suportado (condenar um incapaz), a condenação à revelia de réu civil teria o potencial até mesmo de ensejar pedidos de indenizações ao Estado. Isso porque teria sido condenado nas penas do art. 187 do CPM e, concomitantemente, em alguma fase do processo, desprezada eventual incapacidade temporária ou definitiva.

Muitos serão os equívocos que decorrerão dessa interpretação.

Suponha-se que desertores (um condenado à revelia e o outro após o seu licenciamento) apresentem inspeções de saúde (supervenientes ao ato de licenciamento ou de revelia), demonstrando a sua incapacidade para o Serviço Militar. Por que não deveríamos tratá-los do mesmo modo que o militar diagnosticado incapaz durante o processo ou o civil incapaz no momento de sua potencial reinclusão, esta prevista no art. 457, § 2º, do CPPM? Qual a justificativa para não se isentar a todos? Como dito, não se pode igualar a incapacidade superveniente à constatada no momento da potencial reinclusão – art. 457, § 2º, do CPPM, pois diferem no tempo. A superveniente não está prevista naquele dispositivo. Logo, vê-se que o princípio da utilidade é aplicado a todos esses casos, incluído o de revelia, sendo isentos do processo. Mas, para a atual corrente vencedora, como se verificou, por exemplo, nas Apelações nº 32-46.2010.7.03.0303/RS e Apelação nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, o incapaz civil deve ser processado e julgado, mesmo nessas condições.

A atual corrente vencedora, repise-se, em sede da Apelação nº 73-75.2014.7.07.0007/PE, sustentou que o civil, incapaz definitivamente para o Serviço Militar, deveria ser processado e julgado. Contudo, o próprio STF, desde 8.2.2000, manifesta-se de forma contrária à óptica da atual corrente vencedora, como se pode ver na Decisão seguinte:

**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. (HC nº 79.531-5/RJ Rel. Min. **MARCO AURÉLIO - COATOR**: SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, **8.2.2000**) (grifei).

Ora, se a atual corrente vencedora admite julgar e processar o civil por deserção, mesmo à revelia, então, por coerência, da mesma forma, assim se comportará diante dos crimes de insubmissão. Ou seja, se o civil (insubmisso) fosse incluído - art. 463, § 2º, do CPPM - e desertasse logo após, poderia, na visão da atual corrente vencedora, independentemente de ser condenado ou absolvido (deserção), ser processado e julgado, também à revelia por ambos os crimes, logo, também pela insubmissão.

Observe-se que o princípio da utilidade é aplicável também ao crime de insubmissão. Para ser processado e julgado pelo crime de insubmissão, o agente deve ser incluído e mantido como militar da ativa ao longo do processo, ou seja, ser aproveitável (verificar a presença da tipicidade material) para o Serviço Militar, não bastando ter praticado as elementares do tipo penal previsto no art. 183 do CPM (tipicidade formal).

### **Do sursis**

Adotada a atual corrente vencedora, sério impasse será criado no tocante à aplicação do *sursis* da pena. Os arts. 88, inciso II, alínea “a”, do CPM e 617, inciso II, alínea “a”, do CPPM expressamente vedam a suspensão condicional da pena nos crimes de deserção.

A jurisprudência do STM, ultimamente, tem admitido o *sursis*, mesmo diante das vedações acima, quando o agente é civil.

Esses dispositivos são constitucionais, conforme o entendimento do Pleno do STF que, em **22.5.2014**, assim se manifestou no julgamento do HC nº 119.567:

**EMENTA:** O Tribunal, **por maioria**, indeferiu o *habeas corpus* e **entendeu recebida pela Constituição de 1988 a alínea “a” do inciso II do art. 88 do Código Penal Militar e a alínea “a” do inciso II do art.**

**617 do Código Processo Penal Militar**, vencidos os Ministros Dias Toffoli (Relator), Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente). Cassada a liminar concedida. **Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso**. Falou pelo paciente o Dr. Antônio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal. Plenário, 22.05.2014. (grifei).

Nesse contexto, haverá réus civis por deserção cumprindo *sursis* na JMU e outros militares, por ainda estarem na ativa, até mesmo como engajados, cumprindo a pena de prisão. Observe-se que, na mesma OM e turma de incorporação, dois companheiros, um ainda soldado e outro licenciado, terão tratamentos totalmente diversos no tocante ao cumprimento da pena do crime “mais militar” da história castrense – a deserção.

Dessa forma, o condenado buscará, com maior ímpeto, o seu licenciamento antecipado junto à Justiça Federal Comum, isso no intuito de escapar do cumprimento de pena como militar da ativa, bem como da necessária integralização da formação castrense.

Sendo condenado ao final como civil, inexistirá efeito prático, pois crime propriamente militar não gera reincidência – art. 64, inciso II, do CP Comum. Não cumprirá pena em estabelecimento civil, podendo o Juízo de Execução aplicar os dispositivos da legislação processual penal comum, inclusive o *sursis*.

Deve-se alertar que, admitida a aplicação do *sursis* nos crimes de deserção, os dispositivos julgados constitucionais pelo STF poderão ser amortecidos no futuro, estendendo-se essa possibilidade para todos os demais tipos penais com vedação expressa (arts. 88, inciso II, alínea “a”, do CPM e 617, inciso II, alínea “a”, do CPPM) à concessão do referido benefício.

### **Das provas**

Outro problema atinente ao julgamento de deserções sucessivas diz respeito à apuração de provas. É frequente haver desertores que cometem nova deserção logo após a sua reinclusão e o recebimento da peça acusatória, retornando imediatamente à condição de civil.

A outra corrente tem afirmado que a reinclusão seria apenas para verificar se está “*acobertado por alguma causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, encontrar-se acometido de doença grave ou, mesmo, ter falecido*” (Apelação nº 25-46. 2012.7.01.0301/RJ – Declaração de Voto) ou “*tem por único objetivo oportunizar à Administração Militar verificar se aquele que foi considerado desertor (...) não tenha falecido*” (Apelação nº 32-46.2010.7.03.0303/RS – Declaração de Voto). Contudo, isso poderia ser realizado, mesmo não sendo reincluído, mediante diligências do encarregado pela IPD ou pelo Juízo competente.

Nesses casos, não seria prudente dar continuidade à APM contra o civil, mas, sim, sobrestá-la como o faz a corrente vencida, pois a utilidade de eventual condenação apenas poderia ser aferida depois de esclarecidos os motivos de ordem moral para a prática, em tese, do crime, bem como seria aferida de forma responsável a aptidão do agente para o Serviço Militar.

Aliás, para o Estado não interessa julgar sem antes embasar, detalhadamente, os fundamentos de sua decisão – art. 93, inciso IX, da CF/1988. Para se compelir ao cumprimento do Serviço Militar e à composição da Reserva, o decreto condenatório ou absolutório deve considerar a realidade moral e confirmar a aptidão do acusado para o Serviço Militar.

Conforme a situação, o Estado poderá, depois de ter condenado o acusado à revelia, concluir não apenas pela sua inaptidão (moral ou física) para o Serviço Militar, mas também torná-lo adverso a qualquer esforço nacional de Mobilização. Logo, o fiel da balança para sobrestar tais APM reside, além de conferir fidedignidade às decisões, na falta de utilidade de eventual condenação.

Mesmo diante de tantos argumentos, para a atual corrente vencedora, nenhum problema há em se condenar o civil à revelia por deserção.

### **O “tempo de serviço militar” do desertor**

Para a atual corrente vencedora, quando o desertor for capturado ou se apresentar voluntariamente, exige-se, para o processo e o julgamento, tão somente, e como condição de procedibilidade para o recebimento da denúncia, a reinclusão do agente (apto e militar da ativa).

Na óptica vencedora, quando o acusado, sem estabilidade, completar 1 (um) ano de serviço ativo, levanta-se, inevitavelmente, a possibilidade de ser licenciado por término do seu compromisso constitucional.

Entretanto, como se verá adiante, há relativo descompasso entre o cumprimento do SMI e a expressão “tempo de serviço militar” do desertor. Isso porque, se o próprio agente criminoso altera o seu programa de instrução, este será remodelado no tempo e no tocante aos meios, monitores e instrutores. Por exemplo, se o desertor estiver na condição de trãnsfuga por ocasião da instrução de tiro do canhão 90 mm de dotação de carro de combate, somente muito tempo depois essa onerosa aula/instrução poderá ser reestruturada, ministrada e recuperada, tudo devido à própria conduta delitativa do acusado.

Logo, o tempo regular de Serviço Militar Inicial, caso seja alterado pelo próprio agente, passa a não ser simplesmente de 12 (doze) meses corridos. Esse detalhe não difere da realidade de cursos acadêmicos das mais diversas faculdades. O aluno que se ausenta por um semestre deverá esperar toda a programação novamente para recuperar determinados pontos da matéria, e não pleitear na Justiça Federal Comum certificado de curso constando aulas não assistidas.

Quando o assunto é a Defesa e a Mobilização nacionais, o tema torna-se ainda mais sensível, exigindo toda técnica e cuidado, às vezes não observados por leigos no campo das ciências militares.

A demora em relação ao trânsito em julgado dos processos não pode ser resolvida à custa da desconstrução dos Sistemas de Serviço Militar e de Mobilização, muito bem idealizados pelo zeloso legislador de outrora e que foram encorpados pela CF/1988.

Notadamente, licenciamentos prematuros deixam em dúvida o nível de instrução alcançado pelo militar, pois, pelas circunstâncias, dificilmente teria atendido o mínimo padrão necessário.

Excepcionalidades surgem, por exemplo, nas hipóteses em que há cometimento de deserção no seu interregno. Sobre o tempo de Serviço Militar, os arts. 135 a 137 do Estatuto dos Militares (LO nº 6.880, de 1980) dispõem que:

Art. 135. Na apuração do tempo de serviço militar, será feita distinção entre:

- I - tempo de efetivo serviço; e
- II - anos de serviço.

Art. 136. Tempo de efetivo serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de ingresso e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento em consequência da exclusão do serviço ativo, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.

(...)

Art. 137. “Anos de serviço” é a expressão que designa o tempo de efetivo serviço a que se refere o artigo anterior, com os seguintes acréscimos:

(...)

§ 4º Não é computável para efeito algum, salvo para fins de indicação para a quota compulsória, o tempo:

(...)

c) passado como desertor;

(...)

e) decorrido em cumprimento de pena restritiva da liberdade, por sentença transitada em julgado, desde que não tenha sido concedida suspensão condicional de pena, quando, então, o tempo correspondente ao período da pena será computado apenas para fins de indicação para a quota compulsória e o que dele exceder, para todos os efeitos, caso as condições estipuladas na sentença não o impeçam. (grifos nossos).

Nesses moldes, o tempo de SMI não fica adstrito, peremptoriamente, ao lapso de 12 (doze) meses, sendo o prematuro licenciamento de réus desertores, ainda não prontos para compor a Defesa Nacional, carecedor de respaldo legal.

### **Do sobrestamento**

Adotando-se a atual corrente vencedora, 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 de mesma OM.

Sendo a deserção crime propriamente militar, diferindo dos demais por sua natureza, faz-se necessário, desde a instauração do processo, que o agente mantenha a condição de militar da ativa. A propósito, tal exigência não fica adstrita aos primórdios da APM, pois se estende a todo interregno do processo, bem como à eventual fase de execução de pena, detalhe este que o próprio STF ressalta.

Se o desertor (1ª deserção) for reincluído (apto e militar da ativa, portanto, satisfazendo as condições de procedibilidade – art. 457, § 2º, do CPPM), e logo após o recebimento da peça pórtrico (1ª deserção) praticar novo crime (2ª deserção), nenhuma prova será apurada. Nessa situação, não há outra solução senão sobrestar o processo.

A falta de condição de militar da ativa no crime de deserção, seja qual for o motivo, resulta em prejudicial à procedibilidade e à prossequibilidade da APM. A compreensão do tema, conforme acima exposto, coaduna-se com recentes posicionamentos deste Tribunal, *verbis*:

**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 prossequibilidade, até a captura ou apresentação voluntária do desertor.** Preliminar de sobrestamento acolhida. Decisão majoritária. (STM. Apelação nº 55-96.2011.7.09.0009/MS. Ministro-Revisor e Relator para o acórdão Dr. José Coêlho Ferreira. Julg.: 22.3.2012. Public.: DJe de 30.4.2012). (grifei).

**EMENTA:** Correição Parcial - Impossibilidade de colocação em pauta de processo de desertor foragido. Permanência dos autos em cartório até a captura ou apresentação voluntária. I- Preliminar de não conhecimento do pedido de Correição Parcial rejeitada por decisão majoritária. II- No mérito: a) **Decisão do Conselho Permanente de Justiça que coloca em pauta processo de deserção suspenso por nova deserção constituiu *error in procedendo*, uma vez que os autos devem permanecer em cartório até a captura ou apresentação voluntária do desertor.** b) Constitui *error in procedendo* a aplicação da regra geral da prescrição do art. 125 do CPM quando o desertor está foragido, sendo o cânon aplicado o do art. 132 do mesmo Diploma Legal. c) Pedido Correicional conhecido e deferido para desconstituir-se a Decisão questionada, determinando-se o retorno dos autos à Auditoria de origem para aguardarem a captura ou a apresentação voluntária do desertor. III- Decisão unânime. (STM. Correição Parcial Nº 1-91.1990.7.05. 0005/PR. Relator Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Julg.: 2.12.2011. Public.: DJe de 15.2.2012). (grifei).

**EMENTA:** Correição Parcial. É prescindível a presença do advogado para sustentar todo requerimento por escrito por ele protocolado diante do Conselho, sendo lícito, desde que fundamentado 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 licenciamento da Força, mas sujeita-o à prisão e a processo por deserção, tudo em conformidade com a norma constitucional vigente. **Estando em curso o processo de deserção e incorrendo o militar em nova ausência delituosa, o feito ficará suspenso até que o acusado venha a ser reincluído.** Precedentes. Indeferida a Correição Parcial. Unânime. (STM. Correição Parcial nº 182-64.2011.7. 08.0008/PA. Relator Ministro Alte Esq Marcos Martins Torres. Julg.: 24.4.2012. Public.: DJe de 18.5.2012). (grifei).

No processo penal relativo ao delito de deserção, diferentemente dos demais ilícitos propriamente militares, há finalidade implícita que se traduz em utilidade para o Serviço Militar, bem jurídico tutelado na hipótese. Nesse caso, o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral representada pela condenação do desertor.

Nos demais crimes propriamente militares (por exemplo, o art. 195 do CPM – *abandono de posto*), o acusado, ao tempo em que responde à APM, participa, normalmente, da instrução castrense. Não sendo desertor, inexistente período de trânsito. Logo, o agente continuará em sua OM e conforme a normal programação do SMI, sem prejuízos significativos ao seu integral cumprimento.

Ao chegar ao final do SMI, não se tratando de crime de deserção, será excluído do serviço ativo e incluído na Reserva, pois terá integralizado todas as

etapas de instrução, porém continuará respondendo, na condição de civil, ao processo instaurado pelo crime propriamente militar.

No caso de deserção, pretende-se com o processo, transitado em julgado e sentença executada, que o agente, sem estabilidade, retorne à atividade de ensino militar obrigatório e permaneça funcionalmente nas Forças Armadas para obter, conforme a programação do SMI, a peculiar instrução castrense e a qualificação compatível aos misteres das Armas, assegurando a sua inclusão na Reserva Mobilizável.

Portanto, a questão imbrica-se com a formação de uma reserva mobilizável das Forças Armadas. De cada integrante da Força exige-se, individualmente, qualificação satisfatória e compromisso pessoal em relação à nação brasileira e aos seus mais caros valores de patriotismo.

Nesse contexto, para se condenar o acusado pelo crime de deserção, é necessário conhecer os exatos motivos de ordem física e moral de sua conduta, algo somente possível se mantida a sua condição de militar da ativa durante todo o processo.

Como dito, se há uma segunda deserção, logo após a reinclusão, a junta de provas restará muito prejudicada. Durante a ausência do acusado civil, não se teria qualquer certeza sobre a sua aptidão de saúde para o Serviço Militar.

Durante o sobrestamento, por exemplo, o desertor pode estar fisicamente deficiente, como pela perda de um membro. Adotada a tese da atual corrente vencedora, o acusado civil estaria sendo condenado por deserção, sem qualquer utilidade para o Sistema de Mobilização, tipo penal que tem a finalidade de compelir apenas os agentes aproveitáveis ao cumprimento do Serviço Militar.

Aliás, nas situações graves de Mobilização, estando o agente incapaz, melhor é concitá-lo ao esforço de guerra, em outro setor da zona de interior, do que condená-lo sem nenhuma finalidade, em nítido desincentivo no tocante à Mobilização.

Note-se que a prescrição incidente em deserções anteriores, foco de preocupação para quem se debruça na impunidade, é, em suma, responsabilidade do Estado, o qual não pode recuperar sua omissão condenando acusados civis à revelia, podendo, até mesmo, estarem incapazes para o Serviço Militar. Ao Estado (mediante urbanização das cidades, inclusão social e inteligência policial) impõem-se as providências para encontrar os criminosos e vencer os prazos prescricionais.

Para o Estado, na busca do cumprimento do Serviço Militar, lhe interessa a condenação de desertores, mas isso apenas em segundo plano. Isso ocorre porque a principal finalidade da tipificação do crime de deserção é reprimir a sua prática numa prevenção geral e especial, mas, também, fazer cumprir a finalidade do SMI – formar as reservas mobilizáveis para as Forças Armadas.

Se algumas das deserções sucessivas praticadas pelo agente civil correm o risco de prescrever, melhor do que criar tese para condená-lo à revelia seria focar no último processo e, após a sua captura ou apresentação, recuperá-lo física, técnica e moralmente para ser mobilizável em eventuais necessidades do Estado, seja em tempo de paz ou de guerra. Frise-se, numa sequência de deserções, mais importante do que a condenação por todas, embora isso seja indisponível e devido, é manter o foco no adestramento e na recuperação do militar ainda capaz de voltar restabelecido às Forças Armadas.

No campo da deserção, o legislador, entre pesos e medidas, fez prevalecer a condição de prosseguibilidade, com base na falta de utilidade de eventual condenação à revelia do civil trânsfuga, devendo, nessas hipóteses, ser sobrestado o feito.

#### IV – A LEGISLAÇÃO

No tocante à legislação, por questão de ordem e ao contrário do argumentado em Plenário pela corrente vencedora, ressalta-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – *Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010* – não estabelece qualquer valorização, prevalência ou diferença entre leis penais, processuais penais ou administrativas, tampouco se utiliza dessa nomenclatura. Enfim, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Constituição Federal/1988, no seu art. 59, prevê como leis tão somente as complementares (LC), as ordinárias (LO) e as delegadas (LD).

Da mesma forma, não cabe dizer que as LO, referentes à LSM e ao Estatuto dos Militares, dizem respeito a outro ordenamento jurídico. Todas (LSM, E-1, CPM, CPPM e LOJM etc.) integram o ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, a LSM, o Estatuto de Militares, o CPM e o CPPM, por exemplo, são LO recepcionadas pelo CF/1988. Assim, não há que falar em prevalência do CPM e do CPPM sobre as demais LO, devendo interpretá-las, conforme a LINDB, de forma sistêmica. Nessa hermenêutica, ressalta-se que pode haver dispositivos revogados tácita ou expressamente, valendo, no tocante ao direito temporal e para dirimir dúvida, a aplicação da LINDB.

Mesmo analisando texto específico de uma determinada LO, deve-se considerar que há dispositivos genéricos e outros especiais, e estes poderão afastar a aplicação daqueles. Nesses aspectos, transcreve-se trecho pertinente da LINDB – Lei nº 12.376/2010:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

(...)

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

**§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.**

**§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.**

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (grifei).

Por exemplo, o art. 31, § 3º, da LSM determina a expulsão por condenação irrecoorrível resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso, mas, no tocante à deserção, há outros dispositivos especiais que afastam essa norma genérica:

Art. 31. O serviço ativo das Fôrças Armadas será interrompido:

- a) pela anulação da incorporação;
- b) pela desincorporação;
- c) pela expulsão;
- d) pela deserção.

§ 1º A anulação da incorporação ocorrerá em qualquer época, nos casos em que tenham sido verificadas irregularidades no recrutamento, inclusive relacionados com a seleção em condições fixadas na regulamentação da presente Lei.

§ 2º A desincorporação ocorrerá:

a) por moléstia em consequência 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 irrecoorrível, 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 irrecoorrível resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso;**

b) pela prática de ato contra a moral pública, punonor 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, fosse possível sempre essa expulsão, então os arredios à Defesa Nacional teriam encontrado a forma mais confortável para não empunhar armas em prol da segurança do país. Por isso, a condição de militar da ativa, durante o processo, julgamento e execução de pena pelo crime de deserção são essenciais para a integralização do SMI e até que se conheça a verdadeira ofensa ao bem jurídico tutelado – o Serviço e o Dever militares.

Há outro detalhe importante nessa matéria, qual seja, não confundir o licenciamento com a desincorporação. O primeiro, em regra, é ato discricionário da Administração e o segundo vinculado. A despeito disso, frequentemente são tratados como sinônimos, causando sérios danos à hermenêutica do tema.

Note-se que o art. 94 do Estatuto dos Militares posicionou a desincorporação e o licenciamento em incisos diversos e, nos seus arts. 121 e 124, esclarece que o primeiro pode ser discricionário e o segundo é vinculado:

Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o consequente 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 ativo**.

Parágrafo único. A legislação que trata do serviço militar estabelece os casos em que **haverá anulação de incorporação ou desincorporação da praça**. (grifei).

O Decreto nº 57.654 (RLSM), de 20.1.1966 – *Regulamenta a Lei do Serviço Militar* (Lei nº 4.375, de 17.8.1964), retificada pela Lei nº 4.754, de 18.8.1965 –, estabelece:

Art. 3º Para os efeitos dêste Regulamento são estabelecidos os seguintes conceitos e definições:

(...)

9) **desincorporação - Ato de exclusão** da praça do serviço ativo de uma Fôrça Armada:

a) **antes de completar** o tempo do Serviço Militar inicial, **ressalvados os casos de anulação de incorporação, expulsão e deserção**. Poderá haver inclusão na reserva, se realizadas as condições mínimas de instrução, exceto quanto aos casos de isenção por incapacidade física ou mental definitiva;

(...)

24) **Licenciamento** - Ato de exclusão da praça do serviço ativo de uma Fôrça Armada, após o término do tempo de Serviço Militar inicial, com a sua inclusão na reserva. (...). (grifei).

Como se vê, mesmo no caso da desincorporação, ato vinculado e diverso do licenciamento, o RLSM preocupou-se em regrar a situação dos desertores arrimos e daqueles com mais de trinta anos. Nesse aspecto, observe-se o art. 140 do Decreto 57.654/66:

Art. 140. A desincorporação ocorrerá:

5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou

§ 5º No caso do nº 5 dêste artigo, o insubmisso ou desertor será desincorporado e excluído, quando:

1) tenha adquirido a condição de arrimo após a insubmissão ou deserção, e depois de absolvido ou do cumprimento da pena. Fará jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação ou de Reservista, conforme o grau de instrução alcançado; ou (G. N.)

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 (sic). (G. N.).

Ao contrário do que alega a atual corrente vencedora, verifica-se que, mesmo no caso de desincorporação (ato vinculado), por ser arrimo após o crime ou ter o agente mais de trinta anos, o RLSM exige, antes de sua exclusão do serviço ativo, que o processo seja concluído, com a absolvição ou o cumprimento de pena.

Note-se, o RLSM exige a manutenção no serviço ativo do militar que adquiriu a condição de arrimo após o crime ou que tenha mais de trinta anos e, se condenado, até o cumprimento de pena (fase de execução). **Logo, se assim exige dos arrimos, naturalmente que a norma não é mais benevolente em relação àqueles sem tal ônus social, devendo também o universo dos demais desertores (não arrimos) permanecer na ativa até o término de eventual execução de pena.**

Sendo assim, qual seria a finalidade desse dispositivo? O art. 140, nos itens "5)", § 5º, "1)" e "2)", do RLSM visa apenas resguardar, no caso da condição de arrimo adquirida pelo acusado após o crime ou de agente com mais de trinta anos absolvido, o tipo de certificado ao qual fará jus, diminuindo, mas não retirando, o espectro de discricionariedade da Administração Militar, fruto da condição social envolvida nessas hipóteses.

Para essas situações (condição de arrimo adquirida pelo acusado após a conduta ou o agente com mais de trinta anos), o RLSM estabelece a entrega do certificado de reservista conforme o grau de instrução adquirido ou, mesmo, de dispensa de incorporação.

Os demais réus desertores (aqueles que não adquiriram a condição de arrimo após o crime, nem têm mais de trinta anos) deverão cumprir integralmente o SMI, com permanência na ativa ao longo de todo o processo, inclusive na fase execução de pena, destacando-se que, diferentemente do art. 140, nos itens "5)", § 5º, "1)" e "2)", do RLSM, a Administração Militar terá amplo espectro de discricionariedade quanto à concessão do certificado, quando serão considerados, após o trânsito em julgado da APM, aspectos de ordem moral.

Deve-se alertar que, mesmo sendo o agente declarado arrimo de família, essa situação não conduz, por si só, ao estado de necessidade. Os requisitos para ser declarado arrimo de família são de ordem administrativa e não coincidem frente aos do estado de necessidade *exculpante*, este pertence ao ramo público do Direito Penal Militar.

Nos demais casos de desincorporação, como, por exemplo, devido a problemas de saúde ou por ter adquirido a condição de arrimo antes da prática do crime de deserção, o militar será excluído da Força Armada respectiva, havendo motivos fatais (ato vinculado) para isso e previstos na LSM e no RLSM. 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.

No ponto acima referido, observe-se a LSM:

Art. 31. O serviço ativo das Fôrças Armadas será interrompido:

- a) pela anulação da incorporação;
- b) pela **desincorporação**;
- c) pela expulsão;
- d) pela deserção.

(...)

§ 2º A desincorporação ocorrerá:

- a) por moléstia em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, hipótese em que será excluído e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei;
- b) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação, obedecidas as disposições de regulamentação da presente Lei;
- c) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; - o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar;
- d) por condenação irrecorrível, resultante de prática de crime comum de caráter culposo; o incorporado nessas condições será excluído, entregue à autoridade civil competente e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei. (G. N.).

Por sua vez, ressalta o RLSM:

Art. 140. A desincorporação ocorrerá:

- 1) por moléstia, em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, durante a prestação do Serviço Militar inicial;
- 2) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar;
- 3) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação;
- 4) por condenação irrecorrível, resultante da prática de crime comum de caráter culposo;

5) por ter sido insubmisso ou desertor e encontrar-se em determinadas situações; ou

6) por moléstia ou acidente, que torne o incorporado temporariamente incapaz para o Serviço Militar, só podendo ser recuperado a longo prazo.

Sobre a prorrogação do SMI, a Lei nº 4.375/64 – LSM – dispõe, em seu art. 33, que:

Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação dêsse tempo, uma ou mais vezes, como engajados ou reenajados, segundo as conveniências da Fôrça Armada interessada. (G. N.).

A prorrogação somente poderá ser efetivada se requerida pelo militar. Contudo, caso tenha praticado o crime de deserção, mesmo sem solicitar a prorrogação, permanecerá na condição de militar durante todo o processo, a fim de completar o SMI, sendo vedada a sua inclusão na Reserva antes do término da fase de execução de pena.

Logo, quando o agente deserta e após é reincluído, deve permanecer na ativa durante todo o processo, até a execução integral da pena. Essa situação não tem qualquer relação com a prorrogação do Serviço Militar. Trata-se, na verdade, de observar dispositivos de LO que determinam a permanência na ativa do agente, até o conhecimento dos reais motivos e do grau de ofensividade da conduta (aspectos morais). Isso somente é possível, à luz do princípio da presunção de inocência, com o trânsito em julgado da APM, quando a Administração castrense poderá definir, no tocante ao Serviço Militar, a adequada solução: complementação ou exclusão do serviço ativo.

Pelo estudo da legislação, embora a jurisprudência do STM e do STF tenha batizado o tema de “condição de prosseguibilidade”, claro está que essa expressão reflete o previsto nas LO correlatas.

Nesses termos, a obrigação de se manter o agente desertor na ativa ao longo de todo o processo está prevista em LO, tais como, por exemplo, no Estatuto dos Militares, na LSM e, também, no RLSM.

Observem-se as LO nesse sentido, as quais devem ser lidas de forma sistêmica com o CPM e com o CPPM e, conforme a LINDB, sem qualquer prevalência hierárquica nesse conjunto, resultando na mais pura e equilibrada hermenêutica relativa ao Serviço Militar.

O Serviço Militar é mandamento constitucional, conforme o art. 143 da CF/1988:

(...) Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. (...)

A Lei nº 8.239, de 4.10.1991 – *Regulamenta o art. 143, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal e trata da prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório* –, dispõe que:

Art. 2º O Serviço Militar inicial tem por finalidade a formação de **reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas** no que se refere aos encargos relacionados com a **defesa nacional**, em caso de mobilização. (G. N.).

O art. 2º da Lei nº 8.239, de 4.10.1991, evidencia a importância do Serviço Militar para a formação da Reserva e para eventual Mobilização Nacional.

Nesse sentido, resta cristalina a necessidade de os desertores, por mais “problemáticos” que sejam, concluírem o Serviço Militar e permanecerem na ativa até que se conheça a real ofensa a esses Sistemas. Ou seja, a sociedade não dispensa e necessita integralizar a formação também dos desertores moralmente aproveitáveis.

A Lei nº 4.375, de 17.8.1964 – *Lei do Serviço Militar* –, fixa que:

(...) Art. 1º O Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas 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.** (G. N.).

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, de 20.1.1966 (RLSM), estabelece:

Art. 10. Na mobilização, o Serviço Militar abrangerá a prestação de serviços:

(...)

2) decorrentes das necessidades militares, correspondentes aos **encargos de mobilização** (...)

Art. 80. Os insubmissos e desertores, quando se apresentarem ou forem capturados, serão obrigatoriamente **incorporados ou reincluídos, se julgados aptos para o Serviço Militar, em inspeção de saúde**. A incorporação ou reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar para que haviam sido anteriormente designados.

Parágrafo único. Os absolvidos nos processos e os condenados que tenham cumprido pena **completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial**, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do Art. 140, dêste Regulamento. (...)

Art. 138. O serviço ativo das Forças Armadas será interrompido:

- 1) pela anulação da incorporação;
- 2) pela desincorporação;
- 3) pela expulsão;
- 4) **pela deserção**. (...)

Art. 145. O incorporado que responder a inquérito policial militar ou a processo no Foro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço, prevista neste Capítulo. (grifos nossos).

Fruto da deserção, o agente, após a sua reinclusão, deverá completar ou prestar o Serviço Militar. Logo, o Serviço Militar desse desertor poderá não corresponder a 12 (doze) meses, pois o período de ausência interfere diretamente no programa de instrução da OM. Repise-se que esse transtorno para a Administração Militar é provocado pelo próprio desertor, o qual desorganiza e afeta o normal andamento de sua formação militar.

Por sua vez, a Lei nº 6.880, de 9.12.1980 – *Dispõe sobre o Estatuto dos Militares* – também LO, como o CPM e o CPPM, assim dispõe:

(...) Art. 82. militar será agregado quando for afastado temporariamente o do serviço ativo por motivo de:

(...)

VIII - como desertor, ter-se apresentado voluntariamente, ou ter sido capturado, e reincluído **a fim de se ver processar**; (...).

(...) Art. 128. A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar (...) ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.

(...)

§ 3º O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido (...) excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, **agregado para se ver processar**. (...) (grifos nossos).

Portanto, essa LO, ou seja, o Estatuto dos Militares, expressamente ordena a permanência do desertor na ativa durante o processo, reproduzindo, exatamente, a jurisprudência histórica do STF. Não haveria sentido em agregar o militar para se ver processar, podendo logo após ser excluído do serviço ativo.

Suponha-se que a deserção ocorra faltando apenas 15 (quinze) dias para o licenciamento do acusado. Apresentando-se um mês depois da deserção e sendo agregado para se ver processar, esse agente poderia, na sequência imediata, ser licenciado porque o seu tempo de Serviço Militar obrigatório de 12 (doze) meses havia sido cumprido? A resposta naturalmente é negativa. Se o agente pudesse ser licenciado tão logo concluísse o Serviço Militar, a ordem legal de ser agregado para se ver processar seria desprezada. Quando ordena a agregação para se ver processar, isso inclui até mesmo a fase de execução da pena, aspecto este destacado pela jurisprudência do STF.

Assim, no concerto das LO transcritas, nenhuma dúvida remanesce no sentido da necessária aplicação da condição de prosseguibilidade aos processos instaurados para apurar crimes de deserção.

## V – A JURISPRUDÊNCIA

No tocante à jurisprudência, vê-se que, à exceção da atual corrente vencedora, o STF, o TRF 1 e o TRF 3 têm decisões alinhadas à vencida.

### Do STM

O Pleno do STM, em especial desde a edição da Súmula 12 em 1997 e até julgados recentes, sempre considerou necessária a presença da comentada condição de prosseguibilidade para a continuidade da APM.

Observem-se, espaçadas no tempo, decisões do STM nesse sentido:

**EMENTA:** Apelação. Crime de Deserção. Acusado licenciado das fileiras do Exército. Habeas Corpus. Concessão de 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.** (STM. Apelação nº 46-37.2011.7.09.0009/MS. Relator Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos. Revisor Ministro Dr. Carlos Alberto Marques Soares. Julg.: 17.5.2012. Julg.: DJe de **18.6.2012**). (grifei).

**EMENTA:** APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. 1. A qualidade de militar da ativa deve estar presente não só para o início, como durante todo o processo instaurado por crime de deserção, subsumindo em verdadeira condição de procedibilidade e de prosseguibilidade. **2. Sendo o Acusado licenciado das fileiras do Exército (...) readquirindo a qualidade de civil, dá-se a impossibilidade de prosseguimento da ação penal, devendo ser de plano arquivado o feito. Preliminar de ofício de não conhecimento do recurso por ausência de condição de prosseguibilidade acolhida. Decisão unânime.** (STM – Apelação nº 255-25.2011.7.01.0301/RJ – Min. Relator Artur Vidigal de Oliveira – Data de Julgamento: 13.6.2012 – Data da Publicação **29.6.2012**). (grifei).

**EMENTA:** Apelação. Deserção. Preliminar. Perda da condição de militar. Recurso prejudicado. Preliminar de ausência de condição essencial ao prosseguimento do exercício da Ação Penal. A norma incriminadora contida no art. 187, associada ao art. 22, ambos do CPM, dispõe que a deserção é delito cuja autoria somente poderá recair sobre militar da ativa. **O delito de deserção exige a reinclusão do militar no serviço ativo da Força, como condição especial da ação penal. Essa condição deve estar presente no momento da instauração do processo e durante todo o seu curso, de modo que o feito reúna imprescindíveis condições de procedibilidade ou prosseguibilidade, no tocante à pessoa do agente passivo.** O Acusado, no momento em que foi licenciado das fileiras do Exército, perdeu o *status* de militar, comprometendo, irremediavelmente, o desenvolvimento do presente feito, pois, ao passar à situação de civil, ele perdeu a legitimidade passiva, deixando de ser parte na relação processual penal militar. Prejudicado o presente recurso ministerial por carecer de condição essencial de prosseguibilidade da Ação Penal. Preliminar acolhida. **Decisão unânime.** (STM – Apelação nº 98-40.2011.7.02.0102/SP – Min. Relator Raymundo Nonato de Cerqueira Filho – Data de Julgamento: 30.8.2012 – Data da Publicação **20.9.2012**). (grifei).

**EMENTA:** APELAÇÃO. DEFESA. DESERÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. LICENCIAMENTO DO MILITAR DO SERVIÇO ATIVO. AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ACOLHIDA. RECURSO PREJUDICADO. MAIORIA. **O licenciamento do serviço ativo de militar respondendo a processo de deserção constitui ausência superveniente de pressuposto de admissibilidade, ensejando a perda do objeto do presente recurso.** Acolhida a preliminar de não conhecimento do feito por falta da condição de procedibilidade para o prosseguimento do feito, conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal Militar. **Decisão unânime.** (STM. Apelação nº 7-16.2012.7.01.0401/RJ. Relator Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Revisor Ministro Dr. José Coêlho Ferreira. Julg.: 8.5.2013. Public.: DJe de **22.5.2013**). (grifei).

**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.** (STM – Apelação nº 44-56.2012.7.05.0005/PR – Min. Relator Luis Carlos Gomes Mattos – Data de Julgamento: 13.8.2013 – Data da Publicação **2.9.2013**). (grifei).

**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 PROSEGUIBILIDADE.** HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Apelante licenciado das fileiras do Exército por determinação judicial do TRF da 4ª Região, em sede liminar, mantida por Sentença de mérito, após renúncia de prazos, tanto pela AGU quanto pelo MPF. **O licenciamento é ato administrativo que esta Justiça Castrense não pode modificar, e afeta casos como o dos autos, pois, nos termos do art. 457, §§ 2º e 3º, do CPPM, para que haja condições de prosseguibilidade do processo, quando se trata de crime de deserção,** o acusado necessita estar apto e reintegrado ao serviço militar. E nos termos da Súmula nº 12 do STM, a qualidade de militar da ativa constitui condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*. Apelo Defensivo prejudicado por falta de condição de prosseguibilidade para a ação penal, em face da condição de civil do Acusado, com a concessão de habeas corpus de ofício para anular a condenação e determinar o arquivamento do feito, conforme reiterada jurisprudência do STM. **Maioria.** (STM – Apelação nº 69-57.2011.7.03.0103/RS – Min. Relator Artur Vidigal de Oliveira – Data de Julgamento: 12.2.2014 – Data da Publicação **28.2.2014**). (grifei).

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL IN EMBARGOS INFRINGENTES. DESERÇÃO. ABSOLVIÇÃO. LICENCIAMENTO DO ACUSADO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. **Segundo a inteligência do art. 457, § 2º, do CPPM, é indispensável ao regular curso da ação penal militar o acusado pelo crime de deserção ostentar a condição de militar da ativa, do contrário será isento do processo. Logo, a superveniência de licenciamento da Força faz do denunciado pela prática de deserção um cidadão do povo, suprimindo-lhe o *status* de militar, o que impede o processamento de eventual recurso, em face de absoluta impossibilidade jurídica do pedido (carência de ação).** Embargos infringentes rejeitados por falta de condição de prosseguibilidade. Agravo regimental desprovido. **Decisão por maioria.** (STM. Agravo Regimental nº 40-63.2008.7.01.0201/DF. Relator Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos. Julg.: 18.3.2014. Public.: DJe de **9.4.2014**). (grifei).

**EMENTA:** APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). PROCESSO EM CURSO NA 2ª INSTÂNCIA. ACUSADO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR PELO LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO DO EXÉRCITO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE SUPERVENIENTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO E ARQUIVAMENTO DO FEITO. **Informação aportada aos autos, oriundas do Juízo a quo, noticiando que o Apelante não ostenta mais o *status* de militar, em face de licenciamento por término do serviço militar obrigatório. Impõe-se a extinção do processo pela falta de condição de procedibilidade da ação penal. A condição de militar do Acusado é indispensável para a persecução penal no crime de deserção. Precedentes nesse sentido.** Preliminar de não conhecimento do Recurso acolhida e conce-

dido, de ofício, habeas corpus para trancar a Ação Penal Militar por falta de justa causa, determinando-se o seu arquivamento. **Decisão majoritária.** (STM. Apelação nº 91-93.2013.7.05.0005/PR. Relator Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes. Revisor Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira. Julg.: 7.5.2014. Public.: DJe de **20.5.2014**). (grifei).

**EMENTA:** DESINCORPORAÇÃO DO MILITAR. ARGUIÇÃO, DE OFÍCIO, DE NÃO CONHECIMENTO. **AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL MILITAR.** FALTA DO PRESUPOSTO 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.** (STM – Apelação nº 172-60.2012.7.12.0012/AM – Min. Relator José Coêlho Ferreira – Data de Julgamento: 22.4.2015 – Data da Publicação **19.5.2015**). (grifei).

Deve-se destacar que, recentemente, em 24.3.2015, o Pleno do STM confirmou a aplicação da condição de prosseguibilidade devido ao licenciamento do acusado, em meio ao exato período de debates entre as duas correntes (Apelação nº 34-59.2013.7.12.0012/AM). Naquela ocasião, foi reconhecida a falta de condição de prosseguibilidade devido ao licenciamento do acusado, ou seja, por mera aplicação da Súmula 12 do STM. Esse caso é o mais clássico a dividir as duas correntes. Isso explica a importância e a sua complexidade do tema. Observe-se a Ementa do referido julgamento:

**EMENTA:** APELAÇÃO. DESERÇÃO. PRELIMINAR. LICENCIAMENTO. *STATUS* DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. **O licenciamento definitivo de militar, no curso de processo em que responde pelo crime de deserção, prejudica a prosseguibilidade da *persecutio criminis*.** Preliminar acolhida, ensejando a concessão de Habeas Corpus de ofício, para anular a sentença penal condenatória recorrida e determinar o arquivamento do feito. **Decisão majoritária.** (STM. Apelação nº 34-59.2013.7.12.0012/AM. Relator Min Alte Esq **Álvaro Luiz Pinto**. Julg.: **24.3.2015**. Public.: DJe de **13.4.2015**). (grifei).

À evidência, no tocante ao delito em análise, a condição de militar assume indispensável requisito não só para a instauração da APM, como, de modo mais amplo, para a *persecutio criminis* até o seu término.

Ademais, o enunciado nº 12 da Súmula do STM estabelece:

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

Os arestos que deram sustentáculo à edição do citado enunciado foram os seguintes: Apelação nº 47.495-7/RJ, Apelação nº 47.424-4/RJ, HC nº 32.966-8/PR, HC nº 33.069-0/RJ, HC nº 33.129-8/RJ e Recurso Criminal nº 6.194-0/RJ. Os precedentes abrangem circunstâncias diversificadas, dentre os quais se destaca caso de negativa de prosseguimento da APM, porquanto o desertor não fora reincluído às fileiras da Força por incapacidade física definitiva (HC nº 1993.01.032.966-8/PR), enquanto outro dá conta de nulidade do processo, em razão de ter sido julgado após sua exclusão do Serviço Ativo Militar, em decorrência da prática de novo crime (Apelação nº 1995.01.047424-4/RJ).

Extrai-se do verbete sumular ser a qualidade de militar condição essencial para a *persecutio criminis*. Uma vez perdida a relação funcional, não remanesce interesse em recompor a violação contra o serviço e os deveres militares. Afinal, tal qualidade constitui condição de prosseguibilidade para o processo penal, não podendo o recorrente permanecer no polo passivo da relação processual sem o seu atendimento.

Destaco que o surgimento da atual corrente vencedora ocorreu em 2012, quando foi trazida, ao conhecimento do STM, a posição do STJ ao julgar o RHC nº 24.607. Desde então, esse Acórdão do STJ foi citado nos votos da corrente vencedora e nas Petições iniciais das referidas ACP. Entretanto, como já abordado, o STF, em 29.6.2010, reformou a referida Decisão do STJ (HC 103.254/PR – Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma – Min. Relator CELSO DE MELLO – Data de Julgamento: 29/06/2010 – Data da Publicação: 13.4.2011. COATOR: RELATOR DO RHC Nº 24.607 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão unânime).

### **Do STF**

Apesar de o tema, recentemente, encontrar-se subdividido em duas correntes no STM, verifica-se que ambas as Turmas do STF têm aplicado a condição de prosseguibilidade.

O STF, no caso da praça sem estabilidade, também detecta o perigo de se processar e julgar civil pelo crime de deserção, podendo, inclusive, encontrar-se incapaz para o serviço ativo de sua Força Armada.

Contudo, no julgamento da Apelação nº 25-46.2012.7.01.0301/RJ, em 11.12.2012, e mesmo em outras oportunidades, a atual corrente vencedora tem apresentado a seguinte Decisão do STF, como supedâneo aos seus fundamentos:

**INFORMATIVO Nº 525 ... TÍTULO** Deserção e Condição de Militar ... **PROCESSO** HC-94367 ... A Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de militar, em que se pleiteava a extinção ou o arquivamento de instrução provisória contra ele instaurada, a fim de que não fosse preso sem que houvesse ordem escrita e fundamentada pela autoridade competente. Alegava-se, em suma, que o paciente fora excluído das Forças Armadas e, portanto, seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da instrução provisória de deserção. Ademais, pela mesma razão, não mais lhe seria aplicável a ressalva contida na parte final do inciso LXI do art. 5º da CF (*"ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei."*). Asseverou-se que o crime de deserção atribuído ao paciente fora praticado quando este, ainda, ostentava a condição de militar. Destarte, tal circunstância permitiria tanto a instauração de instrução provisória de deserção quanto a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial, conforme a ressalva do aludido dispositivo. **Salientou-se, ademais, que a instrução provisória de deserção não se confunde com a ação penal, sendo certo que a condição de militar obsta apenas o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, o início da ação penal** (CPPM, art. 457, § 3º). (HC 94367/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, **21.10.2008**) (grifei).

No entanto, deve-se advertir que a redação realizada no Informativo nº 525 não reflete a Ementa do referido julgado:

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. DESERTOR EXCLUÍDO DO SERVIÇO MILITAR. **INSTAURAÇÃO DE INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO** E PRISÃO INDEPENDENTEMENTE DE ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. A prática do crime de deserção quando o paciente ainda ostentava a qualidade de militar autoriza a instauração de instrução provisória de deserção, assim como a prisão do desertor, independentemente de ordem judicial (art. 5º, LXI, da Constituição). A exclusão do desertor do serviço militar obsta apenas o ajuizamento da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º), que não se confunde com a instauração de instrução provisória de deserção. **Ademais, mesmo a ação penal poderá ser ajuizada após a recaptura ou apresentação espontânea do paciente, quando então este será reincluído nas forças armadas, salvo se considerado inapto depois de submetido à inspeção de saúde (CPPM, art. 457, § 1º).** Ordem denegada. Decisão unânime. (HC 94.367/RJ - Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: **21.10.2008** Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação **6.2.2009**). (grifei).

Realmente, a Instrução Provisória de Deserção (IPD) não é sobrestada pela exclusão do agente, pois a APM não se confunde com essa peça inquisitória em sede administrativa e semelhante ao IPM.

Constata-se, por simples leitura, que os trechos em negrito (Informativo e Ementa) não conferem entre si.

Para afastar qualquer dúvida sobre a posição da Segunda Turma do STF, transcreve-se, sobre o mesmo Aresto, parte da fundamentação redigida no referido HC nº 94.367. A intenção foi dizer que a falta da condição de militar da ativa não obsta o andamento da IPD, mas apenas o oferecimento da denúncia e o início da ação penal ficariam prejudicados enquanto trânsfuga o agente. O foco estava na análise da IPD e não no prosseguimento do processo, pois este, como a fase ainda era administrativa, sequer existia na data desse julgamento. Seguem os trechos pertinentes do Voto do Relator Min. Dr. JOAQUIM BARBOSA no julgamento do HC nº 94.367:

(...) Ademais, como bem anotou a Procuradoria-Geral da República, **a instrução provisória de deserção não se confunde com a ação penal**, sendo certo que a condição de militar obsta apenas o oferecimento da denúncia e, por conseguinte, o início da ação penal (CPPM, art. 457, § 3º), **não impedindo, por outro lado, a instauração do prévio procedimento de instrução provisória.** (...) (grifei).

Deve-se admitir, também, que, para dirimir qualquer dúvida quanto à posição do Relator Min. Dr. JOAQUIM BARBOSA no HC nº 94.367, basta examinar como votou noutros processos. Conclui-se pelo seu íntegro alinhamento à corrente ora vencida. Dessa forma, cito os HC nº 79.531, 90.672, 90.838 e 115.754, estes três últimos votados após o julgamento do HC nº 94.367.

Extrai-se de Acórdãos do STF a posição fundamentada no sentido de ser a condição de militar elemento estruturante do delito de deserção e que a sua ausência repercute no processamento da APM, inviabilizando o prosseguimento da persecução penal. Impede, inclusive, a execução de sanção porventura imposta a desertor, quando o agente passe, durante essa fase, a ostentar a qualidade pessoal de civil.

Nesse contexto, apenas para ilustrar, seguem alguns dos tantos julgados do STF sobre a presente questão:

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. Processo penal militar. Deserção (art. 187 do código penal militar). Incapacidade para o serviço militar. Causa preexistente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Extinção da punibilidade. I - Com o reconhecimento da incapacidade preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, **não há justa causa para a execução.** II - Ordem concedida. **(Decisão unânime. HC 90.672/SP – Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma – Min. Relator JOAQUIM BARBOSA – Data de Julgamento: 3.2.2009 – Data da Publicação: 20.3.2009).** (grifei).

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DE DESERÇÃO. **PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROSEGUIR NA EXECUÇÃO DA PENA.** 1. Em razão da ausência de condição de procedibilidade, o art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal Militar e a Súmula n. 8 do Superior Tribunal Militar impedem a execução da pena imposta ao réu incapaz para o serviço ativo do Exército, **que não detinha a condição de militar no ato de julgamento do recurso de apelação.** 2. Ordem concedida. (Decisão por maioria. **HC 90.838/SP** – Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma** – Min. Relator **CÁRMEN LÚCIA** – **Data de Julgamento: 14/10/2008** – **Data da Publicação: 22/05/2009**) (Observação: a PGR se posicionou no sentido de que “o paciente passou à condição de civil, ocorrendo assim a superveniente perda do status de militar, o que impõe o trancamento da ação penal”) (grifei).

**EMENTA:** “HABEAS CORPUS” – POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) – DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – **ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOCTRINA – CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO** – INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL – **EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO.** (Decisão unânime. **HC 103.254/PR** – Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma** – Min. Relator **CELSO DE MELLO** – **Data de Julgamento: 29/06/2010** – **Data da Publicação: 13.4.2011** COATOR: RELATOR DO RHC Nº 24.607 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (grifei).

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. **DESERÇÃO.** PACIENTE CONDENADO PELA JUSTIÇA CASTRENSE POR DUAS VEZES. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DO PROLONGAMENTO ILEGAL DO SERVIÇO MILITAR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO. SOLTURA DO PACIENTE. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não se comprovam, nos autos, a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da ordem. 2. Expedido alvará de soltura em decorrência de decisão proferida no julgamento de apelação criminal, fica prejudicado, no ponto, o presente habeas corpus. 3. **É inviável a desincorporação de praça não estável que esteja “sub judice”, o que justifica o prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar.** Precedentes. 4. Ordem parcialmente prejudicada e, na parte conhecida, denegada. (Decisão unânime. **HC 99.445/RS** – Supremo Tribunal Fede-

ral. **1ª Turma** – Min. Relatora **CÁRMEN LÚCIA** – **Data de Julgamento: 28.9.2010** – **Data da Publicação: 24.5.2011**). (grifei).

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). **LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA.** AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. **I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a 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. (**Decisão unânime.** HC 108.197/PR – Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma** – Min. Relator **RICARDO LEWANDOWSKI** – **Data de Julgamento: 13.12.2011** – **Data da Publicação: 15.2.2012**). (grifei).

Decisão: Vistos. Ministério Público Militar interpõe agravo visando impugnar decisão (fl. 189 a 191) que não admitiu recurso extraordinário, assentado em contrariedade ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Insurge-se no apelo extremo contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar no Agravo Regimental nº 222-73.2010.7.05.0005/PR, assim do: **“DESERÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO DA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO CONTRA MONOCRÁTICA DE SOBRESTAMENTO DE APELAÇÃO. NOVA DESERÇÃO COMETIDA PELO APELANTE. ALEGADA VIOLAÇÃO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE APENAS PARA INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL.** O legislador processual penal castrense estabeleceu uma condição de procedibilidade para o processo de deserção, exigindo a reinclusão do foragido capturado ou que se apresente voluntariamente para a propositura da ação penal. Tal regra encontra-se prevista no art. 457, §§ 1º e 3º, do CPPM, a qual é válida para os processos em grau de recurso, além de convergir como o ordenamento jurídico constitucional vigente. Embora haja entendimentos diversos, o atacado refletiu o pensamento majoritário desta Corte, razão pela qual merece ser mantido. Agravo rejeitado. **Decisão unânime”** (fl. 153). (...) **A irrisignação 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 ateu ao exame da legislação infraconstitucional, notadamente aquelas previstas no Código de Processo Penal Militar Portanto, a violação, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não enseja recurso extraordinário. (...) (AI nº 696.428 - AgR/SP, **Primeira Turma**, DJe de 6/8/10). Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. (STF - ARE 674.299/PR - Min. Relator **DIAS TOFFOLI** - **Data de Julgamento: 27.2.2013** - Data de Publicação: 5.3.2013). (grifei).

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PROCESSO PENAL MILITAR. **CORREIÇÃO PARCIAL.** PRAZO DE CINCO DIAS PARA APRESENTAÇÃO. ART. 498, § 1º, DO CPPM. INTEMPESTIVIDADE. CRIME DE

DESERÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - Esta Corte firmou o entendimento de que o prazo para a correição parcial é de cinco dias entre a conclusão dos autos ao juiz-auditor corregedor e o protocolo da representação no Superior Tribunal Militar. Precedentes. **II - A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Precedentes.** III – Ordem concedida para casar o acórdão do Superior Tribunal Militar que deferiu a correição parcial e determinar a **extinção definitiva da ação penal. (Decisão unânime. HC 115.754/RJ – Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma – Min. Relator RICARDO LEWANDOWSKI – Data de Julgamento: 19.3.2013 – Data da Publicação: 11.4.2013).** (grifei).

O eminente Ministro do STF Dr. RICARDO LEWANDOWSKI, no julgamento do HC nº 115.754, citou a doutrina de Célio Lobão (*Direito Processual Penal Militar – 2ª Edição/RJ Forense, 2010, p. 387*):

se o desertor (...) perder a qualidade de militar da ativa (...) retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. (...) extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado.

Se o desertor (...) perder a qualidade de militar da ativa, requisito indeclinável, para o exercício da pretensão punitiva, falta justa causa para propositura da ação penal, para prosseguimento do processo condenatório ou executório. (...) Irrelevante o motivo determinante da perda da condição de militar da ativa. (fls. 5/6).

Em sede do HC nº 115.754, assim se manifestou a PGR:

a condição de civil obsta o processamento do feito, em qualquer fase que se encontre, por ausência de justa causa para a ação penal (fl. 6).

Prosseguindo, destacam-se as seguintes decisões do STF:

**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. **(Decisão unânime. RHC 83.030/RJ – Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma – Min. Relatora ELLEN GRACIE – Data de Julgamento: 10.6.2013 – Data da Publicação: 1.8.2013).** (grifei).

**EMENTA:** Agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Superior Tribunal Militar, assim do: “*AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARA-*

ÇÃO. DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. **1. Licenciado o militar que responde a processo por crime de deserção, a ação penal é considerada prejudicada, por manifesta perda da condição de procedibilidade, pelo que deve ser determinado o seu arquivamento em definitivo sem renovação, com base na Súmula nº 12 desta Corte.** 2. O recurso de embargos de declaração que não atende ao pressuposto essencial disposto no art. 542 do CPPM não deve ser conhecido. Agravo Regimental não acolhido. **Decisão unânime.**” (fl. 181) No apelo extremo, interposto com base no artigo 102, inciso III, alínea “a”, do permissivo constitucional, sustenta-se que o acórdão recorrido violou o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Em suas razões, o Ministério Público Militar alega que denunciou o recorrido pela suposta prática do crime de deserção, tipificado no art. 187, caput, do Código Penal Militar. **No entanto, o Juízo do primeiro grau, ao ter notícia do licenciamento do suposto desertor, julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, em razão da ausência da condição de procedibilidade da ação penal.** Sustenta-se que o Superior Tribunal Militar, ao manter a decisão extintiva do processo, em razão da perda da qualidade de militar da ativa, violou o princípio da obrigatoriedade e exclusividade da ação penal pública, previsto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, **porque criou condição de propositura não prevista na legislação processual penal militar.** Pugna, finalmente, pela reforma do acórdão e consequente prosseguimento da ação penal intentada contra o recorrido. (...) **É o relatório. Decido. Não assiste razão ao agravante. Verifico que, na espécie, a Corte castrense decidiu a controvérsia de acordo com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, que se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Nesse sentido, entre inúmeros precedentes, cito os seguintes: HC 90.838/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 22.5.2009; HC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.8.2003; e HC 108.197/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012, restando este último assim ementado: “HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício”. Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, II, “b”, do CPC). (STF - ARE 705.741/DF - Min. Relator **GILMAR MENDES - Data de Julgamento: 21.2.2013 - Data de Publicação: 26.2.2013).** (grifei).**

**EMENTA:** AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE DESERÇÃO. **PERDA DA CON-**

**DIÇÃO 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 ex-

**posto, nego seguimento ao agravo (art. 544, § 4º, inc. II, alínea a, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).** (STF - ARE: 788.708/DF - Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 18.2.2014 - Data de Publicação: 24.2.2014). (grifei).

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Erivelton Diogo Sampaio dos Santos contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que deu provimento ao agravo regimental na Apelação 25-50.2012.7.05.0005. O Ministério Público Militar denunciou o paciente pela suposta prática do delito de deserção, tipificado no art. 187, *caput*, do Código Penal Militar. Em 15.02.2012, o Juízo Castrense da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar recebeu a denúncia. Encerrada a instrução criminal, o magistrado de primeiro grau condenou o paciente, soldado do exército, à pena de 06 (seis) meses de detenção, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 02 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade. Em 19.4.2012, foi publicada a sentença, que transitou em julgado para a acusação em 30.4.2012. **Em 18.4.2013, tendo em vista nova deserção perpetrada pelo paciente, o Ministro Relator do Superior Tribunal Militar, em sede de apelação, determinou o prosseguimento do feito, uma vez que, anteriormente, havia sido concedido seu sobrestamento até posterior captura ou apresentação voluntária do paciente. Interposto agravo regimental, a decisão anterior foi mantida pelos próprios fundamentos, submetendo o recurso à apreciação do Plenário. Em decisão colegiada, o Superior Tribunal Militar acolheu o agravo, para desconstituir a decisão anterior e determinar o sobrestamento da Apelação até a captura ou apresentação voluntária do desertor.** Neste *writ*, a Impetrante alega, em suma, que o Superior Tribunal Militar não se manifestou acerca da prescrição da pretensão punitiva do delito de deserção. Assevera que se trata de matéria de ordem pública, e, portanto, deve ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. Argumenta que o paciente nasceu em 05.8.1992, e que, à época dos fatos descritos na exordial (13.02.2012), era menor de 21 (vinte e um) anos de idade. Requer, em medida liminar e no mérito, a declaração da extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e a expedição de salvo conduto a seu favor. É o relatório. Decido. Insurge-se a Impetrante contra acórdão do Superior Tribunal Militar, que deu provimento ao agravo regimental na Apelação 25-50.2012.7.05.0005. Eis o teor da “**AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. DESERÇÃO. TRÂNSFUGA. RECORRENTE DPU. DE PROSSEGUIMENTO DO CURSO DA APELAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO ATÉ A CAPTURA OU APRESENTAÇÃO VOLUNTÁRIA. 1. No caso de nova deserção, perde-se a condição de procedibilidade da Ação Penal Militar e, conseqüentemente, 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 con-**

**vencimento da Corte pelo sobrestamento da ação penal militar. (...)**

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar. (STF - HC 119.641/PR - Min. Relatora ROSA WEBER - Data de Julgamento: 19.11.2013 - Data de Publicação: 4.12.2013). (grifei).

**EMENTA:** Recurso ordinário interposto contra acórdão não unânime do Superior Tribunal Militar, da Relatoria do Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, assim do: HABEAS CORPUS. PACIENTE LICENCIADO POR FORÇA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO PELA JUSTIÇA FEDERAL. PROCESSO DE DESERÇÃO EM CURSO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL. O Impetrante postula em sede liminar o trancamento da Ação Penal em curso. No mérito pede a confirmação da liminar e o arquivamento do feito. **Com o cumprimento da medida liminar concedida ao Paciente pela Justiça Federal, ele foi imediatamente licenciado da Força, com a consequente perda da condição de prosseguibilidade da ação penal militar.** Portanto, prudente aguardar o trânsito em julgado da Decisão do Mandado de Segurança, pois, em que pese os efeitos emanados da Decisão liminar serem imediatos, possuem caráter precário. Ordem de habeas corpus concedida tão somente para sobrestar a ação penal a que o Paciente responde pelo crime de deserção. Maioria. 2. O Paciente foi denunciado pelo crime de deserção (art. 183 do CPM), por fato praticado em janeiro de 2013. Realizadas diligências, o réu foi capturado e recolhido à prisão no dia 28 de fevereiro de 2013. 3. O Conselho Permanente de Justiça para o Exército decretou a preventiva no dia 15 de abril de 2013. Após 14 dias, foi determinada a expedição de alvará de soltura. 4. O recorrente foi licenciado do serviço ativo do Exército em 29 de agosto de 2013, em decorrência de liminar proferida em Mandado de Segurança. Foi então impetrado habeas corpus no Superior Tribunal Militar para o trancamento da ação penal, tendo a Corte Militar concedido parcialmente a ordem para sobrestar a tramitação do processo penal até a decisão definitiva do mandado de segurança. 5. Desse acórdão a Defensoria Pública da União interpôs Recurso Ordinário Habeas Corpus em que pleiteia o trancamento da ação penal por entender que, independentemente do trânsito em julgado da decisão proferida em sede de mandado de segurança, o recorrente já ostentaria a condição de civil. Decido. **6. Em análise preliminar, observo que a tese sustentada pelo recorrente está alinhada com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (vg HC 115.754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).** Contudo, proferida sentença no mandado de segurança determinando a liberação em definitivo do Paciente do serviço militar obrigatório, foi interposto recurso pela Advocacia-Geral da União, ainda pendente de apreciação. (...) (MS 5006236-11.2013.404.7102). (STF - RHC 120.427/RS - Min. Relator ROBERTO BARROSO - Data de Julgamento: 7.5.2014 - Data de Publicação: 13.5.2014). (grifei).

Decisão HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO ANTE A INOCORRÊNCIA DA

PRÁTICA DE CRIME. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA PELO JUIZ-AUDITOR. 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 iudicando*. **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 em observou o Ministério Público Militar, não há justa causa para o oferecimento da ação penal, pois o paciente foi excluído um dia antes do término do prazo de ausência injustificada para a consumação do delito (12 de junho de 2011). Em resumo, não mais ostentando o paciente a qualidade de militar, cabe concluir que não há “condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes”. [...] Esse também é o entendimento de Célio Lobão: “na deserção, a qualidade de militar da ativa é condição específica de procedibilidade. Se o desertor perder essa qualidade, passando para inatividade ou retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. A ação penal não será proposta, se o for, extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado.”** *Ex positis*, concedo parcialmente a ordem, para que se restabeleça a decisão que determinou o arquivamento do inquérito policial militar. (Decisão por maioria. HC 113.088/DF Relator: Min. LUIZ FUX Julgamento: 17.4.2015 PUBLIC 23.4.2015) (grifei).

Assim, o STF não admite que um civil seja processado e julgado pelo crime de deserção. Diante do licenciamento ou a da desincorporação, entende pela extinção do processo sem julgamento de mérito, e, da revelia, pelo sobrestamento do feito, nos exatos termos sustentados pela corrente vencida.

### **Do TRF 1**

A matéria relativa ao licenciamento de desertor e à condição de perseguibilidade foi amplamente abordada no “X Encontro de Magistrados da JMU”, realizado na capital baiana, em maio de 2014, cujos registros consignam a palestra sobre o assunto.

Naquela oportunidade, foram apresentados os equívocos da Ação Civil Pública (ACP) nº 18725-37.2012.4.01.3400, que tramitou na 1ª Vara Federal do DF.

Nessa ACP (tutela antecipada em 14.5.2012 e Sentença em 12.12. 2012), foi determinado que os Comandos Militares não se abstivessem de desincorporar os militares arrimos de família e de licenciar ou expulsar militares das Forças Armadas, residentes no DF, em face de estarem respondendo a processo de deserção. A parte dispositiva da Sentença ficou assim redigida:

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE o pedido, nos termos do art. 269, I, do CPC para determinar a ré que se abstenha de impedir a desincorporação ao arrimo de família, o licenciamento e a expulsão de militares das Forças Armadas, residentes no Distrito Federal, tão somente pelo fato de estarem respondendo a processo penal militar por deserção, bem como proceda a entrega do certificado de incorporação de dispensa ou reservista. Mantenho a limitação territorial, nos termos da decisão de fls. 134/140.

Com efeito, os precedentes do STJ, mencionados na fundamentação daquela Decisão, referem-se a militares estaduais que ostentam a qualidade de profissionais. Por sua vez, o julgado do STM (também expresso na fundamentação) refere-se à situação que, por colagem de trecho isolado, causou distorção da compreensão estabelecida naquele Aresto, transmutando o seu contexto (ficou em descompasso com o que realmente tratava o Acórdão do STJ).

A Sentença da Justiça Federal de 1ª instância, Seção Judiciária do DF, julgou procedente a ACP nº 18725-37.2012.4.01.3400, salientando que o STJ, em decisão proferida em caso semelhante, já havia se manifestado no sentido de ser desnecessária a manutenção do militar nessa condição até o encerramento do processo criminal, sob o fundamento de que a sua posterior exclusão do serviço militar não acarretaria a superveniente ausência de condição de procedibilidade. E apresentou como precedente do STJ a seguinte decisão:

**EMENTA:** RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. POLICIAL MILITAR. DESERÇÃO. POSTERIOR EXCLUSÃO DAS FILEIRAS MILITARES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. **1.** Segundo o art. 187 do Código Penal Militar, comete o crime de deserção o militar que se ausentar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. **2.** Na hipótese,

quando da consumação do delito e do oferecimento da denúncia, o recorrente ostentava a condição de militar, podendo, assim, ser sujeito ativo do crime de deserção. **3.** A superveniente exclusão das fileiras militares, por fatos diversos, não dá azo ao trancamento da ação penal, sob a alegação de ausência de condição de procedibilidade. **4.** *“A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu quando já estava consumado o crime de deserção. (...) Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito. (...) Não há a alegada falta de justa causa”* (Precedente do Superior Tribunal Militar). **5.** Recurso a que se nega provimento. (RHC 24.607/PR RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES, Sexta Turma, RECORRENTE: MARCELO RUSSI RECORRIDO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Data do julgamento: 23.3.2010. (grifei).

Contudo, o Juízo de primeira instância da Justiça Feral Comum e o STJ não detectaram que o caso concreto, julgado no RHC nº 24.607, tratava do agente desertor submetido à instauração da IPD, procedimento este administrativo.

Conforme preconizam os regulamentos e as leis, em especial o art. 456, § 4º, do CPPM, o desertor não estável deve ser excluído do serviço ativo, mas isso apenas enquanto não se apresentar ou for capturado. Logo, durante o período em que o agente for trânsfuga (foragido), nada obsta o desencadear de providências administrativas, nelas incluída a IPD. Inexistem razões para trancar a IPD, a qual equivale ao IPM ou ao IP, mesmo que o agente desertor ainda esteja na situação de trânsfuga.

Quanto à APM, a situação é diversa, pois, instaurado o processo, a condição de militar da ativa, à luz da histórica jurisprudência do STF, é exigida durante todo o feito, incluída a execução de pena.

Nesse exato rumo, o precedente do STM referiu-se à impossibilidade de ser trancada a IPD – fase policial administrativa –, ou seja, tratou-se de agente trânsfuga, foragido, sem qualquer afirmação, nesse sentido, em relação à eventual APM, a qual, naquela ocasião, nem estava em curso. Essa decisão do STM foi equivocadamente utilizada pelo STJ no RHC 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. (STM, Habeas Corpus nº 2005.01.034010-6/RS, DJ de 31.5.2005, Ministro Relator **Flavio Flores da Cunha Bierrenbach**) (grifei).

O efeito indesejado e distorcido sobre o tema é que essa Decisão do eminente Ministro do STJ Dr. Og Fernandes tem sido citada não apenas em sede da referida ACP, mas também em muitas outras ações cíveis propostas perante a Justiça Federal Comum, quando os autores (desertores) pedem o seu prematuro licenciamento das fileiras de sua Força Armada.

Inclusive, no STM, essa Decisão do STJ, por vezes, compõe a argumentação escrita ou oral da atual corrente vencedora, como, por exemplo, no julgamento da Apelação 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. Pra enfatizar o presente aspecto, transcreve-se, novamente, essa Decisão do Pretório Excelso:

**EMENTA:** “HABEAS CORPUS” – POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) – DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – **ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOCTRINA – CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO** – INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL – **EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO. (Decisão unânime. HC 103.254/PR – Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma – Min. Relator CELSO DE MELLO – Data de Julgamento: 29.6.2010 – Data da Publicação: 13.4.2011 COATOR: RELATOR DO RHC Nº 24.607 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA)** (grifei).

No julgamento do acima citado HC 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 in-submissão, seja qual for a motivação, traz prejuízo à procedibilidade e prosseguibilidade da ação penal militar (fl. 4).

Lamenta-se que os apontados equívocos ainda tenham o potencial de influenciar a Justiça Federal Comum e a Militar da União. Contudo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1) julgou improcedente a ACP nº 18725-37. 2012.4.01.3400/DF, mostrando conhecer bem os interesses de Defesa Nacional envolvidos na questão:

**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 PROSEGUIBILIDADE 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 conseqüente 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 CÂRMEN LÚCIA), e para o Superior Tribunal Militar a praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter adquirido o *status* de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão.** 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 ati-

vo. 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 determinanter interferência da Justiça Federal sobre a Justiça Militar da União, ao alterar a situação jurídica do militar das Forças Armadas ao qual se imputa prática do crime de deserção, e cuja situação de militar da ativa constitui condição não apenas para a instauração da ação penal, mas também para seu prosseguimento, segundo jurisprudência do Superior Tribunal Militar, integrante do ramo do Poder Judiciário competente para ações penais da espécie.** 8. Embora pareça ter algum conteúdo humanitário, em favor dos militares que venham posteriormente a tornar-se arrimo de família, a sentença finda por invadir território próprio da supremacia estatal de dotar-se de forças militares no interesse nacional, limitando o poder de manutenção dos jovens do sexo masculino na prestação do serviço militar obrigatório, nos termos do art. 143, *caput*, da Constituição, e de aplicar as sanções penais pela deserção dos incorporados às Forças Armadas. 8. **Apelação da União a que se dá provimento, para julgar improcedente o pedido da Defensoria Pública da União, e imediata revogação da antecipação de tutela.** 9. **Apelação da Defensoria Pública da União a que se julga prejudicada e pela qual se pretendia ampliar os efeitos da sentença proferida na ação civil para alcançar potenciais militares que servem em outras unidades da Federação.** (ACP 187253720124013400/DF – TRF 1/1ª Turma – Relator JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA (Juiz Federal convocado) – Data de Julgamento: 26.11.2014). (grifei).

Nesse Voto, alinhado aos interesses da Defesa e da Mobilização nacionais, estabelecidos na LSM, detectam-se importantes fundamentos:

(...) a determinação de não obstar o licenciamento não tem repercussão meramente civil, mas interfere diretamente na persecução penal, ao alterar a situação jurídica do militar, pois a manutenção ou a reinclusão do militar no serviço ativo, para o processo pelo crime de deserção, encontram-se absolutamente autorizadas em lei (...) (fls. 4/7).

(...) a permanência ou reinclusão do militar no serviço ativo, como agregado ou excedente à sua unidade, é exigência legal para o processo penal por crime de deserção. (...) (fls. 6/7).

(...) o militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal (...) (fls. 7/7).

Nesses termos, o TRF 1, em sede dessa ACP, fundamentou que a pretensa liberação de militares desertores, antes do trânsito em julgado do proces-

so e da aplicação de eventual pena, contraria a lei e a jurisprudência, sendo indevida qualquer interferência da Justiça Federal Comum, quanto ao tema, na Especial.

### Do TRF 3

A DPU propôs a ACP nº 18827-82.2014.403.6100/SP perante a 13ª Vara Federal de SP, semelhante à analisada ACP nº 187253720124013400/DF. O Juízo da 13ª Vara Federal de SP não concedeu a antecipação de tutela e a DPU agravou. A Decisão do TRF 3 foi a seguinte:

**EMENTA:** PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - MILITAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELA DPU - DETERMINAÇÃO ÀS FORÇAS ARMADAS EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL DE QUE SE ABSTENHA DE IMPEDIR A DESINCORPORAÇÃO AO ARRIMO DE FAMÍLIA, LICENCIAR PRAÇAS PELO TÉRMINO DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E DE EXPULSAR MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS QUE RESPONDEM A PROCESSO PENAL MILITAR POR CRIME DE DESERÇÃO - **PRETENSÃO QUE A PRINCÍPIO VIOLA REGRAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES QUE DISPÕEM SOBRE AS FORÇAS ARMADAS, O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E O PROCESSO PENAL MILITAR** - AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO - DECISÃO ORA HOSTILIZADA MANTIDA. 1- As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, e o serviço militar é obrigatório, nos termos da lei (arts. 142 e 143, *caput*, da Constituição), por isso que, a princípio, a pretensão da DPU/embarcante 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 TRF 3ª Região – 2ª Turma – Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO – Julgado em 26.4.2015).** (grifei).

O TRF 3, nos contornos do TRF 1, mostrou-se afeto à magnitude da questão envolvida, que tem consequências marcantes no âmbito da organização administrativa do Serviço Militar, com sérios reflexos na Defesa e na Mobilização nacionais.

A concessão de certificados de reservista é ato essencial nesse contexto, devendo, quanto aos desertores, ser analisada e decidida após o trânsito em julgado dos processos, quando se pode conhecer, detalhadamente, aos supra-mencionados valores.

Bens jurídicos inerentes à esfera das Forças Armadas e previstos na Lei Penal Militar, para serem efetivamente tutelados, exigem do Estado grande cuidado e apurada técnica quanto ao exato alcance dos valores castrenses. Por isso, há ramo especializado no Poder Judiciário incumbido da competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Portanto, os efeitos das atuais correntes, nesse universo de vetores, necessitam ser detectados.

## VI – CONCLUSÃO

Os oficiais desertores são agregados e assim permanecem durante todo o trâmite processual. A denúncia é recebida e o processo sobrestado até a apresentação voluntária ou a captura do agente – art. 454, §§ 3º e 4º, do CPPM. As praças com estabilidade desertoras são agregadas – art. 456, § 4º, do CPPM – e, após a apresentação voluntária ou captura, são, imediatamente, revertidas à Força respectiva, a denúncia então é recebida e assim permanecem até o trânsito em julgado do processo e o cumprimento de eventual pena – art. 457, § 3º, do CPPM.

Logo, durante o período de trãnsfuga, os desertores oficiais e praças com estabilidade continuam sendo militares da ativa e, nessa condição, respondem perante os regulamentos disciplinares e o CPM.

Por outro lado, a praça sem estabilidade é excluída ao desertar, tornando-se requisito essencial que, após a sua capturada ou a sua apresentação, readquira o *status* de militar da ativa – art. 457, §§ 1º, 2º e 4º, do CPPM –, igualando-se, no tocante a essa condição, em relação aos demais agentes oficiais e praças com estabilidade. Para isso, impõe-se a sua aptidão para o Serviço Militar em inspeção de saúde. Não se poderia condenar a praça sem estabilidade na condição de civil, pois isso seria desproporcional numa escala de responsabilidade muito bem traçada pelo legislador de outrora. Como se viu, a Lei Penal Militar tratou a praça sem estabilidade desertora, em relação aos oficiais e praças com estabilidade e quantos aos aspectos ora ressaltados, de forma bem específica e devidamente proporcional.

Ademais, há de se considerar o princípio de utilidade no crime de deserção, verdadeira condição da ação, na espécie de interesse em agir do Estado. Em quase todos os crimes propriamente militares (v.g. a Insubordinação – art. 166; e o Abandono de Posto – art. 195 do CPM), ninguém questiona que se possa condenar o agente, militar na data dos fatos, mas civil na do julgamento.

Na deserção é diferente. Se a legislação processual e penal militar são especiais em relação à Comum, a concernente à deserção é ainda mais peculiar.

Isso ocorre porque o CPPM, apenas no caso de deserção, exige a aptidão para o Serviço Militar e a presença na ativa do agente não estável. O Estado quer, além da punibilidade, a utilidade da persecução penal acoplada à efetividade administrativa, ou seja, poder exigir do agente, apto em inspeção de saúde, o cumprimento do restante do Serviço Militar.

Os demais crimes propriamente militares não têm esse nexo de dependência em relação ao Serviço Militar. A tipificação do crime de deserção é mais ampla, não se limita à conduta do agente, exigindo o seu aproveitamento para o Serviço Militar. Essa senda – estar apto para bem cumprir o seu dever constitucional para com o Serviço Militar – inexistente ao se condenar nos demais crimes propriamente militares.

A aptidão e a condição de militar da ativa inexistem por preciosismo do legislador ou do Poder Judiciário, tampouco para ser reduzida, sem explicação plausível, ao momento do recebimento da Denúncia.

O condenado por deserção e sem condições de servir – inapto ou foragido – não 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 nexos em criar norma tão peculiar somente para a deserção, e a sua principal utilidade não teria efeito – o cumprimento do restante do Serviço Militar. O objetivo é bem mais amplo do que se fixar efeitos nesse isolado ato processual – o recebimento da denúncia –, como sustenta a atual corrente vencedora.

Numa visão de utilidade, a aptidão em inspeção de saúde e a presença do desertor sem estabilidade têm por fim tornar exigível a conclusão do Serviço Militar, alcançando a eficiência do Poder Executivo – Forças Armadas. A medida envolve interesse da Defesa e da Mobilização Nacionais.

A finalidade da tipificação do crime de deserção difere dos demais, pois o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral da condenação, havendo requisito mais estratégico do que esse: fazer o agente completar o Serviço Militar e compor a Reserva Mobilizável.

Seguindo-se a corrente tradicional nas referidas ações, pelo menos permanece o termo de deserção que autoriza a captura, até o limite da idade – art. 132 do CPM –; evita-se a condenação de réus civis à revelia, sem conhecer as respectivas aptidões para o Serviço Militar; o agente fica impedido de obter o certificado, o qual atesta o cumprimento das obrigações constitucionais, incluídos outros direitos decorrentes; a prescrição da pretensão executória não ganha espaço; e, ao ser submetido a processo, ainda poderá cumprir pena.

Ademais, se o mandado de busca contiver longa data, isso servirá de meio coativo aos demais jovens ao observarem que, mesmo decorridos anos, o trânsfuga pode ser preso para cumprir o seu dever, sem que o Estado suporte a indesejada prescrição da pretensão executória.

Essa opção do legislador e da jurisprudência, consolidada no STF, tem sentido, pois se encaixa perfeitamente aos momentos cruciais de Mobilização. O Estado não pode, mesmo sem estar em guerra, dispender meios processando e julgando civis inaptos para o Serviço Militar ou os possuidores de Certificado de Reservista. Pelo contrário, deve-se incentivá-los, ao invés de submetê-los a um processo por deserção que, na verdade, apenas teria sentido se o acusado estivesse sendo compelido a cumprir o seu dever ainda pendente, ou seja, integralizar a sua formação no contexto do SMI.

Detecta-se, muitas vezes, inexistir interesse da Administração em manter desertores “problemáticos” na ativa enquanto acusados. Contudo, essa visão é imediatista, sem considerar a complexidade do Serviço Militar, da Defesa e

da Mobilização nacionais. Os desertores permanecem nos seus quartéis até o trânsito em julgado e o cumprimento de eventual pena para serem conhecidos, com profundidade, os aspectos morais envolvidos na deserção. O tipo de certificado será conforme essa avaliação de mérito.

Consolidado o entendimento da atual corrente vencedora, há muitas variantes indesejáveis que se mostrarão com o tempo, redundando em discussões jurídicas e administrativas intermináveis. O legislador, sistematicamente, redigiu as normas de forma a evitar esse complexo de desvirtuações.

O bem jurídico tutelado abrange o Dever e o Serviço Militar e, diante das circunstâncias apresentadas (militar licenciado do Serviço Militar no curso da APM), uma provável sanção penal imposta pela JMU tornar-se-á inócua, pois não atenderá ao fim legal previsto, bem como se iniciarão alguns percalços acerca da pretensa execução da pena.

Foca-se, muitas vezes, na ânsia de se condenar o agente e evitar, sob o aspecto da prevenção (especial e geral), a impunidade, enquanto que, para o escopo da Lei, o real interesse, apenas nesse crime, é ter o agente criminoso condenado, mas, também, apto a cumprir o Serviço Militar Inicial integralmente, em consonância com o disposto no art. 80 do Regulamento da Lei do Serviço Militar (Decreto nº 57.654/66). Afastam-se da tutela penal, nessa esteira de “condenação útil”, os incapacitados, os licenciados e os trãnsfugas – estes últimos enquanto há pendência no tocante à sua captura ou à apresentação voluntária. Assim, a chave mestra que revela o tipo penal da deserção é o agente ainda ser mobilizável e não apenas ser condenado.

Observe-se que são fatores inconciliáveis às OM abrirem mão desses soldados, ainda que “problemáticos”, e a correspondente persecução penal pelos crimes de deserção conduzida pelo Órgão Ministerial. A Administração Militar é legalmente obrigada a suportar a presença de indivíduos arredios ao Serviço Militar, justamente por considerar a vastidão continental do Brasil, o qual, envolvido em situação de real embate, necessitará de todos os mobilizáveis disponíveis.

Intrigante, contudo, é a hipótese revelada nos presentes autos – agente acusado da prática do crime de deserção, mas licenciado no curso da APM, ainda que apto para o Serviço Ativo. Tem-se em conta estar preservado o bem jurídico tutelado em relação a esse civil (o dever e o cumprimento do Serviço Militar). Diante disso, o Estado não poderá mais levar a cabo a APM concernente a tal crime.

A nova proposta de CPM e de CPPM prevê o julgamento monocrático quando o agente for civil. Fruto do entendimento da atual corrente vencedora, admitir-se-ia, no mais castrense dos crimes, ex-militares (civis) sendo julgados pelo Juiz-Auditor monocraticamente. Enquanto isso, os militares (na ativa) sem estabilidade seriam julgados pelo CPJ.

Há um *plus*, pois o Estado não se contenta apenas com a retribuição moral da condenação, havendo também requisito estratégico – fazer o agente completar o Serviço Militar e compor a Reserva Mobilizável.

Enquanto foragido, as condições de aproveitamento para Serviço Militar, **não apenas físicas, mas também morais**, não são conhecidas. Daí porque o certificado, se for o caso, será discricionariamente concedido depois do trânsito em julgado da APM. O fato de o agente ser condenado ou absolvido não define o certificado a ser recebido, mas sim os fundamentos da Decisão judicial e os dados disponíveis para a Administração Militar.

Por essas razões, alinho-me às decisões históricas do STM e do STF, pois é inadmissível processar e julgar civis pelo crime deserção à revelia, licenciados ou desincorporados, muito menos sem conhecer a real aptidão para o Serviço Militar de cada acusado, pois, se incapazes, não retornarão à ativa das Forças Armadas.

Com suporte no interesse público e para alicerçar conhecimentos sobre a JMU, ramo especializado do Poder Judiciário, elaborei Artigo Científico sob o título “*Status de militar do desertor para se ver processar e seus reflexos para o Serviço Militar*”, o qual foi publicado na Revista de Doutrina e de Jurisprudência do STM, como modesta contribuição à Edição 2015, volume 24, número 2.

Essa iniciativa deveu-se à necessidade de frisar, diante do contexto atual, os exatos contornos do tema (a situação jurídica da praça sem estabilidade das Forças Armadas, que deserta durante o cumprimento do Serviço Militar obrigatório – art. 143 da CF/88), o qual, pela sua importância em relação à Defesa e à Mobilização nacionais, exige precisa interpretação.

Entendo pertinente colacioná-lo ao presente Voto, pois, nesse Artigo, também abordo o assunto, mas sob outros matizes, isso devido ao receio de haver permanente oscilação em relação à jurisprudência do STM e aos procedimentos adotados na primeira instância.

Sendo assim, transcrevo o teor do referido Artigo:

### **Status de militar do desertor para se ver processar e seus reflexos para o Serviço Militar**

#### **Considerações Iniciais**

É atribuída à Justiça Militar da União (JMU), como ramo especializado do Poder Judiciário<sup>1</sup> desde a Constituição de 1934, a competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, conforme base principiológica de fundamental importância para o respaldo jurídico da atuação das Forças Armadas brasileiras. Há crucial vetor decorrente de sua especificidade, concernente à celeridade indispensável ao processo e ao julgamento dos crimes tipificados no Código Penal Militar (CPM)<sup>2</sup>, o que assegura, como prevenção específica e geral, pronta resposta à sociedade e, sobretudo, ao segmento armado do Estado.

Porém, recentemente, não se tem observado, como outrora ocorria na JMU, tal celeridade processual no tocante ao crime de deserção, delito de mera conduta. Com isso, vêm a lume duas situações singulares na tramitação processual, a saber: a primeira, quando o acusado é praça sem estabilidade e comete novamente esse crime, no curso da ação penal de deserção anterior, sendo excluída por força de lei<sup>3</sup>. A segunda, quando o acusado perde a situação de militar após “licenciamento”<sup>4</sup>, por equivocada decisão da Administração Militar ou em cumprimento de decisão da Justiça Federal Comum.

A tipificação do crime de deserção visa à tutela do **Serviço Militar** e do **Dever Militar**<sup>5</sup> como bens jurídicos essenciais das Forças Armadas, tamanha a gravidade do delito e do perigoso potencial de atingir os mais caros e basilares princípios castrenses, podendo comprometer a funcionalidade das tropas, tanto em tempo de paz, na guerra ou em conflitos armados.

Notadamente, o Serviço Militar, como mandamento constitucional, nos termos do art. 143 da Carta Magna, consiste no exercício de atividades específicas, quando da convocação para a sua prestação, quer Inicial (**SMI**), quer sob outra forma ou fase (prorrogações e serviço voluntário). E, ainda, conforme preconiza a Lei do Serviço Militar (LSM)<sup>6</sup> e sua Regulamentação (RLSM)<sup>7</sup>, as atividades militares do **SMI** visam à preparação da Reserva Mobilizável<sup>8</sup>, cujos encargos de Defesa Nacional estão englobados pelo Serviço Militar<sup>9</sup>.

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

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

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

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

Feitas tais considerações iniciais, revelo que o propósito deste Artigo Científico é destacar a eficácia, para o Serviço Militar, da correta aplicação do arcabouço legal<sup>10</sup> castrense no tocante ao delito de deserção, quando praticado pela praça sem estabilidade, havendo reflexos para o Sistema Operacional e o de Mobilização das Forças Armadas, cujos referenciais para a abordagem, a seguir apresentada, serão os do Exército.

### **A interligação do Serviço Militar com os Sistemas Operacional e de Mobilização**

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

Senão vejamos. Após completar 18 anos de idade e depois de concluídas as fases iniciais do Serviço Militar relacionadas à convocação, distribuição e seleção, o jovem do sexo masculino de determinada classe<sup>11</sup> poderá ser dispensado da incorporação ou ser incluído no serviço ativo, dando início ao **SMI**. Com isso, o jovem cidadão passa a integrar o Sistema Operacional da Força Terrestre<sup>12</sup>. Note-se que, a partir do ato de inclusão, o incorporado estará sujeito à punibilidade na esfera judicial especializada, no tocante ao crime de deserção, pois passa a ostentar a condição pessoal de militar.

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

Somente assim acontecendo, se dará o licenciamento, ato de exclusão do serviço ativo e, automaticamente, a inclusão na Reserva, conforme o grau de instrução atingido ao final do **SMI**, preenchendo-se claros de encargos para a Defesa Nacional. Ao ser licenciado, o jovem perde a condição de militar e permanece de licença do serviço ativo até os 45 anos de idade<sup>13</sup>, período em que poderá ser reincorporado e reincluído no Sistema Operacional, a fim de atender convocação decorrente de demandas de mobilização, retornando ao status de militar, na forma da lei.

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

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

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

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

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

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

### Da deserção

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

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

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

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

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

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

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

### **O descompasso entre o entendimento do cumprimento do SMI e a expressão “tempo de serviço militar” do desertor**

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

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

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

#### **1º Caso - Militar sem delitos no SMI**

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

O “tempo de serviço” do indivíduo tende a coincidir com o tempo do SMI.

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

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

Para o soldado que incide, por exemplo, em abandono de posto (art. 195 do CPM), enquanto responde à ação penal, não haverá óbice para o prosseguimento do **SMI**. Ele participará normalmente dos cursos em que estiver matriculado, para atingir o grau de instrução necessário ao seu licenciamento e à consequente inclusão na Reserva Mobilizável. Nesse segundo caso hipotético, caso a ação penal ainda esteja em curso por

ocasião do licenciamento, o ato de exclusão será efetivado em coordenação com o Juízo Militar. Isso porque todas as etapas de instrução do **SMI** estariam cumpridas. Inclusive, nesse caso (abandono de posto), o réu condenado poderá cumprir a pena imposta na condição de civil.

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

### **3º Caso – Militar com deserção no SMI**

Porém, a praça sem estabilidade, ao cometer o delito de deserção, é excluída do serviço ativo. Somente retoma a condição de militar depois de capturada ou de sua apresentação voluntária, sendo reincluída, se apta, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar. Depois de absolvido ou de cumprir pena, se condenado, o militar **complementará o SMI**, interrompido por sua própria conduta delitiva. Devem ser consideradas, ainda, se for o caso, as ressalvas quanto a possível desincorporação nos casos englobados pelo art. 140 do RLSM.

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

Cabe destacar que o período em que esteve trãnsfuga e o do cumprimento de pena privativa de liberdade pela deserção não são computados como “tempo de serviço militar”<sup>14</sup>.

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

### **Interpretações sobre a *quaestio***

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

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

Noutra via, em razão de demorada resposta penal, licenciamentos prematuros são procedidos, motivados pela aplicação inadequada da discricionariedade de Comandantes de OM ou mediante determinação judicial emanada de magistrados da Justiça Federal comum, confundindo-se, em ambas as situações, duração do **SMI** com “**tempo de serviço militar**” do acusado. Desconsidera-se, assim, a falta de grau de instrução para a inclusão do agente na Reserva, conforme prescrito no art. 80 do RLSM.

Igualmente, com a antecipação do licenciamento, ignora-se o conhecimento da ofensa perpetrada aos valores da caserna e, em última análise, aos do Estado, aspecto somente clarificado com o trânsito em julgado. E tão somente nesse momento final da persecução penal, poder-se-ia avaliar a possibilidade até mesmo da não concretização do licenciamento, mas sim da expulsão do militar, na forma da lei, fator impeditivo do ingresso daquele desertor na Reserva Mobilizável.

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

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

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

Por isso, pergunta-se: como processar por deserção um civil, militar que fora licenciado, sendo que o bem protegido com a tipificação do crime é o Serviço Militar? O jovem estaria de posse de um Certificado<sup>15</sup>, em que pese a sua equivocada concessão, assegurando-lhe que está em dia com as obrigações relativas ao Serviço Militar, nos termos do art. 143 da CF.

Ainda, indaga-se: como processar um civil à revelia, sem saber de suas reais condições de aptidão para o Serviço Militar, o qual, eventualmente, poderá necessitar de restabelecimento de sua saúde? Por isso é que, tão logo capturado ou apresentado voluntariamente, somente deverá ser reincluído se apto, em inspeção de saúde, para o Serviço Militar **remanescente**, para então se ver processado e julgado<sup>16</sup>.

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

### **Do enunciado nº 12 da Súmula do STM**

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

### **Do STJ e da Justiça Federal do DF**

Em viés contrário e nem tão inovador, linha de entendimento trouxe à tona, novamente, a possibilidade de o acusado, por deserção, ser julgado mesmo ostentando a condição de civil. E, para tanto, ampara-se na Ação Civil Pública (ACP) nº 18725-37.2012.4.01.3400, que tramitou na 1ª Vara Federal do Distrito Federal. Tanto na tutela antecipada (Maio

2012) como na Sentença (Dez 2012), foi determinado que os Comandos Militares não se abstivessem de desincorporar os militares arrimos de família e de licenciar ou expulsar militares das Forças Armadas, residentes no Distrito Federal, em face de estarem respondendo a processo por deserção, deferindo-se pleito da Defensoria Pública da União (DPU).

A Sentença da ACP apoia-se em julgado do STJ<sup>17</sup>, o qual cita precedente do STM<sup>18</sup>. No entanto, o referencial do STJ trata de caso de trancamento de ação penal de deserção de **policia militar estadual** (profissional concursado e voluntário) por ter sido excluído a bem da disciplina no curso do processo. Por sua vez, o julgado do STM refere-se a pleito de trancamento de Instrução Provisória de Deserção (IPD) de **militar do Exército**, cumprindo o **SMI** nos termos do art. 143 da Constituição, que fora excluído do serviço ativo na forma do art. 456, § 4º, do CPPM<sup>19</sup>. Nesse último, o argumento defensivo apontou suposta ocorrência de erro na lavratura do termo de deserção, em razão de equívoco na contagem do prazo de graça. Contudo, restou comprovado o acerto daquele termo e denegada a Ordem de HC, prosseguindo a tramitação da instrução relativa à deserção do agente foragido do Exército.

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

Ocorre que o Tribunal Regional Federal – 1ª Região (TRF1), ao apreciar a apelação relativa à ACP, mediante julgamento da 1ª Turma, reformou a sentença, julgando improcedente o pedido da DPU, e revogou a tutela anteriormente concedida, com base no fundamento de que o *“militar que responde a processo penal não pode ser desincorporado, sob pena de frustrar a aplicação da lei penal [...]”*. Cabe destacar que o voto condutor do Acórdão, em contexto, encontrou, no enunciado nº 12 da Súmula do STM, esteio para a Decisão proferida, bem como apoiou-se em jurisprudência do STF sobre o cabimento de “[...]prolongamento extraordinário do tempo de serviço militar[...]”<sup>20</sup> em casos de deserção de praça sem estabilidade.

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

### **Do STF**

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

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

há óbices para o “[...] *prosseguimento da ação penal militar e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção [...]*”<sup>22</sup>.

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

### **Conclusão sobre a questão**

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

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

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

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

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

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

### **Considerações finais**

O delito da deserção é da mais alta gravidade por envolver afronta ao Serviço Militar e ao Dever Militar, comprometendo os cânones de defesa da Pátria, as quais dependem, estruturalmente, de cada cidadão. O infrator acaba por ser infiel aos demais integrantes da OM à qual pertence e, se considerarmos que as Forças Armadas, na forma da Constituição Fe-

deral, são o braço armado da nação, a deserção é, por extensão, também traição à sociedade e ao Estado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por vezes, foca-se na ânsia de condenar o agente. Mas o escopo da Lei, o que interessa mesmo, apenas neste crime, é ter um agente conde-

nado, mas também apto a complementar o Serviço Militar para ser incluído na Reserva com grau de instrução em condições de ser mobilizado. E não apenas ser condenado. O condenado por deserção e sem condições (inapto ou foragido) de completar as mais diversas fases de instrução do Serviço Militar não induz utilidade ao Estado.

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

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

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

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

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

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

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

Brasília-DF, 21 de maio de 2015.

General de Exército Fernando Sérgio Galvão  
Ministro do Superior Tribunal Militar

<sup>1</sup>O Poder Judiciário brasileiro prevê a Justiça Comum, uma na esfera Federal e outra na Estadual, e três Justiças Especializadas: Militar, Trabalhista e Eleitoral.

<sup>2</sup>Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

<sup>3</sup>Conforme § 4º do art. 456 do CPPM.

<sup>4</sup>Licenciamento – Ato de exclusão da praça do serviço ativo, após o término do tempo do Serviço Militar Inicial, com sua inclusão na reserva. (Item 24) do art. 3º do Regulamento da LSM), diferindo-se de desincorporação.

<sup>5</sup>Título III do CPM trata dos crimes contra o Serviço Militar, no sentido mais amplo, e do Dever Militar.

<sup>6</sup>Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (LSM).

<sup>7</sup>Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 (RLSM).

<sup>8</sup>art. 2º da Lei Nº 8.239, de 4 de outubro de 1991, que regulamenta o art. 143 da Constituição Federal /88.

<sup>9</sup>Convocação – Ato pelo qual os brasileiros chamados para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase (Item 6) do art. 3º do RLSM).

<sup>10</sup>CPM, CPPM, Estatuto dos Militares, LSM e seu Regulamento.

<sup>11</sup>Classe – Conjunto dos brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de um mesmo ano, designada pelo ano de nascimento, que pode ser convocada para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase.

<sup>12</sup>Destaco a Força Terrestre que, em média, totaliza 90% dos jovens incorporados, anualmente, nas Forças Armadas. Cerca de 3% incorporam na Marinha do Brasil e outros 7% na Aeronáutica. (Dados de 2012 da Diretoria de Serviço Militar do Exército Brasileiro).

<sup>13</sup>Conforme art. 5º da LSM, c/c o item 24) do art. 3º e o art. 19, ambos do RLSM.

<sup>14</sup>Conforme art. 136, c/c as letras c) e e) do § 4º do art. 137, ambos do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

<sup>15</sup>Considerando o contido no art. 164 e no art. 209 do RLSM.

<sup>16</sup>Conforme §§ 2º e 3º do art. 128 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

<sup>17</sup>STJ. RHC 24.607/PR. Relator Min. Og Fernandes, julgado em 23/3/2010, DJe de 12/4/2010.

<sup>18</sup>STM. HC nº 2005.01.034010-6-RS. Relator Min. Flávio Bierrenbach, julgado em 16/3/2005, publicado em 31/5/2005.

<sup>19</sup>Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969).

<sup>20</sup>STF. HC nº 99.445. Relatora Min. Cármen Lúcia. Primeira Turma, julgado em 28/9/2010, DJe-097 de 23/5/2011.

<sup>21</sup>STF. HC nº 115.754. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 19/3/2013, DJe-066 de 11/4/2013.

<sup>22</sup>STF. HC nº 108.197. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, DJe-033 de 15/2/2012.

<sup>23</sup>STF. HC Nº 103.254. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 29/6/2010, DJe-070 de 13/4/2011.

<sup>24</sup>Art. 82, inciso VIII, e § 3º do art. 128, ambos do Estatuto dos Militares; § 5º do art. 31, da LSM; e Arts. 80 e 145, ambos do RLSM.

À luz de tudo o que foi explanado e pela leitura de decisões do STF, exaradas por longo período, todas harmônicas até a atualidade, sem qualquer oscilação, verifica-se que os elementos para a aprovação de Súmula vinculante encontram-se presentes.

Os constitucionalmente legitimados – art. 103-A, §§ 1º, 2º e 3º, da CF/1988 –, em prol da segurança jurídica, poderiam provocar a sua aprovação ao STF, apaziguando questão tão importante para as Forças Armadas e para a JMU.

Assim, considerando os argumentos anteriormente expostos, não me resta alternativa a não ser manter o *Decisum* atacado, pois também entendo que o licenciamento do réu acarreta a perda da condição de “prosseguibilidade”, com a conseqüente extinção da Ação Penal Militar (APM).

Superior Tribunal Militar, 1º de outubro de 2015.

Gen Ex Fernando Sérgio Galvão  
Ministro do STM

---





---

Conselho de Justificação



---

**CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 26-83.2015.7.00.0000-DF**

---

Relator: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

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

Requerente: O Exmo. Sr. Comandante do Exército encaminha, em cumprimento ao prescrito na Lei nº 5.836/72, os autos do Conselho de Justificação a que foi submetido o Cap Evandro Fernandes Marques da Silva.

Advogado: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI Nº 5.836/72. PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO SUSCITADAS PELA DEFESA. REJEIÇÃO. MÉRITO. JUSTIFICADO. DECISÃO DE MÉRITO. UNANIMIDADE.

1. Preliminar de nulidade do ato de instauração. Não há nulidade na Portaria de instauração do Conselho de Justificação quando os motivos encontram-se expressos no Libelo Acusatório e em Despacho Decisório que determina sua instauração. Preliminar rejeitada à 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 5.836/72, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e em pleno vigor. Preliminar rejeitada à unanimidade.

3. Preliminar de nulidade da sessão secreta. A sessão secreta de deliberação pelos membros do Conselho de Justificação encontra fundamento legal no art. 12 da Lei nº 5.836/72 e destina-se

a deliberar sobre o Relatório a ser redigido. Possui cunho meramente opinativo e subsidia a decisão do Comandante da Força. A restrição da sua publicidade busca a preservação da dignidade do próprio Justificante e não lhe suprimir garantias. Preliminar rejeitada por maioria.

4. Preliminar de nulidade concernente à exiguidade do prazo concedido ao Justificante para apresentação de quesitos. A despeito de não haver na Lei nº 5.836/72, bem como no CPPM, previsão acerca de prazo para formulação de quesitos pelo Justificante, o prazo concedido de dois dias, *in casu*, é razoável, não havendo elemento probatório que permita inferir ser benéfica a dilação do prazo, uma vez que o Justificante não manifestou o desejo de apresentar qualquer quesito ao questionamento às testemunhas ouvidas. Preliminar rejeitada por maioria.

5. Preliminar acerca do direito de o justificante ser ouvido em juízo. 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. Precedentes do STM e do STF. Preliminar rejeitada por unanimidade.

6. Preliminar de prescrição do primeiro fato imputado ao justificante. O art. 18 da Lei nº 5.836/72 estabelece prazo prescricional de seis anos para os casos submetidos ao Conselho de Justificação e não traz qualquer hipótese de interrupção. O lapso temporal transcorrido desde a data do primeiro fato até a data da sessão de julgamento no STM é superior a seis anos, estando o fato prescrito. Preliminar acolhida à unanimidade.

7. Preliminar de ausência de defesa técnica. Mesmo que vislumbrada a nulidade por ausência de defesa, deve a preliminar ser superada e o mérito apreciado quando, sopesando o contexto fático probatório, se afigure mais benéfico ao Justificante. Preliminar rejeitada por maioria.

8. Mérito. Oficial recorrente em faltas ao serviço sem autorização. Condutas que violaram normativos militares, maculando valores importantes para a vida castrense, contudo culminadas por problemas familiares, conjugais e de alcoolismo em fase conturbada e superada pelo Justificante, *in casu*, que não alcançaram grau de reprovabilidade a ponto de ensejar punição além daquelas aplicadas disciplinarmente ao Justificante. Oficial justificado. Decisão unânime.

---

## DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade da Portaria nº 1013, de 1º/9/2014, que instaurou o Conselho de Justificação; **por unanimidade**, rejeitou a segunda

preliminar defensiva de ilegalidade da remessa dos autos do Conselho pelo Comandante do Exército ao Superior Tribunal Militar sem representação da Advocacia-Geral da União; **por maioria**, rejeitou a terceira preliminar defensiva de nulidade da sessão secreta de deliberação final do Conselho, contra os votos dos Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) e José Coêlho Ferreira que a acolhiam. **Por maioria**, o Tribunal rejeitou a quarta preliminar defensiva de exiguidade do prazo para apresentação das perguntas ao Justificante por violação ao princípio da ampla defesa. Os Ministros Carlos Augusto de Sousa (Relator) e Marcus Vinicius Oliveira dos Santos acolhiam a preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, e declaravam a nulidade do presente Conselho de Justificação por ofensa ao princípio da ampla defesa. Em seguida, o Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a quinta preliminar defensiva sob a alegação de que o Justificante deveria ser ouvido em Juízo; **por unanimidade**, acolheu a sexta preliminar defensiva e declarou a prescrição do fato imputado ao Justificante no item “a” do Libelo Acusatório consumada, em tese, em 7/10/2008; **por maioria**, o Tribunal rejeitou a sétima preliminar defensiva de ausência de defesa técnica no intuito de viabilizar o exame do mérito. Os Ministros Carlos Augusto de Sousa (Relator) e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) acolhiam a preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, e declaravam a nulidade do Conselho de Justificação desde a 1ª Sessão por ofensa ao princípio da ampla defesa. **No mérito, por unanimidade**, o Tribunal, nos termos do voto do Ministro Carlos Augusto de Sousa (Relator), julgou improcedente o Conselho de Justificação para considerar o Cap Ex Evandro Fernandes Marques da Silva justificado das condutas descritas no libelo acusatório e, em consequência, determinar o arquivamento do feito. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora) fará declaração de voto. O Ministro José Barroso Filho fará declaração de voto quanto a sétima preliminar. Os Ministros Artur Vidigal de Oliveira e Lúcio Mário de Barros Góes não participaram do julgamento. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Mário Sérgio Marques Soares.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Mário Sérgio Marques Soares. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. (Extrato da Ata da 85ª Sessão, 5/11/2015).

**RELATÓRIO**

Trata-se de Processo oriundo de Conselho de Justificação instaurado mediante a Portaria nº 1013, de 1º/9/2014, do Comandante do Exército, fundamentada no Despacho Decisório nº 033/2014, de 10/3/2014 (fls. 6/8 e 10/12), a fim de avaliar a capacidade de o Cap EVANDRO FERNANDES MARQUES DA SILVA permanecer no Exército como militar de carreira, haja vista os fatos que lhe foram atribuídos no libelo acusatório, nos termos seguintes (fls. 17/33):

(...) **a. em 7 de outubro de 2008**, na condição de Oficial Subalterno no Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de São Paulo-SP (CPOR), ter faltado ao expediente naquela data, sem haver solicitado autorização ou informado à autoridade competente, em tempo útil, a impossibilidade de comparecer ao aquartelamento do CPOR-SP, incorrendo em transgressão disciplinar prevista no nº 25 do Anexo I, com as agravantes do inciso II e da alínea “c” do inciso VI do art. 20, com atenuantes do inciso IV do art. 19, tudo do Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado com o Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Tal fato configura, em tese, em violação ao preceito da ética e do dever militar, conforme preceituam os incisos IV e VII do art. 28 e incisos III, IV e V do art. 31 da Lei 6880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

(...) **b. no dia 17 de maio de 2010**, na condição de Oficial Intermediário do 25º B Log, por haver deixado de comunicar, tempestivamente, a seus superiores hierárquicos a impossibilidade de comparecer ao expediente da OM, sem apresentar a necessária justificativa, contrariando, desta forma, diretriz expressa do Comandante do Batalhão, incorrendo nos 25 e 26 do Anexo I, com agravantes dos incisos IV e VII do art. 28 e incisos III, IV e V do art. 31 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

(...) **c. nos dias 6, 7 e 8 de julho de 2010**, na condição de Comandante da Companhia de Apoio do 25º Batalhão Logístico / 25º B Log (Rio de Janeiro-RJ), faltado ao expediente naqueles dias, sem justo motivo, incorrendo nas transgressões disciplinares previstas nos nº 25 e 26 do anexo I, com as agravantes dos incisos II e III, do art. 20, tudo do RDE. Tal fato configura, em tese, violação ao preceito da ética e do dever militar, conforme preceituam os incisos IV e VII do art. 28 e incisos III, IV e V do art. 31 do Estatuto dos Militares.

(...) **d. nos dias 21, 22, 23, 24, 25 e 27 de julho de 2010**, na condição de Oficial Intermediário do 25º Blog, por haver deixado de comparecer àquela Organização Militar, sem justo motivo, nos dias acima mencionados, incorrendo nos nº 25 e 26 do Anexo I, com agravantes dos incisos II e III, do art. 20, tudo do RDE. Tal fato configura, em tese, violação ao preceito da ética e do dever militar, conforme preceituam os incisos IV e VII do art. 28 e incisos III, IV e V do art. 31 da Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980 (Estatutos dos Militares).

(...) **e. em 13 de janeiro de 2011**, como Chefe da Seção de Operações do 25º B Log por haver faltado ao apronto operacional, para o qual estava escalado, após contato do Subcomandante do Batalhão, no dia 13 (treze) de janeiro de 2011, sem ter apresentado, tempestivamente, a necessária justificativa, incorrendo nos nº 25 e 26 do anexo I, com agravantes dos incisos II, III e V do art. 20, tudo do RDE. Tal fato configura, em tese, violação ao preceito da ética e do dever militar, conforme preceituam o inciso IV do art. 28 e incisos III, IV e V do art. 31 do Estatuto dos Militares.

(...) **f. nos dias 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30 de janeiro de 2011**, na condição de Chefe da Seção de Operações do 25º B Log, haver faltado ao expediente daquela Organização Militar nos dias supramencionados, incorrendo nos números 25 e 26 do Anexo I, com agravantes dos incisos II e III do art. 20, tudo do RDE. Tal fato configura, em tese, violação ao preceito da ética e do dever militar, conforme preceituam o inciso IV do art. 28 e incisos IV e V do art. 31 do Estatuto dos Militares.

(...) **g. nos dias 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 2011**, na condição de Chefe da Seção de Operações do 25º B Log, haver faltado ao expediente daquela Organização Militar, sem justo motivo, nos dias supracitados, e por haver se ausentado da Guarnição do Rio de Janeiro/RJ, viajando para a cidade de Belo Horizonte-MG sem autorização do Comandante do Batalhão, incorrendo nos números 25, 26 e 28 do Anexo I, com agravantes dos incisos II e III do art. 20, tudo do RDE. Tal fato configura, em tese, violação ao preceito da ética e do dever militar, conforme preceituam o inciso IV do art. 28 e incisos IV e V do art. 31 do Estatuto dos Militares.

(...) **h. no dia 21 de outubro de 2011**, na condição de Chefe da Seção de Operações do 25º B Log, por haver faltado ao expediente daquela Organização Militar, sem justo motivo, na data mencionada, incorrendo nos nº 25 e 26 do Anexo I, com a agravante do inciso III do art. 20, tudo do RDE. Tal fato configura, em tese, violação ao preceito da ética e do dever militar, conforme preceituam o inciso IV do art. 28 e incisos IV e V do art. 31 do Estatuto dos Militares. (...) (Grifei).

As atividades do Conselho se desenvolveram regularmente, com a primeira Sessão realizada em 5/9/2014.

O Justificante recebeu cópia do Libelo Acusatório para apresentação de Defesa e informou não possuir advogado constituído, tendo sido oferecido e aceito o Oficial Cap VANER ODA DE OLIVEIRA MORAES para acompanhá-lo durante as atividades do Conselho (fl 36).

Em seu interrogatório, o Justificante optou por fazer uso do direito de permanecer calado, mas informou que já possuía fatos a alegar ou provas que justificariam a sua inocência, e que faria suas alegações por escrito, dentro do prazo estabelecido no Libelo (fls. 34/35).

Em 16/9/2014, o Justificante apresentou suas Razões de Defesa, por escrito, perante o Conselho de Justificação, nos seguintes termos:

1. Os atos a mim imputados no libelo acusatório ocorreram num período em que estava passando por dificuldades causadas por problemas financeiros, familiares e de saúde. Devido aos problemas financeiros e familiares, vivi muito tempo em depressão.

2. Diante de cada imputação constante no libelo acusatório, faço as seguintes alegações:

(...) Referente à falta ao expediente no dia 07 de outubro de 2008, lembro que ao acordar pela manhã para ir ao quartel, verifiquei que a porta estava trancada e eu estava sem as chaves. Os dois oficiais que moravam comigo e também serviam no CPOR/SP haviam saído mais cedo e acabei ficando trancado em casa. Lembro ainda que não estava me sentindo muito bem e que permaneci em casa até que o Ten Riele retornou ao apartamento e verificou que eu estava trancado. Disse ao mesmo que não estava me sentindo bem e que teria que permanecer em casa, solicitando então que informasse ao Cmt Cia C Ap o problema (...).

(...) Referente à falta ao expediente no dia 17 de maio de 2010, deixei de comparecer ao expediente pelo fato de ter saído da minha residência por ter brigado com a minha esposa. Conforme o processo de apuração da referida transgressão disciplinar, constante dos autos, ao receber uma ligação de um militar do 25º B Log (ES), informei o problema e solicitei que informasse ao Cmt da OM (...).

(...) Referente à imputação da letra “c” do libelo acusatório, faltei ao expediente daqueles dias porque estava em processo de separação da minha esposa e não tinha condições emocionais de ir para o quartel (...).

(...) Referente a imputação letra “d” do libelo acusatório, faltei ao expediente daqueles dias porque havia me separado de fato da minha esposa. Não tinha condições emocionais de ir para o quartel. Fui acolhido pela Patrícia e permaneci na casa dela procurando novamente me isolar de todos (...).

(...) Referente à imputação da letra “e” do libelo acusatório, deixei de comparecer ao pronto operacional porque achei que se tratava de uma brincadeira dos meus companheiros. Eu estava reunido com alguns oficiais do Batalhão e já havíamos consumido bebida alcoólica durante a noite em que foi feito o contato telefônico pelo Subcomandante (...) A ligação foi feita para um dos oficiais que estava comigo e som estava muito alto no local onde estávamos (...) Eu já havia consumido bebida alcoólica e não tive o discernimento naquele momento de me apresentar no quartel para verificar se se tratava de uma missão real com tamanha gravidade e urgência (...) Eu não estava de carro e lembro que peguei um táxi para ir para casa. No dia seguinte um oficial do quartel que sabia onde eu estava morando foi até lá e me disse que se tratava de uma missão real.

(...) Referente à imputação da letra “f” do libelo acusatório, deixei de comparecer ao expediente nos dias mencionados pelo fato de ter ficado muito abalado com o fato de ter faltado ao acionamento para o pronto operacional no dia 13 de janeiro de 2014. Eu estava muito triste e envergonhado com tudo que estava acontecendo e procurei me isolar (...).

(...) Referente à imputação da letra “g” do libelo acusatório, deixei de comparecer ao expediente nos dias mencionados pelo fato de ter brigado com minha companheira e ela ter ido para a casa dos pais em Belo Horizonte com meus filhos (...) viajei para Belo Horizonte a fim de resolver o problema que não foi possível, pois ela já havia decidido que não voltaria para o Rio de Janeiro (...).

(...) Referente à imputação da letra “h” do libelo acusatório, deixei de comparecer ao expediente no dia 21 de outubro de 2011 porque ainda estava desorientado com tudo o que estava acontecendo. A minha companheira havia levado tudo para Belo Horizonte e não tinha nada em casa. Na noite do dia 20 de outubro, saí para me distrair um pouco e acabei bebendo demais e não acordei no dia seguinte. Como se tratava de uma sexta-feira, eu me apresentei na OM apenas na segunda-feira, dia 24 de outubro de 2011 (...) Esta foi a última transgressão cometida por mim. Como se observa no Processo de Apuração de Transgressão disciplinar constante dos autos, reconheci meu erro, fui julgado e devidamente punido (...) continuei trabalhando mesmo com minha companheira e meus filhos morando em Belo Horizonte e eu sozinho no Rio de Janeiro (...).

3. Passei o resto do ano de 2011 os visitando nos finais de semana e retornando ao trabalho nas segundas-feiras, até entrar de férias (...). Vários problemas contribuíram para que eu cometesse as transgressões disciplinares supramencionadas, porém, resolvidos os problemas, segui minha carreira procurando melhorar minha conduta pessoal e profissional. No início de 2012, consegui convencer minha mulher a voltar para o Rio de Janeiro, pois eu iria ocupar um PNR e iríamos morar na Vila Militar.

4. Durante o ano de 2012, realizei o Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais onde pude dedicar-me ao aperfeiçoamento profissional, revendo os erros cometidos no passado e corrigindo atitudes para que pudesse seguir em frente na carreira militar. Fruto do meu esforço, apesar de ter realizado o curso tendo que ajudar minha mulher a cuidar do nosso filho recém-nascido, obtive os seguintes resultados:

1) NIP e MENÇÃO: Nota 7.728, Menção: Bom.

2) CONCEITO: durante o período em que foi aluno desta Escola, conduziu-se como oficial dotado de: Camaradagem: MB; Decisão: MB; Responsabilidade: MB; Iniciativa: MB; Disciplina: MB; Dedicção: MB; Nota efetiva: 8,459; Menção: MB.

3) Nota Psicomotora: 8,2.

4) Resultado Final: Revelou estar em boas condições para as funções de Comandante, Chefe ou Diretor e membro de Estado Maior de sua Arma. Nota Final: 7,838. Menção final: Bom. Classificação Final: 21/35.

Na Ata da 2ª Sessão (fl. 53), restou consignado que o Capitão VANER ODA DE OLIVEIRA MORAIS, que acompanharia o Justificante nos trabalhos do Conselho, não se fez presente.

Nas demais Sessões, foram ouvidas 6 (seis) testemunhas por intermédio de Carta Precatória: Cel R/1 Ex MARCELO ANTÔNIO NEVES (fls. 143/147); Cel R1 Ex JOÃO ALBERTO DELGADO COELHO (fls. 213/214); Maj R1 CELSO FERREIRA DOS REIS (fls. 148/150); Cel CARLOS EDUARDO DE MOURA NEVES (fls. 152/160); Cel ALEXANDER MARKEL COTA DINIZ RODRIGUES (fls. 162/165) e o Maj LUIZ CLÁUDIO OLIVEIRA DA SILVA (fls. 169/192).

Não foram arroladas testemunhas de Defesa.

No dia 20/11/2014, foi o Justificante novamente interrogado, tendo ratificado suas alegações formuladas quando de sua Defesa Escrita.

Alegações Finais Escritas à fl. 211, nas quais o Justificante alegou já ter sido punido disciplinarmente por todas as transgressões, sustentando que passava por problemas familiares, financeiros e de saúde, bem como por problemas com o alcoolismo.

Em 15/12/2014, o Conselho de Justificação, por unanimidade, julgou o Cap EVANDRO FERNANDES MARQUES DA SILVA culpado da acusação feita pelo Conselho conforme disposto nas alíneas "a", "b" e "c" do inciso I do art. 2º da Lei nº 5.836/72 (fls. 221/238). No mesmo dia, foi o Justificante informado da decisão (fl. 239); no dia subsequente foram encerradas as atividades do Conselho e os autos remetidos ao Comandante do Exército (fls. 240).

Em 19/1/2015, mediante o Despacho Decisório nº 006/2015 (fls. 243/247), o Comandante do Exército concordou com o julgamento do Conselho de Justificação e considerou o Justificante **culpado** das acusações que lhe foram imputadas nas alíneas "a" a "f" do libelo acusatório, dando-o como incapaz de permanecer nas fileiras do Exército, nos termos do art. 12, § 1º, alínea "a", da Lei 5.836/72. Por fim, determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar.

Em 11/2/2015, chegaram os autos a este Tribunal, sendo autuados e distribuídos a este Relator (fl. 250).

Em 20/2/2015, foi determinada, por este Relator, a abertura de vista dos autos ao Justificante para que, no prazo de 5 dias, se manifestasse por escrito sobre os fatos que lhe foram imputados. Para tanto, foram os autos remetidos ao Juiz-Auditor distribuidor das Auditorias da 2ª CJM, tendo o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 2ª CJM determinado a intimação do Justificante.

Em 6/4/2015, retornam os autos a este Tribunal com a declaração do Justificante, o qual informou que não possuía condições financeiras de constituir advogado. Em consequência, em 10/4/2015, foram os autos remetidos à Defensoria Pública da União para que atuasse na defesa do Justificante.

Em 17/4/2015, a DPU apresentou sua manifestação (fls. 275/297), aduzindo preliminarmente:

1) que não foi garantido ao Justificante o direito à ampla defesa, assegurado através de defesa técnica, mencionando o fato de que o Cap VANER ODA DE OLIVEIRA MORAES, oferecido e aceito para acompanhar o Justificante durante as atividades do Conselho em auxílio à sua defesa, não compareceu a nenhum dos atos deste processo;

2) que há ilegalidade na remessa dos autos do Conselho de Justificação pelo Comandante do Exército ao STM sem a devida representação da AGU, por entender que o envio dos autos só poderia ocorrer dentro das regras pertinentes do Código de Processo Civil para instauração da lide;

3) que há nulidade na sessão secreta realizada quando da deliberação final do Conselho que considerou o Justificante culpado das acusações, por entender que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o disposto nos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei 5.836/72;

4) que o prazo de 3 (três) dias oportunizado ao justificante para a apresentação das perguntas em sua defesa violou a ampla defesa por ser exíguo;

5) que o Justificante deve ser ouvido em Juízo, mencionando o disposto no art. 8º, item 1, do Pacto de São José da Costa Rica;

6) que houve nulidade no ato de instauração do Conselho de Justificação, alegando que a Portaria de Instauração do Conselho não trouxe expresso o motivo, requisito de validade; e

7) que o primeiro fato imputado ao justificante encontra-se prescrito, nos termos do art. 18 da Lei 5.836/72.

No mérito, requer a DPU seja reconhecida a insubsistência do Libelo Acusatório para considerar o seu assistido justificado das imputações que lhe foram dirigidas. Saliou que, com o desenrolar do procedimento e, especialmente, com a oitiva do Cel Carlos Eduardo de Moura Neves, verificou-se que o Justificante enfrentava problema de alcoolismo e precisava de tratamento médico.

Pontuou, *in verbis*:

No período que o justificante se encontrava intoxicado pelo alcoolismo que ocorreram todas as infrações disciplinares – e frise-se o mesmo nunca apresentou justificativa para suas faltas justamente por entender

que não haveria como justificá-las com sua situação de alcoólatra – o que ainda é o padrão decorrente de todo o preconceito que envolve a doença, sendo ainda muito comum que as pessoas enxerguem o alcoolismo como fraqueza, falta de caráter, e não como doença.

Destacou, ainda, que o Justificante encontra-se recuperado – apesar de o alcoolismo ser uma doença sem cura –, em pleno desempenho de suas atividades e desde outubro de 2011 não cometeu mais nenhuma infração disciplinar. Frisou que as faltas não foram premeditadas e, não obstante ser um mau exemplo à tropa, não afetaram o pundonor e a ética militar.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer de fls. 300/328, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES, concordando com a tese defensiva, entende que o Justificante não teve seu direito à defesa plenamente garantido, uma vez que o Oficial oferecido e aceito para atuar na defesa do Justificante não esteve presente em qualquer ato processual.

A PGJM aduz que não houve prescrição para nenhuma das faltas, mencionando que o prazo prescricional de 6 (seis) anos, nos termos do art. 18 da Lei n. 5.836/72, deve ser contado da cessação da prática das infrações, qual seja, o dia 21/10/2011, e que, caso as condutas sejam examinadas separadamente, apenas a falta ocorrida no dia 7/10/2008 estaria prescrita, estando as demais condutas passíveis de julgamento.

Aduz, ainda, que não há nulidade no Ato de Instauração do Conselho de Justificação e que sua natureza jurídica é de processo especial destinado a julgar conduta do Justificante sob o prisma da ética militar, tudo nos termos da Lei n. 5.836/72, não prosperando o argumento de que a remessa dos autos do Conselho de Justificação ao STM dependeria de representação da AGU.

No que tange à nulidade arguida pela DPU, em relação à sessão do Conselho de Justificação destinada a deliberar sobre o Relatório ter sido secreta, argumenta a PGJM que inexistiu julgamento secreto, pois a aludida sessão destinou-se a deliberar sobre relatório a ser redigido. Desse modo, não possui natureza decisória, sendo meramente opinativo, com a possibilidade, inclusive, de o Comandante da Força decidir em sentido diverso, cabendo finalmente ao STM julgar a capacidade do oficial de permanecer na ativa.

Quanto ao argumento defensivo no sentido de que o Justificante deveria ser ouvido pelo órgão jurisdicional que irá julgá-lo, a PGJM refuta esta tese e menciona que o Justificante foi ouvido em duas ocasiões e teve ampla oportunidade de juntar documentos, arrolar testemunhas e requerer diligências.

No mérito, argumenta a PGJM que as infrações praticadas com reiteração são inequívocas e que as condutas do Justificante, de fato, violaram atos normativos militares e macularam valores importantes no ambiente castrense.

Entretanto, menciona que é necessária a análise de todo o conjunto de ações e atitudes do militar infrator, vislumbrando a ausência de fatos desabonadores de suas funções militares antes dos fatos objeto do presente Conselho e durante os três anos subsequentes, havendo evidências de que o Justificante enfrentava problemas familiares, conjugais e de alcoolismo.

Aduz, ainda, que labora em favor do Justificante o fato de a administração militar ter se mantido inerte inobstante tantas transgressões, apenas instaurando o procedimento apuratório administrativo mais de três anos após a última prática infracional, deixando prescrever o período mais crítico e que mais deu ênfase a este processo, qual seja, o ano de 2008, quando era instrutor.

Após 2011, não consta de suas Folhas de Alterações (Apenso 1) que o Oficial tenha sido submetido à idêntica apuração, ou incorrido novamente em transgressões militares, indicando que o referido militar efetivamente passou por problemas graves e incorrido em comportamentos altamente reprováveis, contudo conseguiu superar esse período, mantendo-se, nos últimos 3 (três) anos, cumpridor de seus deveres militares sem alterações.

Não seria razoável, portanto, exatamente no momento em que o militar se mostra capaz de superar todas as suas crises pessoais e deficiências, reabilitar-se, inclusive da mais difícil delas, que é o alcoolismo, declará-lo incapaz de permanecer no serviço ativo ou de ser indigno para o oficialato.

Menciona a PGJM que a ausência do Oficial nomeado para a defesa do Justificante, durante a instrução do Conselho de Justificação, prejudicou sua articulação defensiva, em face do evidente envolvimento emocional e restrito à esfera familiar e pessoal que, por vezes, inibe o acusado de declinar, em sua defesa, o que deve ser analisado em seu benefício.

Por fim, pugna a Procuradoria para que seja o Justificante considerado justificado das condutas pelas quais respondeu perante o Conselho de Justificação.

Intimada, a Defensoria Pública da União formulou requerimento de sustentação oral, o qual deferi, conforme Despacho de fl. 341 (vol. 2). Na ocasião, designei a data de 5/11/2015 para a realização do julgamento.

É o Relatório.

## **VOTO**

Trata-se de apreciar Conselho de Justificação nomeado pelo Exmo. Sr. Comandante do Exército, por meio da Portaria nº 1013, de 1º/9/2014, em face do Cap EVANDRO FERNANDES MARQUES DA SILVA, por ter, em tese, praticado conduta irregular e atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, nos termos do art. 2º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei n. 5.836/72.

Contudo, antes de adentrar ao mérito, faz-se necessária a análise de questões preliminares presentes neste feito, a seguir elencadas:

## **PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA**

### **1 NULIDADE DO ATO DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO**

Argui a Defesa do Justificante a nulidade da Portaria nº 1013, de 1º/9/2014, do Comandante do Exército, acostada à fl. 05, vol. 1 (ato de instauração do Conselho de Justificação), aduzindo que lhe falta o **motivo**, requisito de validade do ato administrativo.

Contudo, entendo que não devem prosperar tais alegações defensivas, uma vez que os motivos encontram-se descritos no Despacho Decisório nº 033/2014 (fls. 10/12), que determinou a submissão do Justificante ao Conselho, e principalmente no libelo acusatório (fls. 17/33), que descreve todas as condutas, em tese, perpetradas pelo Justificante, possibilitando, assim, a ampla defesa e o contraditório.

A Portaria a que se refere a Defesa trata simplesmente da nomeação dos Oficiais integrantes do Conselho de Justificação, a fim de dar cumprimento ao Despacho Decisório nº 33.

Por não vislumbrar a nulidade arguida, voto pela rejeição desta preliminar.

### **2 ILEGALIDADE NA REMESSA DOS AUTOS DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO PELO CMTE DO EB AO STM SEM REPRESENTAÇÃO DA AGU**

Em síntese, sustenta a DPU ser o Conselho de Justificação processo judicial, quando aforado no STM, e que o envio dos autos a este Tribunal pelo Comandante da Força, nos termos do art. 13, V, da Lei 5.836/72 só pode ocorrer dentro das regras do Código de Processo Civil para instauração da lide, mediante representação judicial da União feita pela Advocacia-Geral da União.

Em que pese as alegações da DPU, não vislumbro nulidade no ato de remessa dos autos ao STM diretamente pelo Comandante do Exército.

A Lei n. 5.836/72, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, foi recepcionada pela Constituição de 1988, encontrando-se plenamente em vigor. A remessa dos autos ao STM diretamente pelo Comandante da Força está prevista no art. 13, inciso V, da citada Lei, portanto, não vislumbro ilegalidade.

Ademais, é entendimento sedimentado no STM no sentido de que o Conselho de Justificação possui natureza administrativa, conforme se observa nas decisões desta Corte proferidas no Conselho de Justificação nº 0000004-98.2010.7.00.0000 (2)/DF, em 11/9/2014, e no Agravo Regimental nº 0000049-97.2013.7.00.0000/MS, em 26/2/2015, dentre outras.

No mesmo sentido, é também entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa a seguir:

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Decisão do Conselho de Justificação. **Natureza Administrativa**. 3. Incabível a interposição de recurso extraordinário. Precedentes desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR. In AI. Nº 811.709 – SP, 2ª Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgamento: 16/11/2010, publicação: 6/12/2010).

Menciono outros julgados, também do STF: AI-AgR 719502, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 19/9/2008, AI-AgR 650238, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 5/4/2002.

Trata-se o Conselho de Justificação de Processo *sui generis* devidamente amparado pela legislação pertinente e em conformidade com a Constituição de 1988. A decisão do STM em processo de justificação, nos termos da Lei nº 5.836/72, cumpre o mandamento constitucional previsto no art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal.

Nestes termos, não há ilegalidade na remessa dos autos ao STM procedida diretamente pelo Comandante da Força, pois, se tratando de processo de natureza administrativa, não há que se falar em legitimidade consoante as regras do Código de Processo Civil, eis que os processos administrativos seguem rito processual próprio, previsto em lei específica, neste caso, a Lei nº 5.836/1972. A remessa dos autos ao STM visa tão somente cumprir o disposto na legislação pertinente.

Isto posto, voto pela REJEIÇÃO desta preliminar.

### 3 DA SESSÃO SECRETA

Alega a DPU que o Justificante foi julgado em sessão secreta, contrariando o mandamento constitucional previsto no art. 5º, LV. Menciona, inclusive, a nulidade de processo administrativo sigiloso, declarada pelo STF. Ao final requer que sejam declarados revogados os arts. 9º, §1º, e 12 da Lei nº 5.836/72.

No que tange à realização de sessão secreta, entendo não assistir razão à DPU. A referida sessão encontra fundamento legal no art. 12 da Lei nº 5.836/72. Neste ponto, acolho as razões expostas pela PGJM, em seu parecer de fls. 300/328, no qual asseverou que a aludida sessão destina-se a deliberar sobre o Relatório a ser redigido, não possuindo natureza decisória, tendo cunho meramente opinativo. Assim, se presta, apenas, a subsidiar decisão do Comandante da Força.

De fato, não houve julgamento realizado em sessão secreta. A competência para julgamento das ações oriundas de Conselho de Justificação é do STM, nos termos do art. 6º, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 8.457/92.

A restrição da publicidade do ato de deliberação acerca do relatório a ser redigido busca a preservação da dignidade do próprio Justificante e não o de suprimir-lhe garantias. Neste sentido recente decisão deste Tribunal proferida no Conselho de Justificação nº 0000004-98.2010.7.00.0000(2), em 11/9/2014, da qual transcrevo o seguinte trecho:

(...) É evidente que, em se tratando de procedimentos que envolviam um Oficial, não seria recomendada a presença de praças e subalternos do justificante, mesmo que objetivando preservar os princípios de hierarquia e 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 da República (...).

(Relator Min. Ten Brig Ar JOSÉ AMÉRICO DOS SANTOS. Publicação DJE: 24/11/2014).

Neste sentido, voto pela REJEIÇÃO desta preliminar.

#### **4 DA EXIGUIDADE DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS PERGUNTAS PELO JUSTIFICANTE (VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA)**

Sustentando que foi dado ao Justificante o prazo de apenas 2 (dois) dias para providenciar suas perguntas a serem encaminhadas às testemunhas arroladas no libelo acusatório, alega a DPU violação à ampla defesa.

Na Lei nº 5.836/72 não há previsão de prazo para formulação de quesitos pelo Justificante. Sabe-se que as normas do CPPM são aplicadas subsidiariamente à referida Lei, contudo também não há no mencionado diploma dispositivo compatível.

Logo, conclui-se que o critério adotado pelo Conselho de Justificação para a concessão do prazo para o Justificante apresentar seus quesitos às testemunhas foi baseado na razoabilidade, em atendimento ao disposto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, passando-se por uma avaliação subjetiva do próprio Conselho, tendo em vista que seu processamento segue rito célere e o prazo concedido ao Justificante para a apresentação dos quesitos deve levar em conta esta peculiaridade.

O Conselho de Justificação dispõe, inicialmente, do prazo de 30 (trinta) dias para a conclusão dos trabalhos, prorrogáveis por até 20 (vinte) dias, nos termos do art. 11 da Lei nº 5.836/72. Despacho do Comandante de fl. 8, exarado em 10/3/2014, determinou o afastamento do Justificante de suas atividades até que fossem concluídos os trabalhos do Conselho.

Se, **por um lado**, poder-se-ia argumentar que o justificante certamente dispunha de tempo hábil para produzir os referidos quesitos, uma vez que afas-

tado de suas atividades na caserna, **por outro**, pesa em favor do Justificante o fato arguido pela Defesa na primeira preliminar discutida, eis que o oficial especialmente nomeado para atuar em sua defesa não participou de qualquer ato deste feito. Logo, nota-se um embaraço à articulação defensiva, já que o Justificante não teve qualquer assistência em sua defesa. Milita, ainda, em favor do Justificante, o fato de que foram arroladas 7 (sete) testemunhas no libelo acusatório e que tão somente as perguntas do Conselho, formado por três integrantes, somam 51 laudas (fls. 60/110, vol. 1). Assim, evidencia-se a exiguidade do prazo de 2 dias para tão somente o Justificante, de *per si*, formular a questão.

Ademais, em que pese o Justificante não ter apresentado qualquer relação de perguntas a cada testemunha arrolada no libelo acusatório, conforme Ata da 4ª Sessão (fl. 111), nada impediria que o Oficial nomeado para atuar em sua defesa o fizesse. O prazo de 2 (dois) dias para formulação dos quesitos poderia ser considerado razoável caso o Oficial nomeado tivesse atuação efetiva na defesa do Justificante. De fato, isso não ocorreu.

Ante o exposto, entendo que esta preliminar deve ser acolhida, a fim de que seja declarada a nulidade do presente Conselho de Justificação, por ofensa ao princípio da ampla defesa.

Contudo, diverso é o entendimento do Plenário desta corte, que, por maioria, decidiu rejeitar esta preliminar, prosseguindo-se à análise do feito, acolhendo as razões expostas no Parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, fls. 300/328, por entender que o mérito do feito deve ser apreciado, uma vez que o contexto fático apresentado nos autos indica um posicionamento mais favorável ao Justificante como medida de justiça.

## 5 DIREITO DE O JUSTIFICANTE SER OUIDO EM JUÍZO

No que tange a esta preliminar, entendo não assistir razão à Defesa, pois, conforme discorrido anteriormente, o Conselho de Justificação, segundo entendimentos do STM e do STF, tem natureza de processo administrativo e segue regramento específico, no qual não existe a previsão de oitiva do Justificante por órgão judicial.

Razão assiste ao MPM quando menciona que, em duas oportunidades, foi ouvido o Justificante no decorrer do Conselho. Não é cabível nova instrução processual de Processo oriundo do Conselho de Justificação, descabendo, também, nova oitiva do Justificante em Juízo. Com relação ao tema, visualiza-se entendimento deste Tribunal:

AGRAVO REGIMENTAL IN CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. IRRESIGNAÇÃO DA DEFE-

SA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INVIABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). PRAZO DECADENCIAL. ESGOTAMENTO. AUDIÊNCIA DO JUSTIFICANTE. ARTS. 15 E 16 DA LEI Nº 5.836/72. OITIVA APENAS NA FASE ADMINISTRATIVA. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. OBEDIÊNCIA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INTIMAÇÃO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PROVIDÊNCIA CARTORÁRIA EXECUTADA REGULARMENTE. Embora seja adequada a via recursal manejada para questionar decisão monocrática em sede de Conselho de Justificação (Agravo Regimental), as pretensões formuladas pela Defesa do justificante, Oficial da Força Aérea Brasileira, encontram obstáculos de toda ordem: a uma, porque a suspensão do andamento processual, a fim de aguardar a resolução de Mandado de Segurança impetrado perante o STJ, esbarra, em tese, na verificação da decadência (art. 23 da Lei nº 12.016/2009); a duas, porque **a oitiva do justificante efetivamente já ocorreu na fase administrativa, portanto, sua audiência, no atual estágio processual, perante esta Corte Castrense, não mais encontra assento na legislação de regência (arts. 15 e 16 da Lei nº 5.836/72). A inversão do interrogatório frente aos demais atos processuais não se aplica subsidiariamente aos feitos sob jurisdição castrense, uma vez que, conforme precedentes desta Corte, nem a alteração do art. 400 do CPP, decorrente da Lei nº 11.719/2008, nem o art. 8º, item 2, alíneas “d” e “g”, do Pacto de São José da Costa Rica, revogaram a regra processual do art. 302 do CPPM, o que não viola o pleno exercício do direito ao contraditório e a garantia à ampla defesa.** O pleito defensivo que visa ao recebimento de intimação pessoal e nos autos não merece discussão, uma vez que o órgão cartorário desta Corte sempre se houve com lisura e eficiência no desempenho de suas atribuições. Juízo de retratação. Irretratabilidade. Agravo Regimental não acolhido por decisão unânime. Agravo Regimental nº 0000004-98.2010.7.00.0000/DF. Min. Rel. José Américo dos Santos. Decisão:12/11/2013. Dje 19/11/2013). (Grifei).

Ante o exposto, voto pela **rejeição** desta preliminar.

## 6 PRESCRIÇÃO DO PRIMEIRO FATO IMPUTADO AO JUSTIFICANTE

Argui a Defesa a prescrição do primeiro fato imputado ao Justificante nos termos do art. 18 da Lei nº 5.836/72, sustentando que, desde o ocorrido (7/10/2008) até a presente data, houve o transcurso de mais de seis anos, sem que houvesse julgamento realizado pelo STM.

A prescrição pretendida pela Defesa limita-se ao fato, em tese, praticado pelo Justificante em 7/10/2008.

Considerando que a instauração do Conselho se deu em 1º de setembro de 2014, pode-se verificar o transcurso de prazo superior a seis anos.

O art. 18 da Lei 5.836/72, que estabelece o prazo prescricional de seis anos para os casos submetidos ao Conselho de Justificação, não traz qualquer hipótese para sua interrupção. Considerando que o lapso temporal transcorrido desde o dia 7/10/2008, data do primeiro fato, até a presente data é superior a seis anos, encontra-se este fato prescrito nos termos do citado dispositivo.

Nesse sentido, por ocasião do julgamento do Conselho de Justificação nº 06-39.2008.7.00.0000, em 11/3/2010, decidiu o STM:

(...) esse fato, para fins de Conselho de Justificação, não mais pode ser considerado, por estar albergado pelo manto da prescrição, nos termos do artigo 18 da Lei nº 5.836/72, pelo transcurso de lapso temporal superior a 6 (seis) anos entre o dia 13 de outubro e a **presente data** (...) (Grifei).

Admitir-se que o prazo prescricional deve ser levado a efeito tão somente para a instauração do Conselho de Justificação seria dizer algo de que a Lei não dispõe. Em assim procedendo, estar-se-ia atuando este Órgão Julgador como verdadeiro legislador positivo, criando causa interruptiva de prescrição não prevista em Lei ou, ainda, estar-se-ia a integrar a norma de forma a prejudicar o Justificante.

Ante o exposto, acolho a preliminar suscitada pela Defesa e voto para que seja declarada a prescrição do fato imputado ao Justificante no item “a” do Libelo Acusatório, consumado, em tese, em 7/10/2008, persistindo, assim, não prescritas as demais condutas, que deverão ser apreciadas ao adentrarmos no mérito.

## 7 DA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA

Preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, ao apresentar as justificativas (fls. 275/297), com a qual concorda o MPM, conforme parecer de fls. 300/328, por entenderem que houve violação à ampla defesa em vista de o Oficial nomeado para atuar na Defesa do justificante não ter acompanhado os atos do Conselho de Justificação.

De fato, da leitura dos autos, pode-se observar que, nos termos da Ata da 1ª Sessão do Conselho de Justificação, realizada em 5/9/2014 (fl. 36), o Justificante declarou não ter advogado constituído, defensor público ou oficial para acompanhar o feito, tendo sido oferecido pelo Conselho e aceito pelo Justificante o Oficial Capitão VANER ODA DE OLIVEIRA MORAES para acompanhá-lo durante as atividades do Conselho.

Em que pese a nomeação do Cap VANER para atuar na defesa do Justificante, verifica-se dos autos que o aludido Oficial sequer esteve presente durante as sessões de instrução, bem como não teve qualquer atuação perante o Conselho conforme se observa das Atas de fls. 53, 57, 111, 205, 215, sem que conste dos autos qualquer motivo para sua não atuação.

Assim, evidencia-se que, de fato, ficou prejudicado o direito à ampla defesa do Justificante, havendo, apenas, como bem asseverou a DPU, o exercício da autodefesa realizada pelo próprio Justificante.

Tratando-se de garantia inculpada no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, a ampla defesa deve ser não só assegurada, mas oportunizada tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos. Ao ser designado Oficial para atuar na defesa do Justificante, percebe-se a busca em dar lisura aos trâmites do feito, com observância do que prescreve o art. 9º da Lei nº 5.836/72. Entretanto, a não atuação do referido oficial na defesa efetiva do justificante maculou o processo, tornando-o nulo por falta de defesa.

Flagrantemente a ausência do oficial nomeado, especialmente para atuar na defesa do Justificante, trouxe grande prejuízo para a articulação defensiva, revelado pelo veredito final do Conselho, que o considerou injustificado das condutas a ele imputadas.

Grande discussão existe acerca da natureza jurídica do Conselho de Justificação, dividindo-se a doutrina entre aqueles que entendem ter ele natureza jurisdicional e outros que entendem pela natureza administrativa. A despeito da referida discussão, é certo que a ampla defesa é constitucionalmente assegurada em qualquer tipo de processo, judicial ou administrativo.

Necessário, ainda, mencionar que, nos termos da súmula vinculante nº 5 do STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. No entanto, entendo que a referida súmula não se aplica à especificidade deste caso, pois, conforme asseverou o plenário do STF, em 7/5/2008, julgando o RE 434.059-3, precedente da súmula vinculante nº 5, a garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF contém os seguintes direitos: I) Direito de Informação; II) Direito de Manifestação e III) Direito de ver seus argumentos considerados, que devem ser garantidos aos administrados independentemente da atuação de defesa técnica.

Percebe-se que, apesar de ter sido oportunizado ao justificante a atuação de Oficial em sua Defesa, este não compareceu a nenhum dos atos do Conselho, havendo não só a falta de defesa técnica, mas também de qualquer tipo de defesa em favor do Justificante, senão a autodefesa, como já asseverado.

A atuação de um Oficial, como defensor dativo do Justificante, constitui garantia concedida pelo próprio Conselho de Justificação. A supressão deste direito, sem que conste dos autos qualquer motivo, prejudicou o **direito à manifestação** do Justificante, logo a ampla defesa não foi exercida em sua plenitude. Ademais, a articulação defensiva exercida pelo próprio Justificante não se reveste da mesma eficiência daquela feita por uma defesa não envolvida emocionalmente no processo, o que o torna indefeso.

Por ofensa ao princípio da ampla de defesa, em afronta à Constituição Federal, deve o feito ser anulado desde a 1ª Sessão, assegurando ao Justificante o direito à ampla defesa.

Ante o exposto, entendo que esta preliminar deve ser acolhida, para declarar a nulidade do presente Conselho de Justificação desde a 1ª Sessão, por ofensa ao princípio da ampla defesa.

Contudo, o posicionamento do Plenário desta Corte veio a divergir do meu entendimento e, por maioria, nos termos expendidos pelo Exmo. Min. JOSÉ BARROSO FILHO, decidiu rejeitar esta preliminar, a fim de adentrarmos à análise do mérito por entender que o contexto fático apresentado nos autos indica um posicionamento mais favorável ao Justificante como medida de justiça.

### MÉRITO

Quanto ao mérito, necessário se faz a análise das declarações das testemunhas.

O Cel R/1 **MARCELO ANTÔNIO NEVES**, testemunha dos fatos acontecidos em **7/10/2008**, declarou ter sido Comandante do Justificante no ano de 2008, quando da ocorrência da conduta em 7/10/2008; que puniu disciplinarmente o Justificante; que o Justificante não deu entrada em nenhum processo visando à anulação da punição; que o Justificante era um péssimo exemplo aos seus subordinados e uma antítese do que se esperava de um instrutor que exemplificasse o oficial do Exército Brasileiro; que o Justificante era refratário a admoestações, sanções, diálogos e agia sem levar em conta as responsabilidades, encargos e obrigações morais e funcionais que deveria cumprir por conta de seu posto, função e cargo exercido; que o Justificante não se posicionou como um oficial do Exército Brasileiro, investido da responsabilidade de formar novos oficiais temporários, agindo de acordo com suas conveniências e necessidades ou impulsos.

O Maj R/1 **CELSON FERREIRA DOS REIS**, testemunha dos fatos acontecidos em **7/10/2008**, mencionou que o Justificante era contumaz em faltar ao expediente por causa de sua **dependência ao álcool**; que, devido a inúmeras transgressões cometidas pelo Justificante (então 1º Tenente), ele foi substituído da função de Instrutor do Curso de Comunicações pelo Cap SILVA, da turma posterior à do Justificante, recém promovido a Capitão, haja vista o mau exemplo que o Justificante apresentava para toda a turma; que o Justificante não pediu nem pedia autorização para faltar aos expedientes, e que, desde o período básico, ele era o menos empenhado entre todos os subalternos, porque não apresentava confiança sobre sua assiduidade em razão de seus problemas havidos com a ingestão de bebida alcoólica.

Alegou, ainda, que não se lembra se justificou ou não sobre o não comparecimento ao expediente do dia 7/10/2008, mas que normalmente não justificava, exceto por uma vez que alegou ter sido vítima de drogas do tipo

“boa noite cinderela”; **que uma das queixas apresentadas retratava sobre sua separação conjugal**, mas que jamais elencou esse problema como justificacão de ordem pessoal ou profissional; ou seja, não comparecer ao expediente, como desse dia 7/10/2008; que não apresentou nenhum problema de saúde própria ou de familiar para justificar ou explicar sua conduta; que não se lembrava de o Justificante ter pedido qualquer licença; que **não acredita ter sido a falta cometida com premeditação**, pois as datas eram aleatórias.

Afirmou que o Justificante não tinha compromisso com o seu dever; que o Comandante do CPOR considerou o Justificante um mau exemplo para os alunos; que as transgressões cometidas pelo Justificante, qualitativamente, talvez não se enquadrassem no ferimento do pundonor e ética militares, mas, pela quantidade de vezes que ocorria, delineavam-se, sim, essas falhas, pois obrigavam os demais companheiros a realizarem suas tarefas, a não confiarem em suas ações, aliada à sua insensibilidade em aceitar correções e sua mudança de conduta; que, ao faltar no dia 7/10/2008, deixou o Justificante de cumprir suas obrigações funcionais, **mas não se pautou contra a hierarquia, pois sempre se mostrou respeitoso para com seus superiores. Embora se tornasse insensível às orientações, não afrontava, mas também não obedecia.**

O Cel **R1 JOÃO ALBERTO DELGADO COELHO**, testemunha dos fatos acontecidos em 7/10/2008, declarou que o Justificante faltou ao expediente sem apresentar nenhuma justificativa para tal transgressão e que maculou valores concernentes à disciplina e ao cumprimento das obrigações e ordens.

O Cel **CARLOS EDUARDO DE MOURA NEVES**, testemunha dos fatos ocorridos em 17/5/2010 e em **6, 7, 8, 21, 22, 23, 24, 25, 26 e 27/7/2010**, declarou que era o Comandante do 25º Blog (Es) em 2010; que sancionou disciplinarmente o Justificante com repreensão, por ter deixado de comunicar a impossibilidade de comparecer ao expediente em 17/5/2010 sem apresentar justificativas; que sancionou o Justificante com oito dias de prisão, pela falta aos expedientes de **6/7/2010 a 8/7/2010** e também com oito dias de prisão por ter deixado de comparecer aos expedientes dos dias **21/7/2010 a 27/10/2010**.

Quanto à falta em 17/5/2010, julga não ter ela comprometido o comportamento do Justificante, tendo ele apenas parcialmente maculado valores como a lealdade, probidade, disciplina, respeito à hierarquia e o cumprimento às obrigações, ordens e diretrizes do seu Comandante; que não acredita que a falta do Justificante tenha sido premeditada.

Em relação à falta aos expedientes dos dias **6, 7 e 8/7/2010**, declarou que o militar apresentou explicação, mencionando que tinha problemas com a esposa e que o **Justificante apresentou sintomas de alcoolismo**; que apenas parcialmente teria o Justificante maculado valores como a lealdade, probidade, disciplina, respeito à hierarquia e o cumprimento das obrigações e das ordens, mencionando que **o problema do Justificante se restringia ao alcoolismo**; que não acredita que as faltas do Justificante foram premeditadas.

Quanto à falta aos expedientes dos dias **21/7/2010 a 27/7/2010**, mencionou que a justificativa apresentada pelo Justificante foi a de que não tinha condições de ir ao quartel por estar alcoolizado e envergonhado com a sua situação; que o Justificante apresentou problemas relacionados ao alcoolismo; que, quanto a estas faltas, acredita terem sido premeditadas pelo fato de o Justificante saber das consequências do consumo de álcool; que acredita que o caráter educativo das sanções aplicadas deixou de atingir sua finalidade porque o Justificante necessitava de tratamento do alcoolismo; que, mesmo após o cometimento da terceira transgressão, **não julga que o Justificante tenha ferido aos preceitos do pundonor militar por entender que ele necessitava de tratamento médico**; que o Justificante deixou de observar, parcialmente, os preceitos da ética militar; que o Justificante, até apresentar sintomas de alcoolismo, era um militar exemplar e exercia muito bem as funções de Comandante da Companhia de Comando e Apoio, e que, no início do segundo semestre de 2010 até a passagem de comando do Batalhão, em janeiro de 2011, o militar não apresentou problemas disciplinares.

O Cel **ALEXANDER MARKEL COTA DINIZ**, testemunha das faltas ocorridas em **13/1/2011, 24/1/2011 a 30/1/2011 e 10/10/2011 a 18/11/2011**, declarou:

Quanto aos fatos ocorridos em **13/1/2011**, declarou que era Comandante do 25º Blog em 2011 e sancionou o Justificante com quatro dias de prisão pela falta referida; que o Justificante não solicitou autorização para deixar de comparecer ao expediente; que não deu entrada em processo de reconsideração do ato de punição; que não informou o motivo do não comparecimento; que não apresentou explicação pela falta cometida; que **não pode afirmar que a falta do Justificante tenha sido premeditada**; que o Justificante demonstrou ser um mau exemplo, pois estava diante de uma catástrofe climática devido às fortes chuvas que atingiram a região serrana do Estado do Rio de Janeiro, e que, por se tratar de um oficial intermediário, esperava-se mais do Justificante; que o Justificante deixou de cumprir ordens verbais do Subcomandante do Batalhão para que comparecesse ao Apronto Operacional e que o Justificante não cumpriu suas obrigações militares.

No que se refere aos fatos ocorridos em **24/1/2011 a 30/1/2011**, declarou que era Comandante do 25º Blog em 2011 e sancionou o Justificante com oito dias de prisão pela falta referida; que o Justificante não solicitou autorização para deixar de comparecer ao expediente, não deu entrada em processo de reconsideração do ato de punição; não informou o motivo do não comparecimento; e não apresentou explicação pela falta cometida; que **não pode afirmar que a falta do Justificante tenha sido premeditada**. No entanto, o Justificante esteve incomunicável, apesar das tentativas do Batalhão em encontrá-lo; que o Justificante deixou de cumprir ordens verbais do Subcomandante do Batalhão; que o Justificante não cumpriu suas obrigações militares enquanto o Batalhão se encontrava em missão de apoio à Defesa Civil.

Relativamente aos fatos ocorridos em **10/10/2011 a 18/10/2011**, declarou que era Comandante do 25º Blog em 2011 e sancionou o Justificante com oito dias de prisão pela falta referida; que o Justificante não solicitou autorização para deixar de comparecer ao expediente; não informou o motivo do não comparecimento; que **não pode afirmar que a falta do Justificante tenha sido premeditada apesar** de diversas tentativas para encontrá-lo, por meio de ligações para o seu celular e de diligências do Batalhão à sua residência; que o Justificante parecia insensível às orientações do Comando, no sentido de não se tornar contumaz em faltas desta natureza; que entende que o Justificante não cumpriu suas obrigações por ter se ausentado do expediente por nove dias sem justificativas.

Em referência à falta ocorrida em **21/10/2011**, declarou que era Comandante do 25º Blog em 2011 e sancionou o Justificante com 2 dias de prisão pela falta referida; que o Justificante não solicitou autorização para deixar de comparecer ao expediente; que não informou o motivo do não comparecimento; que **não pode afirmar que a falta do Justificante tenha sido premeditada** apesar de diversas tentativas para encontrá-lo por meio de ligações para o seu celular e de diligências do Batalhão à sua residência; que foram inúmeras as oportunidades em que o Cmt e o S Cmt orientaram o Justificante; e que, somente após a 4ª punição pelo mesmo motivo, tenha surtido um efeito positivo, pois o Justificante não mais apresentou este problema nos três meses seguintes, quando foi transferido para a EsAO.

O **Maj LUIZ CLÁUDIO OLIVEIRA DA SILVA**, testemunha das faltas ocorridas em **13/1/2011**, em **24/1/2011 a 30/1/2011** e em **10/10/2011 a 18/10/2011**, ao ser ouvido, nada pôde acrescentar para os trabalhos do Conselho. Em suas declarações, mencionou não se recordar dos fatos com precisão, tanto pelo decurso do tempo quanto pelo fato de responder pela função de Subcomandante de forma intermitente.

Dada a oportunidade ao Justificante de ser interrogado (fls. 199/204) quanto à falta cometida em 7/10/2008, este declarou que a razão pela qual cometeu a falta foi ter saído na noite do dia 6/10/2008 e consumido bebida alcoólica em demasia, o que o impossibilitou de acordar no horário para o expediente do dia seguinte; que não possuía telefone fixo; que o celular não estava efetuando ligações por falta de crédito; que estava trancado em sua residência; que não teve como saber qual a repercussão gerada pela ocorrência da falta cometida, uma vez que não observou nenhuma manifestação gerada pelo fato.

Quanto à falta cometida em 17/5/2010, declarou que consumiu bebida alcoólica em demasia no dia anterior, o que o impossibilitou de acordar no horário para o expediente do dia seguinte; que estava casado com a senhora Gláucia Mara Rocon havia mais de um ano, e que ambos estavam submetidos a tratamento psicológico e que atravessavam período conturbado no matrimônio.

Quanto às demais faltas, o Justificante se restringiu a declarar que todas as suas declarações já foram expostas nas razões de defesa do Justificante.

É incontestado que o Justificante realizou todas as condutas descritas no libelo acusatório. Desse modo, violou preceitos e normas militares e maculou valores importantes para a vida militar. Contudo, da análise de todo o contexto fático, bem como das provas contidas nos autos, observa-se que, de fato, o Justificante, à época das condutas tidas como irregulares, passava por sérios problemas financeiros, conjugais e com o alcoolismo. Suas razões mencionam tais problemas. Corroboram as afirmações do Justificante, em especial quanto ao alcoolismo, as testemunhas **Maj R/1 CELSO FERREIRA DOS REIS e Cel CARLOS EDUARDO DE MOURA NEVES, que foi enfático ao dizer que o problema do Justificante se restringia ao alcoolismo, não julgando que tenha ele ferido preceitos do pundonor militar, pois, na verdade, necessitava de tratamento médico.**

É certo que não se pode precisar o nível de dependência alcoólica do Justificante, uma vez que não houve qualquer exame pericial neste sentido. Contudo não se pode negar a existência de problema do Justificante com álcool, o que, aliado a problemas pessoais e familiares, afetou gravemente sua relação com o dever militar.

Embora não se possa precisar que tenha havido premeditação por parte do Justificante na prática das condutas, as testemunhas Cel CARLOS EDUARDO DE MOURA NEVES, Cel ALEXANDER MARKEL COTA DINIZ e Maj CELSO FERREIRA DOS REIS mencionaram crer que as faltas não foram premeditadas.

Pesa, em favor do Justificante, a deficiência de atuação de uma defesa efetiva no processo, já que o Oficial nomeado, especialmente para atuar em sua defesa, Capitão VANER ODA DE OLIVEIRA MORAES, não se fez presente em nenhuma das sessões de instrução do feito, bem como não teve qualquer atuação perante o Conselho, conforme se observa das Atas de fls. 53, 57, 111, 205 e 215, sem que conste dos autos qualquer motivo para sua não atuação, assim como o fato de o Justificante ter sido punido disciplinarmente por todas as condutas descritas no libelo acusatório.

Militam, ainda, em favor do Justificante, como asseverou a PGJM em seu parecer de fls. 300/328: a ausência de fatos desabonadores das funções militares do Justificante **antes** dos fatos objeto deste Processo, bem como durante os três anos subsequentes, indicando que o militar, de fato, passou por graves problemas, que o levaram a incorrer nas faltas; o fato de a administração militar ter-se mantido inerte apesar de tantas transgressões, instaurando o procedimento apuratório administrativo somente mais de três anos após a última prática infracional; e que, após o ano de 2011, não consta das Folhas de Alte-

rações do Justificante qualquer ocorrência de transgressões militares, indicando que o Justificante conseguiu superar o período conturbado de sua vida, mantendo-se cumpridor de seus deveres militares sem alterações nos últimos três anos.

Ante o exposto, voto pela improcedência do Conselho de Justificação para considerar o Cap EVANDRO FERNANDES MARQUES DA SILVA justificado das condutas descritas no libelo acusatório e, em consequência, determinar o arquivamento do feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade da Portaria nº 1013, de 1º/9/2014, que instaurou o Conselho de Justificação; **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar defensiva de ilegalidade da remessa dos autos do Conselho pelo Comandante do Exército ao Superior Tribunal Militar sem representação da Advocacia-Geral da União; **por maioria**, em rejeitar a terceira preliminar defensiva de nulidade da sessão secreta de deliberação final do Conselho. **Por maioria**, em rejeitar a quarta preliminar defensiva de exiguidade do prazo para apresentação das perguntas ao Justificante por violação ao princípio da ampla defesa. Em seguida, **por unanimidade**, em rejeitar a quinta preliminar defensiva, sob a alegação de que o Justificante deveria ser ouvido em Juízo; **por unanimidade**, em acolher a sexta preliminar defensiva, e declarar a prescrição do fato imputado ao Justificante no item “a” do Libelo Acusatório consumado, em tese, em 7/10/2008; **por maioria**, em rejeitar a sétima preliminar defensiva de ausência de defesa técnica, no intuito de viabilizar o exame do mérito. **Por unanimidade**, o Tribunal julgou improcedente o Conselho de Justificação para considerar o Cap Ex Evandro Fernandes Marques da Silva justificado das condutas descritas no libelo acusatório e, em consequência, determinar o arquivamento do feito.

Brasília, 5 de novembro de 2015 – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, Ministro-Relator.

#### DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA  
Conselho de Justificação Nº 26-83.2015.7.00.0000-DF

Trata-se de Conselho de Justificação remetido a este Tribunal pelo Comandante do Exército, em cumprimento ao disposto no art. 13, *caput*, e inciso V, alínea “a”, da Lei nº 5.836 de 1972, figurando como Justificante o Capitão EVANDRO FERNANDES MARQUES DA SILVA, julgado culpado das acusações que lhe foram imputadas nas alíneas “a” a “f” do Libelo Acusatório, tornando, assim, incapaz de permanecer nas fileiras do Exército, nos termos do art. 12, § 1º, alínea “a”, da lei citada.

## PRELIMINAR DE NULIDADE DO ATO DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

A Defesa sustenta a nulidade da Portaria de instauração do Conselho de Justificação, considerando a inexistência de expressa menção ao motivo, requisito de validade do ato administrativo.

Consoante bem observou o representante da PGJM, não há falar em nulidade do ato impugnado porquanto a Portaria tão somente limitou-se a nomear os Oficiais que integrariam o Conselho, sem apresentar qualquer irregularidade. Mais, a instauração do procedimento foi determinada pelo Despacho Decisório nº 033/2014, relatando o Libelo Acusatório os fatos e a descrição das condutas imputadas ao Justificante, momento no qual ele tomou conhecimento da acusação.

Assim, o motivo para a instauração do Conselho de Justificação encontra-se inserido no contexto fático e profissional do militar *sub judice*. Conforme citação da própria DPU, à fl. 293: *“é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive, o antecede”*<sup>83</sup>.

Entendo, pois, ter sido respeitado o devido processo legal, porque oportunizado o direito de manifestação ao oficial, bem como seu conhecimento do teor acusatório. Igualmente restaram respeitados os demais direitos consagrados pelo princípio em questão, à exceção do julgamento público, consoante abordado na preliminar anterior por mim acolhida.

Pelo exposto, voto pela rejeição da preliminar de nulidade do ato de instauração do Conselho de Justificação

## PRELIMINAR DE ILEGALIDADE NA REMESSA DOS AUTOS DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO SEM REPRESENTAÇÃO DA AGU

A Defesa alegou que a remessa dos autos ao STM, por meio de despacho do Comandante do Exército, e não por via da ação, consoante os arts. 282 e 283 do CPC, constituiria nulidade. Sustentou que o presente processo deveria iniciar-se por petição da Advocacia-Geral da União em representação judicial da União.

Pois bem, como já sustentei anteriormente (CJ nº 4-98.2010.7.00.0000), o Conselho de Justificação tem **natureza jurídica de processo especial**, o qual se destina a julgar a incapacidade do oficial de carreira para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

<sup>83</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 397.

Inicia-se **administrativamente** no âmbito de cada Força Armada. A *posteriori*, os autos são encaminhados a esta Corte Superior a quem compete a declaração de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, *ex vi* da previsão constante no art. 13, inciso V, da norma em apreço<sup>84</sup>. Tal proceder tem o condão de torná-lo um procedimento judicialiforme, por força constitucional.

É que as previsões dos incisos VI e VII do § 3º do art. 142 da *Lex Fundamental* não se confundem. Para a devida distinção, imprescindível a citação da norma, *verbis*:

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

O inciso VII consubstancia garantia magna destinada aos oficiais das Forças Armadas de, apenas, serem julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato por decisão de tribunal militar quando sua conduta, necessariamente típica, comissiva ou omissiva, tiver sido definitivamente censurada pelo Direito Penal. E, como a perda do posto e da patente não pode ser declarada na própria sentença penal condenatória em razão da previsão *supra*, torna-se imprescindível a formulação de representação, pelo Procurador-Geral da Justiça Militar, nos moldes do art. 112 e seguintes do RISTM.

Dita representação, com efeito, tem natureza jurídica processual, até mesmo por se constituir num *sui generis* efeito extrapenal específico da sentença condenatória.

De seu turno, o inciso VI traduz-se na garantia destinada aos oficiais das Forças Armadas de serem julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato por decisão de tribunal militar quando sua conduta, comissiva ou omissiva, se encaixar nas hipóteses legais do art. 2º da Lei nº 5.836/72.

E mesmo a submissão devido à censura definitiva pelo Direito Penal (art. 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836/72) decorre da condenação a pena privativa

---

<sup>84</sup> 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:

(...)

V - a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar:

a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está previsto nos itens I, III e V do artigo 2º; ou

b) se, pelo crime cometido prevista nos itens IV do artigo 2º o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

de liberdade inferior ou até dois anos, e não superior a dois anos. É que a pena privativa de liberdade inferior ou até dois anos, por si só, não tem o condão de produzir, no *decisum* condenatório, o efeito extrapenal específico da perda da patente.

Nesse sentido, anteriormente à vigência da Carta da República atual, o Código Penal Militar asseverava em seu art. 99 que a perda do posto e da patente poderia ser declarada na própria decisão criminal, desde que a pena privativa de liberdade fosse superior a dois anos. Ao revés, obviamente, a condenação à sanção privativa de liberdade inferior ou até dois não poderia levar a perda do posto e da patente.

Assim, a submissão do oficial ao Conselho de Justificação, em última análise, decorre do poder disciplinar da Administração Pública Castrense de julgá-lo culpado, de forma que o processo no âmbito desta Corte visa assegurar ao Justificante, além de uma espécie de foro por prerrogativa de função, um novo julgamento imparcial, resguardando-lhe todas as garantias consagradas pela *Lex Magna* e pelo Diploma Processual Especial e ganhando contornos de procedimento híbrido.

Nesse cenário, impossível a interpretação do Conselho de Justificação como uma ação ordinária peticionada pela Advocacia-Geral da União. O legitimado a impulsionar o processo, encaminhando-o a esta Casa de Justiça, é o próprio Comandante de cada Força Armada, demonstrando, desse modo, o interesse da Administração Militar em ver declarada a incapacidade ou indignidade com o Oficialato.

Ademais, a Lei nº 5.836/72 é norma específica da esfera militar, que regula o procedimento especial destinado a julgar a incapacidade do oficial das Forças Armadas para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar. Não prevê, contudo, a atuação do representante da AGU, seja para a defesa do Oficial, seja para o resguardo dos interesses da União.

Entendo não ser o caso de se declarar a nulidade do procedimento, ou mesmo a interpretação conforme a Constituição, para que o feito seja aforado no STM por meio de Representação por Indignidade ou através da AGU representando o Comandante do Exército, haja vista que tais requisitos constituiriam em hipóteses não aventadas pelo legislador, sob pena de usurpação de sua competência.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de ilegalidade da remessa dos autos do Conselho pelo Comandante do Exército sem a representação da AGU.

## PRELIMINAR DE NULIDADE DOS ATOS DO CONSELHO REALIZADOS EM SESSÃO SECRETA DE DELIBERAÇÃO

A Defesa suscita a nulidade da deliberação do Conselho de Justificação em “sessão secreta”<sup>85</sup>, em face da não recepção do art. 9º, § 1º, e do art. 12, ambos da Lei nº 5.836/72<sup>86</sup>, com a Carta da República.

Consoante já expus no julgamento do Conselho de Justificação nº 20-23.2008.7.00.0000, entendo ter havido a revogação pela Constituição Federal dos dispositivos acima nomeados.

Abusiva é a norma que priva o cidadão de participar de sessão de julgamento em processo a que responde, vedando, até mesmo, a presença de advogado constituído, por revelar incontestável desrespeito às garantias constitucionais e odioso retrocesso jurídico que aniquila postulados clausulados como pétreos.

Certo é que a positividade máxima, ao sistematizar os direitos fundamentais, resguardou os ideais difundidos pelo regime democrático<sup>87</sup>.

Impõe o Diploma Republicano a observância dos axiomas magnos, insculpidos no art. 5º, de eficácia imediata e aplicabilidade direta, vedado à lei infraconstitucional afastar-se das diretrizes garantidoras do processo justo e eficaz.

O conceito atual de Estado Democrático 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 as garantias conferidas aos cidadãos, já que atentar contra elas vicia os atos e as decisões prolatadas, devendo ser banidas condutas intervencionistas tendentes a paralisar ou restringir o alcance de suas disposições.

---

<sup>85</sup> Consoante Relatório do CJ (fl. 227), “encontrando-se o processo em termos para julgamento, (...), o Conselho **designou dia e hora para a sessão secreta**, a fim de deliberar sobre o presente Relatório” (grifo nosso).

<sup>86</sup> Art. 9º, § 1º: “o Justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à **sessão secreta de deliberação** do relatório”. (grifo nosso).

Art. 12: “Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a **deliberar, em sessão secreta**, sobre o relatório a ser redigido”. (grifo nosso).

<sup>87</sup> 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, pp. 522/523.

Nesse contexto, com o fito de evitarem-se práticas atentatórias ao democratismo, nomeadamente 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, dentre outras.

A legislação ordinária, ao subsumir-se a elas, há de respeitar a eficácia almejada, não estabelecendo limitações desmotivadas e desnecessárias aos direitos dos cidadãos.

Preceito fundamental amplo, a legitimidade do processo configura o exercício da liberdade individual.

Lúcida a conceituação doutrinária de Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>88</sup>:

O devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.

Pacífico, entre os doutrinadores, que tal postulado fortaleceu-se com a promulgação da *Lex Magna*, quando destacou mecanismos destinados à proteção do denunciado em face dos alvedrios perpetrados pelo Estado. Aliado basilar do resguardo à liberdade, a garantia revela-se indispensável no processo jurisdicional dos Estados legítimos.

De irrefutável relevância, de seus preceitos decorre o reconhecimento no Direito Comparado e no Direito Internacional, tendo sido incluído na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *ex vi* dos arts. 8º, 10 e 11, item 1, *in litteris*:

Art. 8º Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

Art. 11. Item 1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

---

<sup>88</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Tal como esposado, inadmissível ser vedado ao Justificante o acesso à sessão de julgamento por absoluto empecilho à atuação defensiva. O sigilo seria concebível, apenas, em fase inquisitorial e, tão somente, para angariar o mínimo lastro probatório, já que, inclusive aí, os autos não podem ser absolutamente sonegados do indiciado.

Na espécie, inexistem motivos idôneos aptos a embasar a ausência de publicidade no julgamento de um Conselho de Justificação. Afinal, na fase decisiva todas as provas já foram colhidas, sendo vedada a inovação, não havendo, pois, que falar em sigilo decorrente da necessária colheita de provas.

Sobre o tema, pontua Nelson Nery Júnior<sup>89</sup>:

O princípio do contraditório não admite a existência, para os litigantes e seus advogados, de procedimento ou processo secreto, seja no âmbito administrativo, seja no judicial. É inadmissível no estado democrático de direito a investigação, o processo secreto. Conhecimento da existência do procedimento ou processo em que se é acusado ou parte é direito fundamental garantido pela CF, artigo 5º, LV.

Relativamente à questão, colaciono a visão de Helena Delgado Ramos Fialho Moreira<sup>90</sup>:

Vê-se, portanto, que a garantia de ampla publicidade dos atos processuais de uma forma geral – especificamente reforçado pelo fundamento de validação dos julgamentos judiciais, em face da cominação de nulidade – representa, em última análise, um desdobramento lógico e necessário da garantia elementar do devido processo legal (artigo 5º, LIV), substancialmente incompatível com a banida prática de julgamentos secretos. Resta a parte, assim, cabalmente protegida contra julgamentos realizados sem sua prévia ciência válida, de modo a oportunizar o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa! (artigo 5º, LV).

Sabido, por decorrência lógica e necessária, que a presença da parte e de seu defensor em todos os atos judiciais é medida impositiva para a consecução eficaz da lide.

Magnífico avanço inserido pelo constitucionalismo ocidental, a publicidade, consectário da lisura processual, é de observância obrigatória, devendo ser combatidas práticas tendentes a restringir ou abolir a transparência dos procedimentos, seja no âmbito judicial, seja no administrativo. Sua restrição somente é tolerada para a preservação da intimidade ou, eventualmente, se o interesse social a recomendar, mas isso com relação a terceiros ou à imprensa; nunca com relação às partes e aos seus procuradores.

<sup>89</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Processo Secreto e Princípio do Contraditório. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 189.

<sup>90</sup> MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coord). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1190.

A publicidade é regra em todos os atos judiciais, excepcionando-se para salvaguardar a ordem pública ou o interesse íntimo dos litigantes.

*In specie*, a legislação regulamentadora do Conselho de Justificação não buscou resguardar a intimidade do Justificante ou o interesse social. Ela simplesmente retirou do militar o direito de participar de julgamento no qual figurava como parte acusada, subtraindo-lhe a plenitude da defesa, sem apresentar qualquer justificativa.

A doutrina é enfática ao apontar a relevância da transparência no exercício dos atos judiciais, autorizando a vedação somente em casos extremos. Veja-se<sup>91</sup>:

O texto constitucional consagra a publicidade dos atos processuais, estabelecendo que a lei só poderá restringi-la quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX). Essa regra encontra correspondência no art. 93, IX, da Constituição, que consagra a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, **podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes.** (grifos nossos).

Acerca da impossibilidade de ocorrência de julgamentos secretos, a ADI nº 2970, relativa às disposições constantes no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, proclamou:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI 8.185, DE 14.05.91. ARTS. 144, PAR. ÚNICO E 150, CAPUT, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. **ATO DE JULGAMENTO REALIZADO EM SESSÃO SECRETA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ARTS. 5º, LX E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** 1. O impugnado art. 16 da Lei 8.185/91 encontra-se tacitamente revogado desde a edição da Lei 8.658, de 26.05.93, que estendeu a aplicação das regras previstas nos arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90 – dirigidas, originariamente, ao STF e ao STJ – às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. 2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, “*dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*” (CF, art. 96, I, a). 3. São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 502/503.

constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a *causa finalis* da jurisdição. 4. **Ante a regra fundamental inculpada no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional.** Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.09.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos arts. 144, par. único e 150, *caput* do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (STF. ADI 2970/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 12/5/2006). (grifos nossos).

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 uma poderosa aliada 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 que convive com o eventual sujeito ativo e sofre as consequências danosas do ilícito, *in casu*, as Forças Armadas: “A decisão judicial não é um ato solitário do juiz, mas uma construção na qual se envolvem todos os interessados na solução da controvérsia”<sup>92</sup>.

Nem se argumente ter o Conselho de Justificação natureza administrativa, razão pela qual afastados restariam os postulados inerentes à judicialização; a uma, pelo seu caráter híbrido, a emprestar-lhe natureza judicialiforme; a duas, porque, mesmo se cingido à condição de mero Processo Administrativo Disciplinar, ainda nesta hipótese, ele encontrar-se-ia sob o jugo das garantias constitucionais que abrigam o devido processo penal.

Detalhou a Constituição Brasileira, minuciosamente, os princípios e preceitos básicos norteadores da Administração Pública, dedicando-lhe capítulo específico e artigos destacados.

<sup>92</sup> JUNIOR, Luís Carlos Martins Alves. *Direitos Constitucionais Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 146.

O Poder Disciplinar, inserido no rol das atribuições instrumentais da Governança, tem por fim aplicar sanções aos agentes públicos pela prática de infrações de caráter funcional, assegurando-lhes, porém, as fianças revitalizadas do sistema democrático.

Reconhecida a infração aos deveres ou às proibições funcionais por parte de servidor, o poder disciplinador é chamado a intervir, tal como capitulado na art. 143<sup>93</sup> da Lei nº 8.112/90 e nos arts. 1º e 2º da Lei nº 5.836/72; contudo, o agir estatal vincula-se aos comandos normativos que ornaram a pessoa humana.

À evidência, a averiguação de fatos que possam ser qualificados como irregulares, ilegais ou criminosos destina-se, não só, a preservar a boa ordem do serviço público; serve, outrossim, de instrumento de defesa do servidor investigado.

No direito positivo brasileiro, duas são as modalidades de apuração da falta funcional: a **sindicância**, que guarda similaridade com o **IPM ou a IPD** no âmbito das Forças Armadas, e o **processo administrativo disciplinar**. Ora, se se considerar o **Conselho de Justificação** como processo administrativo, inegável encará-lo como um mecanismo punitivo que apenas o servidor militar com a perda do posto e da patente, destituindo-o do cargo. Ou seja, apenas o com a mais grave sanção que se imporia ao servidor civil.

A propósito, saliento que se por um lado a Lei nº 8.112/90 ampliou a discricionariedade na aplicação da punição ao servidor faltoso, por outro a reprimenda restou condicionada às estatuições normatizantes que estabelecem como sanção máxima a demissão, a ser imposta nos casos expressamente arrolados pelo art. 132<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

<sup>94</sup> Veja o artigo mencionado:

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.”

Da gravidade sancionatória decorre a legítima atribuição de se conferir ao sindicado, justificante ou investigado, as fianças instituídas pelo devido processo *lato sensu*.

Desinteressa à espécie perquirir sobre as modalidades de sindicâncias previstas pelo Estatuto do Funcionário Público, que poderão resultar, além da ordinária instauração de processo disciplinar, a imediata punição do investigado, nos moldes previstos pelo art. 145<sup>95</sup>. Sem embargo, impõe nomeá-las para estabelecer eventuais similitudes ao procedimento militar *sub examine*.

São elas a **meramente investigativa ou inquisitorial**, instalada para apuração de irregularidades e identificação da respectiva autoria, aberta sem a presença de acusados; a **conectiva**, que serve de meio de instauração de processo administrativo disciplinar nos casos passíveis de penas mais graves do que a suspensão de até trinta dias; e a **autônoma ou punitiva**, instaurada com acusação formal contra o agente público e na qual é assegurada a ampla defesa, por destinar-se à imposição, ao seu final, de ato punitivo.

É esta última que guarda conexão com o procedimento do Conselho de Justificação. E, por certo, sobre ela incidirão os preceitos máximos norteadores do direito disciplinar, porquanto sua natureza reveste-se de verdadeiro processo administrativo que enseja possibilidade concreta de apenação. Nesses termos, a sindicância apenadora, o processo disciplinar e o Conselho de Justificação observam idênticos parâmetros.

Efetivamente, está-se diante de institutos que atendem a fins dessemelhantes, mas dimensionados de acordo com a metodologia interpretativa e a função estabilizadora do Estado de Direito. Nesse mister, vedado ao legislador desfigurar as normações que os regem.

Isso porque, ao fim e ao cabo, todos eles possibilitam a penalização do servidor público – civil ou militar – donde decorre dever a Governança respeitar as franquias magnas deferidas àquele que os respondem.

Agregue-se, ademais, 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 Magna*, não impede que se lhe atribua vigência e eficácia, face ao disposto pelo § 2º do art. 5, segundo o qual: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.”.

---

<sup>95</sup> “Art. 145. Da sindicância pode resultar:

I- arquivamento do processo;

II- aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III- instauração de processo disciplinar.”

Assim, reconhecer a validade jurídica de julgamentos secretos, mesmo em sede de processo administrativo, amesquinha a Carta Cidadã e nega eficácia ao seu *espírito*. 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 jurídico social.

Vale sublinhar, com Ronald Dworkin, que *“princípios são proposições que descrevem direitos”*<sup>96</sup>; e *“é nessa dimensão, objetiva, que eles aparecem [...] como, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional [...] indispensáveis para a preservação de direitos fundamentais.”*<sup>97</sup>.

De lastimar não tenham os julgadores a *quo* atentado para a necessidade de efetivarem estimativas ou ponderações impostas pela natureza dos valores para efeito de sua aplicação a situações concretas, como a que ora se apresenta. Contudo, o sentido indeclinável de unidade que faz convergirem para o campo da integração as disposições de um mesmo diploma legal, como também a imperiosidade de se interpretar o verdadeiro significado de uma lei amparam a tese da desconformidade hierárquica dos arts. 9º, § 1º, e 12, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, cuja redação foi revogada pela Carta de 1988.

Em suma, não há como 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.

Nesse norte, coube ao art. 5º da CF estatuir acerca da aplicabilidade do devido processo legal à esfera administrativa e, não só, à judicial, a teor do inciso LV. *Litteris*:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Norte da processualística liberal, o dispositivo possibilita que, antes de serem tomadas decisões gravosas contra o indivíduo, seja-lhe oportunizado manifestar-se em prol de seus interesses, restando-lhe salvaguardado, dentre outros direitos, **um julgamento público**, célere e imparcial.

A publicidade dos atos processuais a que se refere o inciso LX do art. 5º da Carta Política inicia-se com a citação e termina com o julgamento do acusa-

<sup>96</sup> Principles are propositions that describe rights - Is a law a system of rules? In: *The Philosophy of Law*, Oxford, 1977, p. 38.

<sup>97</sup> Willis Santiago Guerra Filho; Op.cit., p. 21.

do, atos que devem ser processados às claras, sem conjurações ou segredos, como sói acontecer em sociedades abertas, nas quais restam vedados tribunais de exceção e julgamentos secretos.

Tal como colocado, infere-se que a atividade sancionatória da estatalidade baliza-se acorde os cânones do Direito Penal Constitucional, a despeito do 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 o entendimento, conforme se extrai do MS nº 20.999 de relatoria do Min. Celso de Mello.

Imperioso, nesses termos, o estrito acatamento do procedimento administrativo disciplinar, *in specie*, do Conselho de Justificação, à rigidez da positividade máxima.

Nesse diapasão, descortina-se como exigência cognitiva de elaboração racional de Justiça que se proceda à exegese dos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, em íntima conexão com os valores axiológicos que emanam, inelutáveis e irredutíveis, da Carta da República. Decorre daí sua inexorável desconformidade hierárquica ante ela<sup>98</sup>.

Sobre a nulidade de processo administrativo sigiloso, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA INDIRETA. PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO DE MAGISTRADO EM DISPONIBILIDADE. **SESSÃO SECRETA DE JULGAMENTO. PROIBIÇÃO DA PRESENÇA DO ACUSADO E DE SEU DEFENSOR. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.** Processo administrativo anulado, pelo Superior Tribunal de Justiça, com base na interpretação de normas infraconstitucionais. Interpretação esta, que, ademais, é a que melhor se coaduna com a garantia constitucional da ampla defesa. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 195612/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 14/6/2002) (grifos nossos).

Averiguada a inadequação da legislação ordinária frente à Lei Maior, curial a revogação.

---

<sup>98</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. 1. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, p. 26. Sobre a temática, enfatiza: “É mais custoso, embora imprescindível, congraçar um Direito constitucional com o sentimento dos factos sociais. Virar-se para os factos sociais destrói qualquer construção jurídica, fugir-lhes tira à construção qualquer interesse. O Direito promana da sociedade, o Direito constitucional espelha por definição uma imagem da sociedade, a experiência jurídica não se esgota na obediência a normas”.

Nestes autos, de indiscutível relevância é a análise do fenômeno da recepção. Caso a norma pretérita seja compatível com o texto constitucional vigente, será ela acolhida pela Nova Ordem jurídica; contudo, verificada a desconformidade vertical de dispositivo legal editado sob a égide da Carta anterior, resta ele revogado em consonância com o brocardo “*lex posterior derogat priori*”. Por outras palavras, o juízo negativo de recepção dá ensejo à supressão da norma materialmente incompatível ao ordenamento magno superveniente.

Certo, assim, é que a lei infra promulgada antes do advento da Constituição Federal vigente e que com ela não guarde acatamento é simplesmente revogada, não havendo que se cogitar hipótese de declaração de inconstitucionalidade.

A validade de uma norma há de ser aferida em relação ao Ordenamento Supremo ao tempo da promulgação. Se com ele compatível e contemporânea, será constitucional, caso contrário, a declaração de inconstitucionalidade é medida que se impõe. Tratando-se de regra anterior à *norma normarum* em vigor, opera-se sua revogação se desconforme com a *Lex Magna*.

Pacífica a doutrina do Supremo Tribunal Federal desde a década de 1940, conforme assinalou o Ministro Paulo Brossard em voto proferido na ADI nº 2, de 6/2/1992, cuja ementa transcrevo:

EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (STF. ADI nº 2/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 6/2/1992, DJ 21/11/1997).

No aludido voto, o Relator, após trazer o repertório jurisprudencial do Pretório Excelso e de outros Tribunais, citou Pontes de Miranda<sup>99</sup>. *In litteris*:

---

<sup>99</sup> STF. ADI nº 2/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 6/2/1992, DJ 21/11/1997.

Se, com a nova constituição forem inconciliáveis, implícita ou explicitamente, todas as regras, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixarão de vigorar no instante mesmo que se iniciou a vigência da nova Constituição. (Comentários à Constituição de 1946. 3. ed, VI, p. 395; Comentários à Constituição de 1967 e 69, 2. ed, III, p. 595).

Nestes autos, patenteia-se incongruência vertical da vedação legal contida nos arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, disciplinadora do Conselho de Justificação, com os ditames magnos prevalentes, em especial, aqueles que resguardam o devido processo legal e os corolários e fundamentos norteadores dos direitos humanos fundamentalizados pela *Lex Republicana*.

Em síntese, tem-se que a lei atacada que não guarda relação de contemporaneidade com a *novel* Carta Política deve ser declarada revogada.

Eu concluo afirmando que a natureza de uma República reflete o espírito de suas leis. Os procedimentos administrativos punitivos e judiciais na Nova Ordem brasileira 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* militar, mas sem olvidar as garantias mínimas do cidadão. É o que se espera de um Estado bem ordenado, pautado por uma cultura cívica e política comprometida com a legitimidade jurídica.

Ante o exposto, votei vencida e declarei revogados os arts. 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal, manifestando pela declaração de nulidade do procedimento a partir do julgamento secreto.

### **PRELIMINAR DE NULIDADE EM FACE DA EXIGUIDADE DO PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DOS QUESITOS ÀS TESTEMUNHAS (3 DIAS)**

A Defesa alegou exiguidade de tempo para apresentação dos quesitos às testemunhas que foram ouvidas por Carta Precatória, uma vez que, na sessão de 22/9/2014, foi dado ao Justificante o “prazo legal” para tanto e, no dia 25/9/2014, ele não apresentou nenhuma relação de perguntas.

Embora a Lei nº 5.836/72 não o fixe para a formulação de quesitos, dispõe o art. 359 da Legislação Processual Castrense<sup>100</sup> a exigência de intimação da expedição de carta precatória **com prazo razoável**. Ainda, de acordo com o art. 291 do mesmo diploma legal, as citações, intimações ou notificações serão sempre feitas com antecedência de 24 horas, pelo menos, do ato a que referirem.

<sup>100</sup> Utilizada subsidiariamente por força do art. 17 da Lei nº 5.836/72.

No precedente citado pela Defesa (CJ nº 4-98.2010.7.00.0000), que utilizo como parâmetro ao meu convencimento, o Conselho indeferiu o pedido de intimação das testemunhas arroladas pela Defesa, fixando prazo de **uma hora** para elaboração de quesitos de testemunhas que seriam ouvidas por Carta Precatória. Naquela ocasião, entendi incoerente o prazo firmado.

*In casu*, observa-se que o Conselho fixou o prazo de 3 (três) dias para a apresentação dos quesitos, o que pareceu razoável.

Sem embargo, o Justificante não apresentou qualquer pergunta ou trouxe qualquer testemunha para ser ouvida em seu benefício.

Inexiste, pois, elemento probatório que permita inferir que a dilação do prazo poderia lhe ser benéfica, pois ele não demonstrou o desejo de oferecer quesitos ou questionamentos às testemunhas ouvidas no presente Conselho de Justificação.

Nesse sentido, rejeito a preliminar de exiguidade de prazo arguida pela DPU.

### **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.

Eventual deferimento neste sentido deve ser analisado com respaldo no Regimento Interno desta Corte de Justiça, que não oferece subsídio para o regramento deste momento defensivo nos processos aqui submetidos.

Para além, da leitura dos autos, observam-se elementos probatórios suficientes para o julgamento do mérito da presente demanda. Nas Razões de Defesa e Alegações Finais o Justificante expôs, de forma pormenorizada, os motivos que o levaram a faltar ao expediente em sua trajetória profissional.

Entendo ser desnecessário, portanto, ouvi-lo neste Tribunal Superior, à luz do binômio interesse-necessidade e/ou utilidade.

Pelo exposto, rejeito a preliminar defensiva de oitiva do Justificante em Juízo.

### **PRESCRIÇÃO DO PRIMEIRO FATO IMPUTADO AO JUSTIFICANTE** (alínea a do Libelo Acusatório)

A Defesa suscita a prescrição do primeiro fato imputado ao Justificante, nos termos do art. 18 da Lei nº 5.836/72, considerando terem transcorrido mais de 6 anos do ocorrido (7/10/2008).

A Lei nº 5.836/72, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, no art. 17<sup>101</sup>, adota, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Penal Militar e, ao versar sobre a prescrição, estatui:

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.

A *legis* não prevê causas de suspensão ou interrupção dos prazos prescricionais, entendendo esta Corte pela sua fruição desde a ocorrência.

A respeito, precedente desta Casa de Justiça:

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO - SOBRESTAMENTO - PRESCRIÇÃO. Oficial do Exército submetido a Conselho de Justificação visando apurar fatos ocorridos entre o final de 1999 até abril de 2000, constituindo violação dos preceitos da ética e dos deveres militares. Sobrestado o curso do Conselho de Justificação por estar o Justificante respondendo a ação penal perante a Justiça Criminal Estadual. Certificado, em 1º de outubro de 2006, o cumprimento integral das condições impostas pelo *sursis* processual, com fulcro na Lei nº 9.099/95. **Configurado estarem os fatos apontados alcançados pelo instituto da prescrição, devido ao transcurso de tempo superior a seis anos, conforme artigo 18 da Lei nº 5.838/72. Declarada, preliminarmente, de ofício, a prescrição dos fatos que originaram o Conselho de Justificação, determinando-se o arquivamento dos autos.** Decisão unânime. (Conselho de Justificação nº 2001.01.000188-4/DF, Rel Min. Marcus Herndl, Decisão de 1/3/2007, publicada em 16/4/2007) (grifo nosso).

Consoante Ronaldo João Roth, no tocante às infrações administrativas, a fixação do *dies a quo* inicia-se a partir da falta ou da sua consumação, aplicando-se a teoria do resultado e não se estabelecendo causas de interrupção ou suspensão da prescrição<sup>102</sup>.

Em sentido idêntico, salienta Jorge Luiz Nogueira de Abreu:

a Lei 5.836/1972 não contempla hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição para infrações administrativas puras. Logo, uma vez praticado ato que enseje a instauração do Conselho, o lapso prescricional fluirá sem pausas. Findo o prazo legal, incidirá a prescrição<sup>103</sup>.

Ocorrido prazo superior a 6 (seis) anos entre o primeiro fato descrito no Libelo Acusatório e o presente julgamento, há de se declarar a prescrição daquela acusação (alíena "a"), *ex vi* do art. 18 da Lei nº 5.836/72.

<sup>101</sup> Art. 17. Aplicam-se a esta lei, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar.

<sup>102</sup> ROTH, Ronaldo João. *A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação*. Revista Direito Militar. Florianópolis, n. 42, p. 13-18, *apud* ASSIS, Jorge César. *Curso de Direito Disciplinar Militar*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 253/254.

<sup>103</sup> ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 368.

*Ex positis*, voto pelo acolhimento da preliminar levantada pela Defesa, para a declaração da prescrição da primeira conduta descrita no Libelo Acusatório, prosseguindo no julgamento do mérito das demais condutas.

### AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA

Preliminarmente, a Defensoria Pública da União alegou ter havido violação à ampla defesa, haja vista o Oficial nomeado para atuar na Defesa do Justificante não ter acompanhado os atos do Conselho de Justificação.

Em princípio, cabe frisar que a Lei nº 5.836/72 não impõe o acompanhamento de oficial para a defesa do Justificante, presença unicamente prevista para o Conselho de Disciplina, disposto no Decreto nº 71.500/72, art. 9º, § 4º<sup>104</sup>.

Entretanto, neste caso, foi-lhe assegurado, consoante a Ata da 1ª Sessão do Conselho de Justificação, de 5/9/2014 (fl. 36), o acompanhamento do Capitão Vaner Oda de Oliveira Moraes, para atuar em seu auxílio.

O não comparecimento do Oficial, sem qualquer justificativa, trouxe evidente prejuízo à sua defesa.

Observa-se que o oficial, embora tenha apresentado nas suas Razões de Defesa os motivos que o levaram a faltar injustificadamente durante os anos de 2010 e 2011, trazendo à tona os conflitos emocionais e pessoais vivenciados na ocasião, não destacou exatamente o mais relevante: o alcoolismo. Tal fato somente ficou esclarecido nos depoimentos do Cel Carlos Eduardo de Moura Neves e do Major da Reserva Celso Ferreira dos Reis (fls. 148/149).

Como bem pontuou a DPU, o Justificante muitas vezes não oferecia justificativa para suas faltas precisamente *“por entender que não haveria como justificá-las com sua situação de alcoólatra – o que ainda é o padrão decorrente de todo o preconceito que envolve a doença, sendo ainda muito comum que as pessoas enxerguem o alcoolismo como fraqueza, falta de caráter, e não como doença”*.

Tal sentimento (culpa) tornou-se visível durante sua defesa neste processo.

Frise-se, inclusive, que durante o segundo depoimento no Conselho de Justificação (fls. 199/204), quando perguntado se o seu comportamento feriu os preceitos da ética e do dever militar, ou maculou, sob o aspecto ético e moral, preceitos do pundonor militar, respondeu afirmativamente em todas as ocasiões.

---

<sup>104</sup> § 4º O processo é acompanhado por um oficial: a) indicado pelo acusado, quando este o desejar para orientação de sua defesa; ou b) designado pela autoridade que nomeou o Conselho de Disciplina, nos casos de revelia.

Restou claro, portanto, que a ampla defesa restou comprometida, uma vez que, em sua autodefesa, praticamente concordou que suas condutas feriram os valores defendidos pela Instituição Militar.

Consoante o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Sobre o tema, esposo o seguinte entendimento, *verbis*:

Tanto para a sindicância apenadora, quanto para o processo administrativo disciplinar, a Administração Pública deverá respeitar as franquias constitucionais deferidas ao acusado. Neste ponto, cumpre analisá-las sob a égide da Lei Maior, porquanto norteadoras do direito penal e disciplinar na República Federativa do Brasil.

A primeira a ser mencionada remete ao princípio da legalidade, que estabelece não poder, nenhuma penalidade, ser aplicada sem prévia apuração procedimental e observância das leis de regência referentes à atuação persecutória do Poder Público.

De fato, a Constituição Federal confere ao acusado um rol de garantias fundamentais.

Coube ao art. 5º da Carta Magna distribuí-los em seus diversos incisos; a saber: inciso LIV que dispõe sobre o princípio do devido processo legal e seus consectários naturais: o contraditório e a ampla defesa - LV; a presunção da inocência - LVII; o juiz natural - XXXVII e LIII; a aplicação da pena e as condições para seu cumprimento - XXXVII e seguintes. Nomeie-se, ainda, os direitos da personalidade consubstanciados na inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem - X; a indenização pelo dano moral e uso indevido da imagem - V; e o direito à intimidade que restringe à publicidade de atos processuais - LX.

Eu inicio (...) com o devido processo legal, princípio matriz da processualística liberal, cujos desdobramentos são o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao juiz natural ou administrador competente.

Possibilita o *due process of law* que, antes de serem tomadas decisões gravosas contra alguém, lhe seja oportunizado manifestar-se em prol de seus interesses. O direito administrativo brasileiro, ao subjugar-se ao princípio da legalidade acatou-o como decorrência natural. Ele se manifesta no direito à citação e conhecimento do teor da acusação; no arrolamento de testemunhas; em um julgamento público, célere e imparcial; na plena igualdade entre acusação e defesa; na impossibilidade de se processar alguém por infração a lei editada posteriormente ao fato imputado; no direito de não ser acusado com base em provas ilegalmente obtidas; no direito ao silêncio; na assistência judiciária, inclusive, a gratuita; dentre outros preceitos assecuratórios.

Traduz-se, o contraditório, na plena informação do processo ou sindicância com a devida antecipação, a fim de que o investigado tenha

efetiva possibilidade de preparar-se para a intervenção e a efetiva possibilidade de intervir. Já a ampla defesa é exercida mediante o direito à plena manifestação processual, à produção cabal de provas e ao oferecimento de razões que devem ser consideradas pelo julgador<sup>105</sup>.

O Conselho de Justificação, como processo de natureza administrativa e judicial que impõe ao justificante uma sanção legal, deve estar intrinsecamente vinculado a estes postulados.

Nesse contexto, embora tenham sido disponibilizadas ao Justificante oportunidades de manifestação, com a apresentação de suas Razões e Alegações Finais, o militar quedou-se inerte em dois momentos importantes para a sua defesa (apresentação de testemunhas e quesitos).

Como bem pontuou o nobre Parecerista, o não comparecimento do Oficial designado para acompanhar o Justificante prejudicou sua articulação defensiva, *“em face do evidente envolvimento emocional e restrito à esfera familiar e pessoal que, por vezes, inibe o acusado de declinar, em sua defesa, o que deveria ser analisado em seu benefício”*.

No presente caso, considero inaplicável o entendimento esposado na Súmula nº 5 do STF, uma vez que não se trata, aqui, de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar, mas, sim, de auxílio defensivo por um Oficial nomeado pelo próprio Conselho de Justificação.

Nesse contexto, saliento insuperável a questão, uma vez que o não acompanhamento do Justificante pelo Oficial designado violou sua garantia à ampla defesa.

Posto isso, votei vencida, acolhendo a preliminar de nulidade arguida pela DPU, por violação ao princípio da ampla defesa, *ex vi* do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

## MÉRITO

Analisando, no mérito, as faltas injustificadas imputadas ao Cap Ex EVANDRO FERNANDES MARQUES DA SILVA, *ex vi* do art. 2º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, da Lei nº 5.836/72.

Indubitável a violação dos atos normativos militares, em especial o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), itens 25 e 26 do Anexo I, com as agravantes dos incisos II, III e V do art. 20, que macularam relevantes postulados do ambiente castrense.

---

<sup>105</sup> Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Palestra: *As Tutelas e Garantias Constitucionais no Direito Disciplinar da República Federativa do Brasil*. Terceiro Congresso Internacional de Abogacia Pública en el año del Bicentenario “Horizontes del Derecho Administrativo en el Siglo XXI”, promovido pela Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina, em Buenos Aires/Argentina, em 3/11/2010.

Porém, conforme destacou o representante da PGJM, se faz necessária a análise de todo o “conjunto de ações e atitudes do militar infrator para se concluir ser o transgressor indigno ou incompatível de permanecer no serviço ativo, por apresentar personalidade que não se harmoniza com os preceitos éticos e morais da vida militar”.

Em que pese nos anos de 2010 e 2011 a conduta do militar tenha se revelado reprovável do ponto de vista ético e moral, demonstram os autos ter ele se recuperado dos problemas pessoais que enfrentava, em especial os conjugais e o alcoolismo.

Ademais, como bem destacou o nobre parecerista, *litteris*:

(...) labora a seu favor o fato de a Administração Militar ter se mantido inerte inobstante tantas transgressões, apenas instaurando o procedimento apuratório administrativo mais de três anos após a última prática infracional, inclusive deixando prescrever o período mais crítico e que mais deu ênfase neste processo, ou seja, o ano de 2008, quando era instrutor, pois não consta de suas Folhas de Alterações (Apenso 1), após 2011, que o Oficial tenha sido submetido a idêntica apuração ou, em especial, incorrido novamente em transgressões militares, tudo indicando que o referido militar efetivamente passou por problemas graves, tendo incorrido em comportamentos altamente reprováveis, mas, por outro lado, conseguiu superar esse período, mantendo-se cumpridor de seus deveres militares sem alterações nos últimos 3 (três) anos.

Não seria razoável, portanto, exatamente no momento em que o militar se mostra capaz de superar todas as suas crises pessoais e deficiências, reabilitar-se, inclusive da mais difícil delas, que é o alcoolismo, declará-lo incapaz de permanecer no serviço ativo ou de ser indigno para o oficialato.

Tal como colocado, revela-se contraditório declará-lo indigno do Oficialato após permitir que o militar frequentasse o curso de aperfeiçoamento de oficiais, inclusive assumindo função de Subcomandante da 2ª Companhia de Comunicações Leve (fevereiro de 2013).

Entendo igualmente relevante destacar que o Regulamento Disciplinar do Exército prevê que as punições disciplinares devam ser aplicadas de forma crescente em relação à gravidade, sendo a última delas o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina (art. 32, § 1º, I e II).

O Justificante foi punido com prisão, por diversas vezes, reiterando na conduta indisciplinada, e não se cogitou, na época, sua exclusão.

Cumprе salientar que a infração de letra g (falta injustificada nos dias 10 a 18 de outubro de 2011), inclusive, poderia ter acarretado na responsabiliza-

ção do militar pelo crime de deserção, mas não se intencionou a punição penal do Justificante, talvez porque ele informou ter viajado para a cidade de Belo Horizonte/MG, embora sem autorização.

No tocante às justificativas apresentadas pela Defesa, restou comprovado, especialmente com as oitivas do Cel Carlos Eduardo de Moura Neves (fls. 152/160) e do Major da Reserva Celso Ferreira dos Reis (fls. 148/149), que o Justificante enfrentava sério problema de alcoolismo e necessitava de tratamento médico.

Como bem argumentou a Defesa, *verbis*:

No período que o justificante se encontrava intoxicado pelo alcoolismo que ocorreram todas as infrações disciplinares – e frise-se o mesmo nunca apresentou justificativa para suas faltas justamente por entender que não haveria como justificá-las com sua situação de alcoólatra – o que ainda é o padrão decorrente de todo o preconceito que envolve a doença, sendo ainda muito comum que as pessoas enxerguem o alcoolismo como fraqueza, falta de caráter, e não como doença.

Destaco ser a dependência do álcool uma doença crônica, definida na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como um

conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após o uso repetido de álcool, tipicamente associado aos seguintes sintomas: forte desejo de beber, dificuldade de controlar o consumo (não conseguir parar de beber depois de ter começado), uso continuado apesar das consequências negativas, maior prioridade dada ao uso da substância em detrimento de outras atividades e obrigações, aumento da tolerância (necessidade de doses maiores de álcool para atingir o mesmo efeito obtido com doses anteriormente inferiores ou efeito cada vez menor com uma mesma dose da substância) e por vezes um estado de abstinência física (sintomas como sudorese, tremedeira e ansiedade quando a pessoa está sem o álcool).

Nesse sentido, reconheço a existência de maior dificuldade do Justificante em determinar-se da maneira exigida pela norma militar e esperada pelos superiores hierárquicos.

Frisa-se que as faltas não foram premeditadas, consoante depoimento das testemunhas ouvidas durante o Conselho de Justificação, Comandantes das Unidades em que serviu o oficial *sub judice*.

O Cel Carlos Eduardo de Moura Neves, Comandante do 25<sup>o</sup> Blog (Es) em 2010, que sancionou disciplinarmente o Justificante pelas ausências em 17/05/2010, 6 a 8, 21 a 27/7/2010, declarou que, embora o Capitão EVANDRO FERNANDES tenha deixado de observar, parcialmente, os preceitos da

ética castrense, era um militar exemplar e exercia muito bem as funções de Comandante da Companhia de Comando e Apoio até apresentar os sintomas de alcoolismo.

Do exposto, não vislumbro que as condutas imputadas ao Justificante tiveram o desvalor necessário a considerá-lo indigno com o Oficialato, não restando evidenciada a violação dos princípios basilares da hierarquia e disciplina ou infringência aos deveres de civilidade que são peculiares aos militares da ativa, em especial dos Oficiais de carreira.

Pelo exposto, voto pela improcedência do Conselho de Justificação, para considerar o Cap Ex EVANDRO FERNANDES MARQUES DA SILVA justificado das condutas descritas no Libelo Acusatório.

Superior Tribunal Militar, 5 de novembro de 2015.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha  
Ministra-Revisora

#### **DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

JOSÉ BARROSO FILHO

Conselho de Justificação Nº 26-83.2015.7.00.0000-DF

No presente caso, na 85ª Sessão de Julgamento, em 5 de novembro de 2015, rejeitei a sétima preliminar, suscitada pela Defensoria Pública da União (DPU), de ausência de defesa técnica, por ofensa à ampla defesa, tendo em vista que o Oficial nomeado para atuar na Defesa do Justificante não acompanhou os atos do Conselho de Justificação.

Naquela ocasião, ressaltei que, *in casu*, não se tratava de aplicar o enunciado nº 5 da Súmula Vinculante do STF, *in verbis*: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”.

Embora seja um procedimento administrativo, asseverei que nesses casos específicos não seria viável aplicar, indistintamente, a mencionada Súmula, por consubstanciar violação ao princípio constitucional da ampla defesa, levando-se em consideração as consequências que trazem um processo desta natureza e a ausência de meios de impugnação da Decisão.

Assim, reconhecia os fundamentos jurídicos da nulidade suscitada pela DPU, mas, no presente caso, não lhe dava os efeitos, para se garantir o exame do mérito da *quaestio*, enfatizando que o exame da referida nulidade está imbricado com o próprio mérito.

---

Ademais, enfatizava que a rejeição desta preliminar não causará qualquer prejuízo para a Defesa do Justificante, ao revés, ser-lhe-á benéfica diante do contexto fático em análise.

**Ante o exposto**, rejeitava a sétima preliminar suscitada pela DPU, de nulidade do feito por ausência de defesa técnica, para dar prosseguimento ao exame do mérito da causa.

Superior Tribunal Militar, 5 de novembro de 2015.

José Barroso Filho  
Ministro do STM

---

---

## CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 43-56.2014.7.00.0000-DF

---

Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisora e Relatora p/ o Acórdão: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Requerente: O Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica encaminha, em cumprimento ao prescrito na Lei nº 5.836/72, os autos do Conselho de Justificação a que foi submetido o Cap Aer João Maria do Nascimento.

Advogados: Drs. Ruy Medeiros Fernandes e Cristianne Diniz Barreto de Paiva.

---

### EMENTA

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES DE CABIMENTO, NULIDADE, PRESCRIÇÃO, *BIS IN IDEM*, VÍCIO DE PROCEDIMENTO, AÇÃO JUDICIAL EM TRÂMITE E AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO CLERICAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE CONDUTA FUNCIONAL IRREGULAR. JUSTIFICANTE CONSIDERADO NÃO CULPADO.

Preliminares de não cabimento do procedimento ético e de nulidade por violação da garantia constitucional ao silêncio não acolhidas nos termos do voto do Relator. Decisão por maioria.

Ausência de decurso de lapso temporal suficiente entre o ato que privou, definitivamente, o justificante da prática do sacerdócio em ambientes militares e a instauração do presente Conselho. Inocorrência da prescrição. Decisão por unanimidade.

Não há que cogitar dupla submissão ao Conselho de Justificação. O primeiro procedimento teve como fundamento a privação temporária do exercício do sacerdócio; o segundo, a privação em definitivo. Não ocorrência de *bis in idem*. Decisão por unanimidade.

A mera alegação de prejuízo sem prova concreta atrai a incidência clara do postulado *pas de nullité sans grief*, segundo o qual inexistente nulidade sem prejuízo, princípio esse de ampla aplicação no processo penal, de incidência subsidiária ao procedimento *sub examine*. Decisão por unanimidade.

Quanto aos efeitos do *decisum* proferido no bojo da aludida Ação em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, as decisões ali emanadas versam sobre a agregação do justificante no momento em que se encontrava, temporariamente, privado do exercício do ministério religioso. Não é o caso, pois, de se falar em aplicação, nesse momento, de liminar concedida naquela ocasião e para aqueles fins, revogada *a posteriori* por sentença. Decisão por unanimidade.

As questões relacionadas com nulidades na aplicação da privação da ordem pela autoridade eclesiástica não podem ser alegadas na seara administrativa ou judicial. Isso porque o exercício

das atividades pastorais está no âmbito da competência da autoridade eclesiástica, restando vedado aos Poderes laicos adentrar no mérito dessas decisões. Decisão por unanimidade.

Sem embargo de o Conselho de Justificação ser um processo especial, de cunho eminentemente discricionário da administração castrense, devem estar evidenciadas condutas, em tese, reprováveis por parte do justificante, para julgá-lo culpado das imputações que lhe são feitas. E, *in casu*, ausente qualquer imputação, seja comissiva ou omissiva, a resvalar em desvalor de agir. Decisão por maioria.

---

## DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar suscitada pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), que julgava extinto o processo do Conselho de Justificação, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 3º, alínea “d”, do CPPM, c/c o art. 267, inciso IV, do CPC, e determinava a remessa dos autos ao Comando da Aeronáutica para que, observada a proteção constitucional ao direito adquirido do Oficial, fossem aplicados os ditames do art. 15 da Lei nº 6.923/81. Em seguida, **por maioria**, rejeitou a segunda preliminar arguida pela Ministra-Revisora, no que foi acompanhada pelo Ministro José Coêlho Ferreira, de nulidade absoluta do Conselho de Justificação, em razão da revogação do art. 305 do CPPM pela Constituição Federal. Em seguida, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar de prescrição, suscitada pela Defesa, com base no art. 18 da Lei nº 5.836/72; **por unanimidade**, rejeitou, por inocorrência do *bis in idem*, a segunda preliminar arguida pela Defesa, de ilegalidade do Conselho de Justificação, por já ter sido o Justificante, anteriormente, submetido a outro procedimento justificativo, a fim de apurar o mesmo fato; **por unanimidade**, rejeitou a terceira preliminar suscitada pela Defesa, de nulidade do Conselho de Justificação, pelo não cumprimento do rito previsto na Lei nº 5.836/72. Em seguida, o Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a alegação defensiva, analisada como preliminar, de existência de Ação Civil nº 8.00065-49.2013.20.84000, em trâmite no TRF da 5ª Região. Na sequência, o Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou alegação defensiva, analisada como preliminar, de vício na decisão do Ordinariado militar. **No mérito, por maioria**, nos termos do voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), votou pela improcedência do Conselho de Justificação, para considerar o Cap Aer João Maria do Nascimento não culpado das acusações contidas no Libelo Acusatório. Os Ministros Alvaro Luiz Pinto (Relator), José Coêlho Ferreira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva e Odilson Sampaio Benzi julgavam o Oficial não justificado da acusação que lhe fora imputada, por considerá-lo incompatível com o exercício das funções de Capelão Militar, em face da sua suspensão, em caráter definitivo e irrevogável, do Ministério Sagrado, pela autoridade eclesiástica competente, determinando, portanto,

a sua reforma, nos termos do art. 16, inciso II e § 1º, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Relatora para o Acórdão Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora). O Ministro Alvaro Luiz Pinto (Relator) fará voto vencido. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa, Dr. Ruy Medeiros Fernandes, e o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. (Extrato da Ata da 89ª Sessão, 17/11/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de Conselho de Justificação remetido a este Tribunal pelo Exmo. Sr. Comandante da Aeronáutica, em cumprimento ao disposto no art. 13, inciso V, alínea “a”, e art. 14 da Lei nº 5.836/72, figurando como justificante o Capitão da Aeronáutica JOÃO MARIA DO NASCIMENTO, do Quadro de Oficiais Capelães da Aeronáutica, julgado culpado das acusações que lhe foram imputadas, como incurso no art. 2º, inciso III, da citada lei, em razão de ter sido afastado do cargo na forma do Estatuto dos Militares – incompatibilidade ou incapacidade para o exercício das funções militares a ele inerentes.

O fato ensejador da instauração do Conselho de Justificação foi a comunicação ao Comando da Aeronáutica pelo Arcebispo do Ordinariado Militar, em 1º/8/2013, de que havia sido aplicada uma pena canônica ao Capitão da Aeronáutica JOÃO MARIA DO NASCIMENTO, privando-o definitivamente de exercer o ministério sacerdotal no meio castrense, o que importaria na demissão *ex officio* do militar, a teor do disposto no parágrafo único do art. 14 da Lei nº 6.923/81, que trata do Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas (fl. 9).

No caso em tela, o justificante foi a ele submetido após pronunciamento da Consultoria Adjunta do Comando da Aeronáutica, de que deveria ser garantido o devido processo legal ao oficial demitido *ex officio*, oportunizando-lhe o contraditório e a ampla defesa (fls. 13/14).

O aludido procedimento foi instaurado por intermédio da Portaria nº 1/GC1, de 27/1/2014, a fim de avaliar a capacidade do justificante, como militar de carreira, e, diante dos fatos que lhe foram atribuídos, de permanecer no serviço ativo da Aeronáutica (fl. 2).

O Libelo Acusatório (fls. 53/54) aduz ter sido ele definitivamente privado de exercer o ministério sacerdotal em ambientes militares por determinação do Sr. Arcebispo do Ordinariado Militar, Dom Osvino José Both, em 1º/8/2013 (fl. 9). Por conseguinte, deveria ser demitido *ex officio*, ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuísse na ativa, a teor do disposto no parágrafo único do art. 14 da Lei nº 6.923/81. A Exordial acusatória informa, ainda, que o presente Conselho visa oportunizar ao justificante o *due process of law*, atendendo assim as garantias individuais positivadas na Lei republicana. Desta feita, conclui a exordial (fl. 54):

[...] 7. Assim, como o militar não exercerá mais o cargo de Capelão Militar nas fileiras da Força Aérea Brasileira, como determinado pela autoridade competente para tal, **o justificante deverá expor os motivos pelos quais não deve ser demitido *ex officio***, ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuía na ativa, conforme a Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981, na qual dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa das Forças Armadas em seu art. 14, Parágrafo único. [...] (grifo nosso).

Em 31/1/2014, o oficial tomou ciência do teor do Libelo Acusatório por intermédio de seu Advogado (fls. 56/57). Foi devidamente qualificado e interrogado no dia 12/2/2014 (fls. 88/92).

Na oportunidade, na presença de seus advogados, o Capitão da Aeronáutica JOÃO MARIA DO NASCIMENTO declarou que concluiu o curso de teologia em 1994 e ingressou na Força Aérea em 2002, visto que reunia todas as condições do edital para a investidura no cargo. Sustentou reconhecer o Ordinariado Militar como competente para a concessão da Provisão de Capelão no âmbito castrense, tendo informado, ainda, que, no ano de 2011, em razão da descoberta pelo Arcebispo Militar de que possuía um filho, foi afastado temporariamente das funções sacerdotais pelo Ordinariado Militar, passando à condição de agregado. Que acreditava que tal afastamento perduraria até a maioria civil de seu filho, emancipado em 2012 por escritura pública.

Alegou, nesse sentido, que, em relação aos efeitos da maioria civil do rebento, Dom Osvino descumpriu a determinação administrativa do Comandante do COMGEP (Comando-Geral do Pessoal). Aduziu ter sido coagido pelo Arcebispo a assinar o Decreto de afastamento temporário das funções eclesiais e acrescentou, por fim, que o Ordinariado já tinha ciência da existência da criança, nascida antes do seu ingresso na Aeronáutica.

Somente Dom Osvino soube da existência de seu filho em janeiro de 2011. Pontuou que aquele religioso não seria competente para afastá-lo das atividades, e, sim, o Arcebispo de Natal, onde o justificante fora incardinado.

Informou que o filho nasceu em setembro de 1996 e que deu conhecimento do fato ao Arcebispo de Natal, Dom Heitor, e este o perdoou. Confirmou ter omitido a condição de pai no momento do ingresso na Aeronáutica e que apenas o declarou como seu dependente na Força Aérea entre os anos de 2006 e 2007.

Inferiu que, durante o tempo do afastamento temporário das funções sacerdotais, exerceu outras atividades no âmbito da Aeronáutica. Em arremate, declarou que somente o Papa poderia afastá-lo definitivamente do ministério religioso e, conseqüentemente, poderia ser privado de ser capelão militar.

Juntou-se cópia da escritura pública de emancipação de Pedro Vitor Faustino do Nascimento, filho do justificante, às fls. 97/99.

Na fase instrutória foram ouvidas 3 (três) testemunhas da Defesa (fls. 109/114 e 129/133), uníssonas no sentido de que tomaram conhecimento do fato que ensejou o Conselho de Justificação pelo próprio justificante. Que ele exercia bem as funções militares e paroquiais e que não tinham quaisquer notícias que desabonassem sua conduta pessoal, tanto sacerdote no meio civil, quanto capelão militar.

Às fls. 167/170, consta o Ofício nº 2930/CÚRIA/MD, de 14/3/2013, contendo os subsídios enviados à AGU para defesa da União em processo movido pelo justificante, no qual se discutia a sua reversão às atividades eclesíásticas durante o período em que esteve agregado, por ter sido suspenso daquelas funções de forma temporária, nos termos do art. 14, *caput*, da Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981 (dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas).

Consta, outrossim, dos autos Ata de Reunião do Ordinariado Militar datada de 14/2/2011, na qual há relato de que o oficial aceitou afastar-se temporariamente do sacerdócio para cuidar do filho menor (fls. 173/174).

Em Razões Escritas (fls. 178/195), nos termos do art. 9º da Lei 5.836/72, a Defesa requereu, preliminarmente, o arquivamento do Conselho por não cabimento, tendo em vista a ausência de preenchimento dos requisitos legais autorizadores da instauração do procedimento ético. No mérito, invocou o princípio da eventualidade, para que, desacolhida a preliminar, seja reconhecido que o justificante não praticou qualquer conduta hábil a ensejar sua incursão no art. 2º, inciso III, da Lei nº 5.836/72, e, em decorrência, seja ele declarado habilitado para permanecer no serviço ativo da Aeronáutica, exercendo, plenamente, as atividades inerentes ao cargo de Capelão Militar.

Às fls. 205 a 229, constam fragmentos das Ações Ordinárias 0800065-49.2013.4.05.8400 e 0800759-18.2013.4.05.8400, em trâmite no TRF5, ques-

tionando os aspectos administrativos da incidência da legislação específica que regula o serviço de assistência religiosa nas Forças Armadas durante o período de afastamento temporário do ministério sacerdotal no âmbito castrense, a saber: a reversão da agregação e a promoção do justificante ao posto de Major a contar de 25 de dezembro de 2012.

Foi juntada cópia de apelo, assinado pelo oficial capelão, datado de 19 de agosto de 2013, e endereçado às autoridades eclesiásticas, no qual se insurge contra o Decreto que o privou do exercício do ofício de Ordinário Militar (fls. 240/250).

Nas fls. 253/342 foram juntadas as cópias das alterações funcionais do justificante.

Consta interrogatório complementar às fls. 345/349, datado de 19/2/2014, no qual o capelão foi advertido, nos termos do art. 305 do CPPM, que seu silêncio poderia ser interpretado contra sua própria defesa.

À fl. 347 da oitiva, o militar, ao ser reinquirido, confirma que seu filho nunca residiu com ele. Ao ser indagado sobre a indenização de transporte recebida em decorrência da sua movimentação de Porto Velho para Belém, sacada em razão do filho morar com ele, firmou ter sido orientado a assim proceder pelo Esquadrão de Pessoal da Base de Porto Velho. O capelão apresentou Razões Escritas complementares nas fls. 358/364, reiterando os pedidos constantes das Razões oferecidas anteriormente.

Em Sessão Secreta de 25/2/2014 (fl. 365), após a análise dos fatos e das provas, bem como a conclusão dos membros do Conselho de Justificação, restou assentada, no Relatório de fls. 368/398, a decisão do colegiado que considerou não justificado o aludido militar, cuja parte final dispõe, *in verbis*:

**RESOLVE O CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO**, por unanimidade, JULGAR o justificante Capitão Capelão JOÃO MARIA DO NASCIMENTO, culpado da acusação que lhe foi imputada, tendo em vista ser incompatível com o cargo de Capelão Militar, conforme disposto no Art. 2º, inciso III da Lei nº 5.836/72, de 05 de dezembro de 1972, por ter sido definitivamente privado de exercer o ministério sacerdotal em ambientes militares, por determinação do Sr. Arcebispo do Ordinariado Militar, Dom Osmino José Both, autoridade competente, em 1º de agosto de 2013, por meio do Ofício nº 046/CÚRIA/MD, determinado que, lavrado o competente termo de encerramento, seja o presente processo encaminhado ao Excelentíssimo Senhor Comandante da Aeronáutica, para fins de direito.

O Comandante da Aeronáutica, autoridade nomeante do Conselho de Justificação, por meio do Despacho Decisório de fl. 403, ratificou a decisão exarada pelo colegiado e, em observância ao preceituado nos arts. 13, *caput* e inciso V, letra “a”, e art. 14 da Lei nº 5.836/1972, c/c o art. 6º, inciso II, letra “f”, da Lei nº 8.457/92, remeteu os presentes autos a esta Corte (fl. 405).

Nesta instância, o Ministro-Relator concedeu vista ao justificante para manifestar-se acerca dos fatos a ele imputados, *ex vi* do art. 158 do RISTM (fl. 409).

Na oportunidade, a Defesa (fls. 418/445) arguiu, preliminarmente, a nulidade do procedimento instaurado pelo Comandante da Aeronáutica, em decorrência da prescrição, por terem se passado mais de 6 anos dos fatos motivadores da privação imposta pelo Ordinariado Militar, qual seja, o nascimento do seu filho.

Alegou, igualmente, que respondeu a Conselho de Justificação pelos mesmos fatos no ano de 2011, procedimento este que foi regularmente arquivado pelo Comandante da Aeronáutica e que a nova submissão a Procedimento Ético incorre na vedação do *bis in idem*.

Ainda, sobre as *quaestios* propedêuticas, pontuou pelo reconhecimento da insubsistência do Libelo Acusatório, em face do Conselho de Justificação não ter enfrentado o incidente de nulidade que contestava a juntada de documentos novos pela “parte acusatória – a Cúria Militar –”, após o encerramento da produção probatória, em especial a oitava de testemunhas. Alertou, nesse mister, o cerceamento do seu direito de formular quesitos que pudessem esclarecer-lhe o conteúdo.

No mesmo sentido reputou como ilegal o interrogatório complementar por ausência de previsão normativa e pontuou o descabimento do Conselho de Justificação, por ausência de preenchimento dos requisitos legais autorizadores da instauração do procedimento ético.

Concernente ao *meritum causae*, reproduziu as alegações aventadas em sede de preliminar (fl. 434) e, ainda, pontuou a falta de fundamentação da decisão do Ordinariado Militar que o afastou das atividades.

No mesmo desiderato, questionou a vinculação dos fatos apurados pelo Conselho à própria decisão do Ordinariado Militar da privação definitiva do exercício do sacerdócio e na oportunidade aduziu, mais uma vez, a ausência de motivação daquele ato clerical.

Prosseguindo, em decorrência das questões postas, prequestionou matéria constitucional, a saber: violação do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

Alfim, na fl. 444, após todas as impugnações, requereu a declaração da prescrição, a nulidade de todos os atos praticados pelo Conselho de Justificação, em virtude da desobediência à liminar concedida no Processo nº 0800065-49.2013.8.20.84000/TRF5, que, segundo o justificante, teve seus efeitos restabelecidos por força da anulação da sentença proferida naqueles autos, impondo a reversão da agregação do militar. No mérito, alternativamente, pugnou pela justificação ou a concessão da reforma, consoante o art. 16, inciso II, § 1º, da Lei nº 5.836/72.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares, manifestou-se no sentido de considerar o Capitão Capelão da Aeronáutica JOÃO MARIA DO NASCIMENTO não justificado, em face da incompatibilidade para o exercício da capelania militar. Contudo, em nome dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, opinou pela reforma do justificante (fls. 488/511).

Às fls 518/519, insta mencionar a juntada aos autos, pugnada pela Defesa, da Declaração de fl. 520, subscrita pelo Chefe da Seção de Pessoal Militar do Centro de Lançamento da Barreira do Inferno, na qual consta a informação que o Oficial contava, até o dia 24 de fevereiro de 2015, com um total de 33 (trinta e três) anos e 1 (um) dia de serviço. Na oportunidade, requereu ao Ministro-Relator a autorização para o ingresso na reserva remunerada, nos termos do art. 97 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares).

Restou acostado aos autos o Ofício nº 030/CÚRIA/MD, de 10 de abril de 2015, do Ordinariado Militar do Brasil (fl. 521), que encaminhou, com a devida tradução, um Decreto emanado pela Congregação para o Clero (Vaticano), de 26 de março de 2015, no qual a Igreja Católica torna pública a pena de perda definitiva do exercício do sacerdócio aplicada ao justificante (fls. 525/526).

Recebi os autos por redistribuição em 21/5/2015, nos termos do art. 38 do RISTM.

É o Relatório.

## VOTO

Insurge-se o Capitão Capelão da Aeronáutica JOÃO MARIA DO NASCIMENTO contra a Decisão do Conselho de Justificação que o considerou culpado da acusação que lhe foi imputada: a de ser incompatível com o cargo de Capelão Militar, *ex vi* do art. 2º, inciso III, da Lei nº 5.836, de 5/12/1972.

### 1 PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO CONSELHO

A Defesa apontou, como preliminar, a nulidade do procedimento em razão da inadequação da via eleita para viabilizar a demissão *ex officio* do ora justificante, sob entendimento de que os incisos do art. 2º da Lei nº 5.836/72, que dispõem sobre o Conselho de Justificação, são hipóteses taxativas, limitadas a situações previamente valoradas pelo legislador ordinário. Aduziu que a realidade fática do caso não se subsume a quaisquer incisos do dispositivo legal mandamental ensejador da instauração do processo ético em desfavor do militar (fls. 429/433).

Com relação a esta preliminar, votei vencida, divergindo da douta maioria, pelos motivos que passo a expor.

No ano 2002, o Capitão Capelão JOÃO MARIA DO NASCIMENTO ingressou na Força Aérea, regularmente, por meio de concurso público para o cargo de capelão militar católico, sendo, à época, padre e exercendo plenamente o sacerdócio (fl. 253).

Ocorre que, em 14 de fevereiro de 2011, o justificante foi afastado temporariamente do exercício do ministério sacerdotal e, em agosto de 2013, por intermédio do Ofício nº 46/CÚRIA/MD, a Aeronáutica tomou conhecimento de que ele fora suspenso, em caráter definitivo, do uso de Ordem pela autoridade eclesiástica com poderes para tanto (fl. 9).

Por consequência, devido a tal privação, o justificante deixou de preencher requisito objetivo, instituído pela Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981, – dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas –, cuja consequência é a demissão *ex officio*, com ingresso na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuísse na ativa. Leia-se:

Art. 14. O Capelão Militar que, por ato da autoridade eclesiástica competente, for privado, ainda que temporariamente, do uso da Ordem ou do exercício da atividade religiosa, será agregado ao respectivo Quadro, a contar da data em que o fato chegar ao conhecimento da autoridade militar competente, e ficará adido, para o exercício de outras atividades não-religiosas, à organização militar que lhe for designada.

Parágrafo único. **Na hipótese da privação definitiva a que se refere este artigo**, ou da privação temporária ultrapassar dois anos, consecutivos ou não, **será o Capelão Militar demitido *ex officio*, ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuía na ativa.** (grifos nossos).

Como visto, a permanência do justificante no serviço ativo da Aeronáutica deixou de atentar aos requisitos da lei de regência (Lei nº 6.923/81), pelo que entendeu a Força Aérea não lhe restar outra opção a não ser sua exclusão do serviço ativo, mediante demissão *ex officio*, na forma regulada pela especial combinada com o Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80).

À fl. 2, no intuito de viabilizar a norma retro e visando oportunizar-lhe o contraditório e a ampla defesa, por orientação da Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando da Aeronáutica, instaurou-se o presente Conselho, com fulcro no art. 2º, inciso III, da Lei nº 5.836/72, *litteris*:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou “*ex officio*” o oficial das forças armadas:

[...]

III - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

Contudo, apesar do fundamento jurídico alegado e do enquadramento estampado na Portaria de instauração do procedimento, não restou comprovado nos autos o afastamento do militar nos moldes do disposto na Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), como a norma do conselho ético requer. Ao revés, o afastamento do militar de suas funções se deu sob o pálio da lei especial à qual o militar subordina-se, a saber: art. 14 da Lei nº 6.923/81. Por outro lado, também não constou do Libelo Acusatório a conduta imputada ao militar apta a demonstrar sua incapacidade de exercer as funções do cargo militar. Na Peça Pórtico apontou-se apenas o ato decisório clerical que privou, definitivamente, o oficial do exercício de seu ministério.

Em que pese a incontestada necessidade de serem precedidos de processo administrativo revestidos de todas as garantias constitucionais, em particular o contraditório e a ampla defesa, a perda de posto e patente e a demissão *ex officio* são institutos distintos, conforme aclara a disposição contida no art. 94 da Lei nº 6.880/80, *litteris*:

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. (grifos nossos).

Conforme preleciona o dispositivo transcrito, a exclusão de um militar do serviço ativo pode ocorrer em razão de **diversos motivos**, sendo que **um deles é a demissão (III), e outro a perda de posto e patente (IV)**. Ambos os institutos ocasionam o mesmo efeito prático, entretanto, **o fundamento e as consequências jurídicas de um e de outro são diferentes**, tal qual o procedimento administrativo para sua aplicação.

O Conselho de Justificação, com espeque constitucional no art. 142, § 3º, inciso VI<sup>106</sup>, configura um julgamento de honra destinado a valorar a capacidade do oficial de permanecer na ativa, por ofensa aos princípios de ética e desobediência aos deveres militares; por outras palavras, avalia se o oficial, por força de sua conduta, é indigno ou incompatível para com o oficialato.

Não é outro o teor da Lei nº 6.880/80:

Art. 118. O oficial perderá o posto e a patente se for declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, por decisão do Superior Tribunal Militar, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra, em decorrência de julgamento a que for submetido.

Confirmada a natureza ética do Conselho de Justificação, a lei que o regulamenta (Lei nº 5.836/72) o prevê em hipóteses para a permanência dos militares na ativa, na reserva remunerada ou reformados, ou seja, ele impõe impossibilidade daquele que fora submetido e considerado não justificado permanecer ostentando a condição de militar, mesmo na reserva, *verbis*:

Art. 1º O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da **incapacidade do oficial das Forças Armadas – militar de carreira – para permanecer na ativa**, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Parágrafo único. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente **incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra**. (grifos nossos).

Notadamente, no caso dos autos o justificante incidiu em previsão legal que enseja a demissão “*ex officio, com a sua inclusão na reserva não remunerada, no mesmo posto*” (art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.923/81), e não, a perda do posto e patente, cujo procedimento encontra-se regulado pela Lei nº 5.836/72. É importante observar que a Lei do Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas (Lei nº 6.923/81), diferentemente do que consta na legislação de conduta ética, é mandamental quanto à inclusão do militar na reserva não remunerada: “no mesmo posto”, nos casos de demissão.

Não há falar, então, em perda do posto e patente, porquanto aí o militar não poderá ser incluído na reserva, por expressa determinação contida no § 1º do art. 94 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80). Cabe salientar, outrossim, que sequer a pena de reforma a ser aplicada pelo Conselho teria o condão de incluí-lo na reserva, por imperativo legal da norma sobre o serviço religioso. Leia-se a distinção nas respectivas legislações regentes:

---

<sup>106</sup> Art. 142 (...) § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (...) VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

Art. 14. [...]

Parágrafo único - Na hipótese da privação definitiva a que se refere este artigo, ou da privação temporária ultrapassar dois anos, consecutivos ou não, será o Capelão Militar **demitido ex officio, ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuía na ativa.**

Art. 94. A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas e o consequente desligamento da organização a que estiver vinculado o militar decorrem dos seguintes motivos:

[...]

**II – reforma**

III - demissão;

**IV - perda de posto e patente;**

[...]

§ 1º **O militar excluído do serviço ativo e desligado da organização a que estiver vinculado passará a integrar a reserva das Forças Armadas**, exceto se incidir em qualquer dos itens **II, IV, VI, VIII, IX, X e XI** deste artigo ou for licenciado, *ex officio*, a bem da disciplina. (grifos nossos).

A situação na qual incorreu o justificante ao ser suspenso, definitivamente, do uso de ordem pela autoridade eclesiástica fez desaparecer um dos requisitos normativos para o exercício da função para a qual fora incorporado. Por consequência, tornou-se impossível, por imperativo legal, repiso, que o demandante permaneça no serviço ativo das Forças Armadas.

De fato, não se pode confundir o procedimento do Conselho de Justificação com a situação concreta, demissão do serviço ativo. Tanto é que o enquadramento estampado na Portaria de instauração não condiz com a realidade trazida aos autos como dito alhures.

Nesse ponto resta evidente que, caso o militar venha a ser considerado não justificado e, conseqüentemente, venha a perder o posto e a patente, será submetido a situação mais gravosa do que aquela que regime jurídico especial lhe impõe, a exemplo o direito de ser julgado pelo conselho especial de justiça nos crimes militares. E mesmo se lhe for imposta a pena de reforma com proventos proporcionais, a esfera de direitos do militar será reduzida, não podendo ser incluído na reserva mobilizável. Ademais, tal medida não foi a eleita pelo legislador.

Nesse sentido, o de não ser o Conselho de Justificação procedimento hábil à demissão por perda definitiva do exercício do sacerdócio, colaciono excertos de decisão do TRF4 nos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 5000184-67.2011.404.7102/RS, que confirmou o acerto de aplicação da

*demissão ex officio* a um Capelão do Exército, apenas, por procedimento administrativo *interna corporis*, leia-se:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. DECADÊNCIA. PRAZO. INTERRUÇÃO. **DEMISSÃO EX OFFICIO. PERDA DA CONDIÇÃO DE RELIGIOSO. LEI Nº 6.923/1981. SINDICÂNCIA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI Nº 5.836/72. INAPLICABILIDADE.**

Não tendo transcorrido entre a “Declaração de Suspensão de Uso da Ordem Religiosa” e a Portaria de demissão *ex officio* do autor mais de cinco anos, não há decadência a impedir a prática do ato hostilizado, porquanto, no momento em que a Administração procedeu ao seu afastamento, deixou de ser inerte, cessando o fluxo do lapso decadencial.

[...]

**Em se tratando de hipótese de afastamento do serviço militar ativo, para reserva não remunerada, como conseqüência lógica e inexorável da perda de uma das condições objetivas para provimento e exercício do cargo de Capelão Militar, em decorrência da privação de uso da ordem religiosa (arts. 4º e 18, inciso VI, da Lei nº 6.023/81) – e não de punição militar ou incapacidade –, não era exigível a instauração de Conselho de Justificação (Lei nº 5.836/72) ou inquérito administrativo, procedimentos adequados para situação diversa (apuração de conduta irregular/ilícita).**

Tendo decorrido a demissão *ex officio* do autor, diretamente da privação definitiva de uso da ordem religiosa ou exercício de atividade religiosa, por ato da autoridade eclesiástica, carece a União de legitimidade para responder pela regularidade do respectivo processo, regulado pelo direito canônico e conduzido pela Igreja Católica Apostólica Romana. (grifos nossos).

Ora, impossível igualar a perda de condição objetiva de ingresso na carreira com a demonstração de incapacidade para o exercício das funções castrenses. A primeira é requisito objetivo *ope legis*, já a segunda é conduta subjetiva comportamental deontológica.

A toda evidência, não exigiu o legislador, na Lei nº 6.923/1981, tampouco na Lei nº 5.836/72, nos casos de demissão do serviço ativo em decorrência da perda definitiva do direito ao exercício ao sacerdócio no âmbito das Forças Armadas, a submissão do militar demissionário ao Conselho de Justificação, razão pela qual entendo não guardar pertinência e adequação a via procedimental eleita para cumprir a determinação impositiva da legislação especial.

Nesse ponto, entendo que submeter a procedimento ético de demissão *ex officio* em decorrência da legislação que regula a Assistência Religiosa nas Forças Armadas, por si só, inviabilizaria a aplicação da penalidade imposta em

regra específica. Da simples leitura do rol de penalidades previsto na Lei nº 5.836/72, constata-se a inexistência da possibilidade de incidência, por parte desta Corte, da demissão de oficial, com sua inclusão na reserva não remunerada no mesmo posto.

É bem verdade que a implementação da pena de perda do posto e patente se dá, necessariamente, por via de demissão *ex officio*; contudo, trata-se de uma espécie *sui generis* de perda total do vínculo jurídico e financeiro com a instituição militar. E, em decorrência de vedação legal, não poderá o oficial demissionário integrar a reserva não remunerada no mesmo posto, visto que o perderá.

Cabe aqui transcrever o art. 16 da Lei nº 5.836/72, que elenca as possibilidades de decisão deste STM no bojo do Conselho de Justificação:

Art. 16. **O Superior Tribunal Militar**, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto nos itens I, III e V, do artigo 2º ou que, pelo crime cometido, previsto no item IV, do artigo 2º, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve, conforme o caso:

**I - declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou**

**II - determinar sua reforma.**

§ 1º A reforma do oficial é efetuada no posto que possui na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º A reforma do oficial ou **sua demissão "ex officio" consequente da perda de posto e patente**, conforme o caso, é efetuada pelo Ministro Militar respectivo ou encaminhada ao Presidente da República, tão logo seja publicado o acórdão do Superior Tribunal Militar. (grifos nossos)

Seguramente afirmo que o STM não foi contemplado com a competência de implementar ou homologar a decisão do legislador acerca da consequência legal e, portanto, vinculada, da demissão decorrente da perda do direito ao exercício de ministério religioso no âmbito das Forças Armadas, com a consequente inclusão do militar na reserva não remunerada. Por certo, a atribuição restou adstrita à autoridade administrativa castrense, sob pena de tornar inócua a disposição constante do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 6.923/1981.

Por conseguinte, descabe a este Tribunal alterar previsão legal, bem assim usurpar competência administrativa para aplicação da norma especial que rege a carreira do capelão militar.

*In casu*, para além das questões já citadas, presente ainda outro óbice à instauração do Conselho: o oficial adquiriu em fevereiro de 2012 o direito ao ingresso na reserva remunerada ao completar 30 anos de serviço. Ora, tal mar-

co se deu em momento anterior ao perdimento do exercício do ministério sacerdotal em 1º/8/2013, por conseguinte, o ato clerical não possui o condão de desconstituir o direito adquirido do capelão.

Ressalto, *in specie*, incabível a concessão da reforma com proventos proporcionais, muito embora o oficial conte com 33 anos de serviço, a possibilitar-lhe perceber a remuneração integral do posto. A razão é óbvia, para tanto, mister perpassar-se pela análise de culpa dos fatos imputados no Libelo Acusatório, que, no caso, além de inexistir, não compete a esta Corte sobre eles se pronunciar. Não se mostra adequada a proteção de um direito fundamental por intermédio da aplicação de penalidade, como a reforma.

Relembro impossibilitar a reforma o ingresso do militar na reserva não remunerada, ou seja, a Força Aérea não poderá contar com o oficial em uma eventual mobilização; sem dúvida uma *capitis diminutio* para o cidadão que ostenta a farda.

Insta salientar possuir o justificante tempo de serviço suficiente para ingresso na reserva remunerada, que adquiriu direito a este benefício, pendente, apenas, seu exercício de manifestação do próprio oficial. Daí qualquer decisão desta Corte que o suprimisse violaria frontalmente o postulado constitucional de proteção ao direito adquirido devidamente incorporado ao patrimônio jurídico do militar.

Certo é que a lei que versa sobre a capelania militar poderia eleger outra medida como consequência da perda definitiva do exercício do ministério religioso, como, por exemplo, a própria reforma com proventos proporcionais, contudo, não o fez. Aplicar este instituto no presente feito equivaleria a legislar para afastar a incidência de norma especial da carreira, a Lei nº 6.923/1981, inclusive, quanto ao ingresso na reserva remunerada.

O Serviço de Assistência Religiosa, diferentemente de outros Quadros e Serviços das Forças Armadas, é regido por norma específica e de observância comum à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica. Reforçando a opção legislativa, o art. 8º do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) atesta a aplicação subsidiária ao diploma clerical, nos seguintes termos:

Art. 8º O disposto neste Estatuto aplica-se, no que couber:

[...]

IV - aos Capelães Militares.

Nesse diapasão, o Estatuto será aplicado quando a norma especial, v.g. a Lei nº 6.923/1981, for lacunosa. Ora, a legislação de referência cuidou do direito ao ingresso na reserva remunerada dos oficiais capelães, o que de pron-

to afastaria a norma estatutária geral sobre o tema. Os requisitos de ingresso na reserva para o Quadro estão elencados no art. 15 da aludida norma, *verbis*:

Art. 15. Os Capelães Militares serão transferidos para a reserva remunerada:

I - *ex officio* , ao atingirem a idade limite de 66 (sessenta e seis) anos;

II - a pedido, desde que contem 30 (trinta) anos de serviço.

Resta claro o direito de o capelão militar ingressar na reserva ao completar 30 anos de serviço. Na hipótese vertente, caberia ao justificante apresentar requerimento para tanto na via administrativa nesse sentido, e a autoridade competente deferir o pleito em observância ao direito adquirido e à vedação ao locupletamento por parte de administração pública, por ter ele contribuído, ao longo de 33 anos de serviço, para a previdência militar.

Assim, considerando os eventos narrados, observo que, em vista do contexto jurídico e de previsão legal expressa, o ato de demissão do militar mostra-se inviável por força do direito adquirido do oficial. Cabe à autoridade administrativa, ao aplicar a norma ao caso concreto, proceder à adequada filtragem principiológica constitucional, pois a impossibilidade do exercício das funções eclesásticas, por si só, não tem o condão de afastar o manto da segurança jurídica que cobre o direito adquirido pelo militar, ou seja, o ingresso na reserva remunerada, uma vez que reúne todos os requisitos legais.

Indubitável as leis ordinárias deverem obediência aos direitos e às garantias magnas.

Tal como colocado, repiso, cabe à autoridade administrativa competente, e não a esta Corte Castrense, o reconhecimento do direito adquirido do justificante para conceder-lhe o ingresso na reserva remunerada a pedido, a teor da legislação especial de incidência. Dessa forma, o oficial terá assegurado seu direito, como também a Força Aérea poderá com ele contar na reserva mobilizável até que complete 68 anos, momento no qual será reformado, consoante o art. 16 da Lei nº 6.923/81.

*Ex positis*, ausente a possibilidade jurídica do pedido, qual seja, a demissão *ex officio* do oficial por esta Corte e, ainda, a falta de interesse em agir da administração em face da existência do direito adquirido ao ingresso na reserva remunerada, votei pela extinção do Conselho de Justificação, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 3º, alínea “d”, do CPPM c/c art. 267, inciso IV, do CPC.

Não obstante, o Tribunal, por maioria, não acolheu a preliminar de cabimento, consoante o voto do Ministro-Relator ALVARO LUIZ PINTO.

## 2 PRELIMINAR DE DIREITO AO SILÊNCIO (SUSCITADA DE OFÍCIO)

Consta do interrogatório complementar na fl. 347, datado de 19/2/2014, ter o justificante sido advertido, nos termos do art. 305 do CPPM, de que o seu silêncio poderia ser interpretado contra si.

Certo é que ao militar submetido ao Conselho devem ser assegurados a ampla defesa e o contraditório com todos os recursos a ele inerentes, em atendimento aos dispositivos da Carta Magna, para que possa se justificar na forma da lei e dos regulamentos militares. Por conseguinte, se lhe aplica o direito fundamental ao silêncio. Trata-se de inarredável garantia do indivíduo acusado, seja qual for o tipo de acusação.

Convém consignar que o privilégio contra autoincriminação, além da estatuição constitucional, encontra-se previsto no artigo 8º, inciso II, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>107</sup>, incorporado ao ordenamento jurídico nacional desde 1992, com *status* supralegal, em cuja *ratio* se lê: que “*toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada*”.

Deste teor, o posicionamento doutrinário de Paulo Rangel:

De acordo com o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g), toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada e, portanto, não está o indiciado obrigado a fornecer os escritos à autoridade policial. O ônus da prova, no processo penal moderno, pertence todo ao Ministério Público, não sendo admissível que o indiciado tenha que suportar o encargo de municiar o órgão de acusação para que este ofereça denúncia contra aquele.<sup>108</sup>

Em sentido idêntico, a Declaração Universal dos Direitos do Homem fundamenta em seu art. XI, nº 1, a garantia da ampla defesa:

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

No ordenamento jurídico pátrio, a nova redação do artigo 186 do Código de Processo Penal, dada pela Lei nº 10.792 de 1º de Dezembro de 2003, explicita a garantia de o silêncio não poder ser interpretado desfavoravelmente ao acusado, *verbis*:

<sup>107</sup> O Pacto de São José da Costa Rica foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1992, por intermédio do Decreto Legislativo nº 27/1992 e com cumprimento integral determinado pelo Decreto nº 678/1992.

<sup>108</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 784/785.

Art. 186 - Depois de devidamente qualificado e cientificado do interior teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo Único - O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Por conseguinte, *mutatis mutandis*, não mais prevalece a redação do art. 305 do CPPM, visto não ser lícito ao Juiz considerar culpado o réu, simplesmente porque permaneceu silente.

Com o advento do atual texto constitucional, explícito o direito ao silêncio àquele que o invoca. Logo, a presunção de culpa não incide sobre quem se cala. É o norte adotado pelo Supremo Tribunal Federal:

[...] III. ***Nemo tenetur se detegere***: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio.

IV. Ordem concedida, para cassar a condenação.<sup>109</sup>

A propósito, manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence:

Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: **o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.**<sup>110</sup> (grifos nossos).

A toda evidência, o art. 305 do CPPM resta revogado pela norma constitucional vigente e, ao impor grave ameaça àquele que ousar a se valer do silêncio em sua própria defesa, sua aplicação redundará em nulidade absoluta do ato, cujo prejuízo se presume.

Importa ressaltar que o direito fundamental a calar-se tem ampla aplicação nos processos administrativos disciplinares, consoante se posicionou julgado do STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS ACUSAÇÕES FEITAS. NULIDADE. IN-

<sup>109</sup> STF, HC nº 84.517/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: 1ª Turma. Julgamento: 19/10/04. Publicação: DJ, de 19/11/04.

<sup>110</sup> STF, HC nº 78.708/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julgamento: 9/3/99. Publicação: DJ, de 16/4/99.

TERROGATÓRIO DA INVESTIGADA. COMPROMISSO DE DIZER A VERDADE. PRERROGATIVA CONTRA AUTO-INCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. INFRINGÊNCIA. ANULAÇÃO DO PROCESSO QUE SE IMPÕE DESDE O ATO CITATÓRIO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Por ocasião da citação inicial no processo administrativo disciplinar, não foram explicitadas as condutas ilícitas imputadas à servidora, tampouco indicados os preceitos legais eventualmente violados. A investigada, portanto, no momento em que foi cientificada da instauração do processo administrativo disciplinar, desconhecia as razões pelas quais estava sendo investigada, o que lhe impossibilitou o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Impõe-se, pois, a anulação do processo administrativo disciplinar a partir da citação. 2. **De outra parte, no caso em comento, a servidora foi interrogada por duas vezes durante o processo administrativo disciplinar, e, em ambas as oportunidades, ela se comprometeu “a dizer a verdade das perguntas formuladas”.** 3. **Ao assim proceder, a comissão processante feriu de morte a regra do art. 5º, LXIII, da CF/88, que confere aos acusados o privilégio contra a auto-incriminação, bem como as garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Com efeito, em vez de constranger a servidora a falar apenas a verdade, deveria ter-lhe avisado do direito de ficar em silêncio.** 4. **Os interrogatórios da servidora investigada, destarte, são nulos e, por isso, não poderiam embasar a aplicação da pena de demissão, pois deles não pode advir qualquer efeito.** Como, na hipótese em comento, o relatório final da comissão processante que sugeriu a demissão e a manifestação da autoridade coatora que decidiu pela imposição dessa reprimenda se valeram das evidências contidas nos interrogatórios, restaram contaminados de nulidades, motivo pelo qual também não podem subsistir. 5. Recurso ordinário provido. Segurança concedida, em ordem a anular o processo administrativo disciplinar desde a citação. (RMS 14.901/TO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008) (grifos nossos).

Saliente-se, ademais, não dever o silêncio ser encarado como forma de dificultar a apuração dos fatos, sabido que a materialidade e a autoria do fato típico, ilícito e culpável hão de ser comprovados pelo Estado, e não pela parte ré.

Conforme assevera Alexandre de Moraes:

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio [para o acusado].<sup>111</sup>

<sup>111</sup> MORAES, Alexandre de. *A evolução do direito ao silêncio*. Revista Jurídica Consulex – Ano XII – Nº 281, de 30/9/2008, p. 66.

O relatório final da comissão processante, que considerou o justificante culpado, foi acatado pelo Comandante da Aeronáutica e valeu-se do depoimento complementar do militar colhido mediante violação de garantias constitucionais. Assim sendo, suscitei de ofício a nulidade do Conselho de Justificação por inobservância do direito fundamental do justificante ao silêncio, em face da revogação do art. 305 do CPPM pela Constituição Federal de 1988.

Não obstante, o Tribunal, por maioria, não acolheu a preliminar de nulidade, consoante o voto do Ministro-Relator ALVARO LUIZ PINTO.

### 3 PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

A Defesa suscitou a prescrição do fato imputado ao justificante, nos termos do art. 18 da Lei nº 5836/72, considerando terem transcorrido mais de 6 anos entre o ocorrido, o nascimento do seu filho em 19/9/1996 e a instauração do Conselho em 27/1/2014 (fl. 424).

Ora, consabido que o motivo ensejador da instauração do procedimento ético não foi o nascimento do filho do justificante e, sim, o fato de ter sido ele privado definitivamente do exercício do sacerdócio. E este fato se deu em 1º/8/2013 (fl. 9).

A Lei nº 5.836/72, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, no art. 17<sup>112</sup>, adota, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Penal Militar e, ao versar sobre a prescrição, estabelece:

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.

Evidente que o fato ensejador da submissão do militar ao Tribunal Ético não decorreu do nascimento da criança, até porque a paternidade e a proteção à prole são tuteladas e protegidas pelo Estado. Um filho reconhecido e sustentado pelo pai jamais se enquadraria dentre as situações antiéticas ou desabonadoras aptas a demandar a submissão de oficial ao Conselho.

Mesmo se assim não fosse, ressalto que o próprio justificante em depoimento reconhece ter omitido a existência da criança no momento de seu ingresso na Força Aérea, em 2002. De forma idêntica relatou que aquela instituição apenas tomou ciência da sua condição de pai entre os anos de 2006 e 2007.

---

<sup>112</sup> Art. 17. Aplicam-se a esta lei, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar.

Impende ressaltar que, mesmo após o justificante ter incluído, regularmente, o filho como dependente, a Aeronáutica não deflagrou qualquer procedimento administrativo contra ele.

O fato que deflagrou o procedimento canônico, o qual culminou na imputação da pena de privação do ministério sacerdotal, se deu em 2011, ocasião em que Dom Osvino tomou conhecimento da existência do filho do capelão.

Daí não se poder atribuir como marco inicial prescricional aquela data e exigir da Administração castrense, de forma preventiva e antecipada, a deflagração do Conselho de Justificação, pois inexistia razão ensejadora de qualquer ação. De fato, o marco inicial para deflagração do procedimento administrativo foi a decisão final do Ordinariado Militar em 1º/8/2013.

Consoante Ronaldo João Roth, no tocante às infrações administrativas, a fixação do *dies a quo* inicia-se a partir da falta ou da sua consumação, aplicando-se a teoria do resultado e não se estabelecendo causas de interrupção ou suspensão da prescrição<sup>113</sup>.

Notadamente, nesse conspecto, não decorreu lapso temporal suficiente entre o ato que privou, definitivamente, o justificante da prática do sacerdócio em ambientes militares e a instauração do presente Conselho, apto a operar a aventada prescrição. Pode-se falar em prescrição, tão só, em 1º/8/2019.

*Ex positis*, votei pelo desacolhimento da preliminar de prescrição, levantada pela Defesa, para a instauração do Conselho de Justificação.

#### 4 PRELIMINAR DE BIS IN IDEM DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

Prosseguindo, a Defesa argumenta que o justificante respondeu a outro Conselho de Justificação instaurado em 2011, tendo sido este arquivado pelo Comandante da Força Aérea, em razão do mesmo objeto, o que impediria novo Procedimento Ético.

Nesse diapasão, filio-me ao Parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar e cito fragmentos daquele posicionamento institucional, adotando-as como razões de decidir:

De fato, o Justificante já foi submetido a Conselho de Justificação anterior, cujo objeto não se confunde com o dos Autos. Naquela ocasião, instaurou-se o procedimento diante da informação do afastamento **temporário** do Capelão de suas atividades, "*considerando a necessidade de*

---

<sup>113</sup> ROTH, Ronaldo João. **A prescrição, os recursos e a atuação do Ministério Público no Conselho de Justificação**. *Revista Direito Militar*. Florianópolis, n. 42, pp. 13/18, *apud* ASSIS, Jorge César. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 253/254.

se *prevenir escândalos durante o Processo Administrativo Criminal*” em curso no Ordinariado Militar contra o Capelão Militar e, ainda, ante a necessidade de tutelar o direito do filho menor de idade do Sacerdote. Naquele momento, o afastamento perduraria enquanto o filho não completasse a maioridade civil (fis. 198 e 201).

De relevo, os autos do processo do Conselho anterior foram **arquivados pelo Comandante da Aeronáutica, sob o fundamento de que o militar possuía condições de permanecer no serviço ativo desempenhando outras atividades não religiosas** (fl. 152), restando óbvio que, tanto as conclusões do Conselho, como a decisão do Comandante da Aeronáutica, se basearam no **caráter temporário** do afastamento do Justificante.

Diante da informação de que o Capelão Militar havia sido privado **definitivamente do ministério sacerdotal em ambiente militar** pelo Ordinariado Militar, instaurou-se os presentes autos para análise da incompatibilidade ou não do exercício de suas funções militares considerando sua nova situação, não caracterizando, portanto, *bis in idem*. (grifos no original).

*Ex positis*, votei pelo desacolhimento da preliminar de nulidade do Conselho de Justificação, levantada pela Defesa, em virtude da submissão do justificante a novo Conselho.

## 5 PRELIMINAR DA NULIDADE DO INTERROGATÓRIO COMPLEMENTAR

O justificante aventou ademais, em sede preliminar, a ilegalidade do interrogatório complementar. Em prol do desiderato, aduziu ter sido submetido à inquirição aditiva realizada em 19/2/2014 (fls. 345/349) em desacordo com a legislação de regência do procedimento, a Lei nº 5.836/72 e a Portaria nº 1.027/GC, de 3/11/2009.

Pontuou, igualmente, ter ceifado seu direito ao contraditório, uma vez que foi juntado aos autos, em momento posterior ao depoimento das suas testemunhas, o Ofício nº 003-CÚRIA/MD, datado de 12/2/2014, sendo certo que teve acesso a este em 17/2/2014. No seu entender, por não ter tido acesso ao aludido ofício antes da oitiva testemunhal, no período de 13 a 17/2/2014, restou maculado seu direito ao contraditório e à ampla defesa, porquanto deixaram de ser formulados quesitos às testemunhas sobre o conteúdo daquela misiva, o que lhe causou prejuízo (fls. 427/428).

Notadamente, nesse conspecto, não assiste razão ao justificante, pelos motivos que passo a expor.

Primeiramente, porque não se desincumbiu de demonstrar a nulidade dos atos procedimentais, já que não há vedação legal à reinquirição das partes.

Ao revés, há normativos aventando tal possibilidade. Ademais, a doutrina e jurisprudência apontam que, uma vez respeitados os direitos e garantias fundamentais, deve o encarregado do processo prezar pela busca da instrumentalidade das formas como meio de atingir a finalidade, levando em conta que o processo não é um fim em si mesmo.

Nesse ponto, colaciono entendimento doutrinário<sup>114</sup>:

[...] princípio da informalidade: consectário lógico do princípio da instrumentalidade das formas, entende-se que não há necessidade de se adotar formas sacramentais, nem tampouco de se observar o rigorismo formal do processo, desde que a finalidade do ato processual seja atingida. A busca da verdade e o ideal maior de realização da justiça devem prevalecer sobre o excessivo formalismo que norteia a prática de atos solenes, os quais quase sempre se revelam absolutamente estéreis.

Em segundo lugar, notória é a incongruência entre o pleito da declaração da nulidade do interrogatório complementar realizado em 19/2/2014 e o alegado cerceamento de defesa em razão do óbice ao exercício do contraditório a respeito do documento juntado em 12/2/2014, sobre o qual teve acesso em 17/2/2014.

Ora, diferentemente do alegado, o justificante teve sim a oportunidade, 2 (dois) dias após o acesso ao Ofício da 003-CÚRIA/MD/2014, de requerer, até, a reinquirição de testemunhas ou a produção provas. Contudo, quedou-se silente. Optou pela inércia e apenas manter a impugnação da sua reinquirição. Em nova oportunidade de manifestação antes do encerramento da instrução processual, foi-lhe franqueada a manifestação *in judicio* por ocasião da apresentação das Razões Complementares de Defesa, porém, novamente, permaneceu inerte.

Ressalte-se que, nessa mesma oportunidade, às fls. 558/364, a Defesa não obteve sucesso em demonstrar qualquer prejuízo advindo do procedimento legalmente adotado na fase instrutória do Conselho, conforme aventado. Tal qual como colocado, a mera alegação de prejuízo sem prova concreta atrai a incidência clara do postulado *pas de nullité sans grief*, segundo o qual inexistência de nulidade sem prejuízo, princípio esse de ampla aplicação no processo penal e de incidência subsidiária ao procedimento *sub examine*.

Sobre a *quaestio* cito fragmentos de julgado do STJ:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. **PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.** PRECLUSÃO. ORDEM NÃO

<sup>114</sup> LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. 2014, Salvador: Juspodivm, p. 1.365.

CONHECIDA. 1. Em matéria de nulidade, rege o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. **Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual**, o que, definitivamente, não é o caso, visto que o paciente foi patrocinado por advogado em todas as fases do processo. 2. As nulidades relacionadas aos interesses das partes – analisadas à luz do princípio da instrumentalidade das formas – devem levar em consideração os prazos previstos no art. 571 do CPP, sob pena de preclusão. 3. A alegação de cerceamento de defesa pela ausência de intimação da advogada para apresentar alegações finais – sendo certo que a peça foi apresentada por defensor público – só foi arguida nestes autos. Nem mesmo na revisão criminal, julgada em 2006, foi levantada a matéria, o que evidencia a preclusão do tema. 4. Habeas corpus não conhecido. (grifos nossos)

(STJ - HC: 261698 SP 2012/0267016-4, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Julgamento: 24/3/2015, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 6/4/2015)

Posto isto, votei pelo desacolhimento da preliminar da ilegalidade do interrogatório complementar, bem como da juntada de documento no curso da instrução probatória.

## 6 PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE AÇÃO CIVIL EM TRÂMITE NO TRF5

A Defesa, na fl. 444, ao findar suas impugnações, no momento do pedido, requereu a declaração da nulidade de todos os atos praticados pelo Conselho de Justificação, em virtude da desobediência à liminar concedida no Processo nº 0800065-49.2013.8.20.84000/TRF5, que, segundo o justificante, teve seus efeitos restabelecidos por força da anulação da sentença proferida naqueles autos, impondo a reversão da agregação do militar.

Com relação aos efeitos do *decisum* proferido no bojo da aludida Ação em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entendo que as decisões ali emanadas versam sobre a agregação do justificante no momento em que se encontrava, temporariamente, privado do exercício do ministério religioso. Não é o caso, pois, de se falar em aplicação, nesse momento, de liminar concedida naquela ocasião e para aqueles fins, revogada *a posteriori* por sentença.

Notadamente, a reversão da agregação do militar, segundo o disposto no art. 86 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), implicaria, tão somente, o

retorno do justificante ao respectivo Quadro. Contudo, essa reversão, mesmo se aplicada pelo Judiciário, não possui o condão de obstar a instauração do Conselho de Justificação.

À evidência, ainda que se adote a tese de efeito repristinatório da liminar, não poderá ela afastar a deflagração do Tribunal Ético, visto versar sobre fato diverso: a agregação, que não se confunde com requisitos para submissão de militar ao procedimento de justificação.

*Ex positis*, votei pelo desacolhimento da preliminar de nulidade do Conselho de Justificação, em virtude da desobediência à liminar de reversão de agregação concedida no Processo nº 0800065-49.2013.8.20.84000/TRF5.

## 7 PRELIMINAR DE VÍCIO DA DECISÃO DO ORDINARIADO MILITAR

Em que pese ter o justificante alegado, no mérito, vícios na decisão clerical que lhe impôs a pena de suspensão do uso da ordem (fls. 435/436), entendendo que seu exame precede àquele momento processual, razão pelo qual passo a sua análise.

Nesse diapasão, cabe assinalar, inicialmente, que o Ordinariado Militar é a circunscrição eclesiástica instituída pelo Papa João Paulo II, a 21 de abril de 1986, pela Constituição Apostólica: *Spirituali Militum Curae*.

[...]

São portanto estabelecidas as seguintes normas:

**I § 1.** Os Ordinariados militares, que podem também chamar-se castrenses e que **são juridicamente assimilados às dioceses, são circunscrições eclesiásticas especiais, regidas por estatutos próprios emanados pela Sé Apostólica**, nos quais serão precisadas mais em pormenor as prescrições da presente Constituição, mantendo-se válidas, onde existem, as Convenções estipuladas entre a Santa Sé e os Estados (cf. Codex Iuris Canonici, cân 3) .

§ 2. Onde as circunstâncias o aconselhem, ouvidas as Conferências Episcopais interessadas, serão erectos pela Sé Apostólica os novos Ordinariados militares.

**II § 1.** À frente do Ordinariado militar é colocado, como próprio, um Ordinário normalmente constituído na dignidade episcopal, **o qual goza de todos os direitos e está sujeito a todas as obrigações dos Bispos diocesanos**, a não ser que conste diversamente pela natureza das coisas ou pelos estatutos particulares.

§ 2. **O Sumo Pontífice nomeia livremente o Ordinário militar ou institui ou confirma o candidato legitimamente designado** (cf. Codex Iuris Canonici, cân 163, 377 par. 1).

§ 3. Para que possa aplicar-se com todas as suas forças a esta específica missão pastoral, o Ordinário militar será normalmente liberto de outros ofícios que comportem cura de almas, a menos que exigências particulares de uma Nação aconselhem outra coisa.

§ 4. Entre o Ordinário militar e as outras Igrejas particulares deve existir um estreito vínculo de comunhão e uma coordenação de forças na ação pastoral.

[...] (grifos nossos).

Como visto, em decorrência da Constituição Apostólica *Spirituali Militum Curae*, o Ordinariado Militar é equiparado juridicamente a uma diocese, tendo por finalidade cuidar do bem espiritual dos militares. Em 1989, foi firmado o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre Assistência Religiosa às Forças Armadas, destacando-se os seguintes trechos:

#### ARTIGO I

1. A Santa Sé constituíra no Brasil um Ordinariado Militar para a assistência religiosa aos fiéis católicos, membros das Forças Armadas.

2. O Ordinariado Militar, **canonicamente assimilado às dioceses**, será dirigido por um Ordinário Militar, que gozará de todos os direitos e estará sujeito a todos os deveres dos Bispos diocesanos.

#### ARTIGO III

1. O Ordinário Militar deverá ser brasileiro nato, terá a dignidade de Arcebispo e ficará vinculado administrativamente ao Estado Maior das Forças Armadas, sendo nomeado pela Santa Sé, após consulta ao Governo brasileiro.

2. O Ordinário Militar não acumulará esse encargo com o governo de outra sede diocesana.

#### ARTIGO V

1. A Jurisdição eclesiástica do Ordinário Militar é pessoal, ordinária e própria, **segundo as normas canônicas**.

2. No eventual impedimento do Ordinário Militar, exercerá sua jurisdição o Bispo diocesano, a convite das autoridades militares ou após entendimento com elas, devendo o mesmo ocorrer com o Pároco local, no impedimento do Capelão católico.

#### ARTIGO VIII

**A admissão e o acesso dos Capelães Militares no quadro da respectiva Força Singular far-se-á nos termos da legislação específica brasileira, sendo de competência do Ordinário Militar a concessão da provisão canônica.**

## ARTIGO IX

O Capelão Militar católico, no exercício de suas atividades militares, subordinar-se-á a seus superiores hierárquicos; **no exercício de sua atividade pastoral, seguirá a orientação e prescrições do Ordinário Militar, conforme as normas do Direito Canônico.**

## ARTIGO X

1. As sanções disciplinares de caráter militar aplicável aos Capelães Militares obedecerão à legislação pertinente, observada a condição peculiar do transgressor, e serão comunicadas ao Ordinário Militar.

2. **As sanções disciplinares de caráter canônico serão de competência do Ordinário Militar, que comunicará a decisão à autoridade militar competente para as providências cabíveis.** (grifos nossos).

Os artigos retro transcritos deixam clara a distinção entre as questões relacionadas às atividades militares e aquelas relacionadas ao exercício da atividade pastoral. O Ordinário Militar no Brasil foi constituído pela Santa Sé; que o assemelhou canonicamente às dioceses; sendo que o Ordinário Militar goza de todos os direitos e está sujeito a todos os deveres dos Bispos Diocesanos. O Ordinário Militar é nomeado pela Santa Sé e sua jurisdição eclesiástica é pessoal, ordinária e própria, segundo as normas canônicas. O Capelão Militar católico, no exercício da atividade pastoral, segue as orientações e prescrições do Ordinário Militar, conforme as normas do Direito Canônico. O item 2 do art. X é expresso: *“As sanções disciplinares de caráter canônico serão de competência do Ordinário Militar, que comunicará a decisão à autoridade militar competente para as providências cabíveis”*.

Em suma, as questões relacionadas com nulidades na aplicação da privação da ordem pela autoridade eclesiástica não podem ser alegadas na seara administrativa. Isso porque o exercício das atividades pastorais está no âmbito da competência da autoridade eclesiástica, restando vedado à autoridade laica adentrar no mérito dessas decisões. Trata-se de procedimento próprio da Igreja Católica, e por ela conduzido segundo os ditames canônicos, sem qualquer interferência ou participação da administração castrense. Cabe unicamente ao Poder Público, em face da comunicação recebida da autoridade eclesiástica, analisar a situação objetivamente, aplicando o mandamento legal que rege o Serviço de Assistência Religiosa das Forças Armadas.

Nesse contexto, não compete a esta Corte Superior adentrar no acerto da decisão canônica, bem como de eventuais vícios.

Pelo exposto, votei pelo desacolhimento da preliminar de vício da decisão do Ordinário Militar em razão da absoluta incompetência deste Tribunal para a análise das decisões eclesiásticas.

## MÉRITO

Concernente ao *meritum causae*, a Defesa pontuou pelo reconhecimento da insubsistência do Libelo Acusatório, em face de o Conselho de Justificação não ter enfrentado o incidente de nulidade arguido pelo justificante, que contestou a juntada de documentos novos pela “parte acusatória – a Cúria Militar –”, após o encerramento da produção de provas, em especial a oitiva de testemunhas (fl. 434). Apontou, outrossim, ausência de fundamentação da decisão do Ordinariado Militar que o afastou das atividades eclesiásticas no meio castrense e o cerceamento do direito de formular quesitos que pudessem esclarecer o conteúdo do documento da igreja.

No mesmo desiderato, questionou a vinculação dos fatos apurados pelo Conselho à própria decisão do Ordinariado Militar da privação definitiva do exercício do sacerdócio. Na oportunidade, relevou a ausência de motivação do ato clerical.

Prosseguindo, prequestionou matéria constitucional, consubstanciada na violação do contraditório, da ampla defesa e da legalidade.

Alfim, na fl. 444, requereu a declaração da prescrição, a nulidade de todos os atos praticados pelo Conselho de Justificação em virtude da desobediência à liminar concedida no Processo nº 0800065-49.2013.8.20.84000/TRF5, que, segundo o justificante, teve seus efeitos restabelecidos por força da anulação da sentença proferida naqueles autos, impondo a reversão da agregação do justificante. No mérito, alternativamente, requereu a justificação do militar ou concessão da reforma, *ex vi* do art. 16, inciso II, § 1º, da Lei nº 5.836/72.

Impende ressaltar que quase a totalidade das matérias alegadas pelo justificante no capítulo do mérito, na realidade, revestiam-se de assunto prejudicial àquele momento processual e foram, portanto, analisadas em sede preliminar.

Resta ao exame de mérito, pois, somente a alegação de vinculação dos fatos apurados pelo Conselho à própria decisão do Ordinariado Militar de privação definitiva do exercício do sacerdócio por parte do justificante.

E nesse conspecto, assiste-lhe razão, porquanto a vinculação do apurado pelo Conselho à decisão do Ordinariado Militar inviabilizou quaisquer chances de justificação da conduta imputada ao capelão, como requer a norma que rege a matéria. Essa afirmação extrai-se facilmente do próprio Libelo Acusatório.

Nesse mister, ressalto inicialmente ser o Conselho de Justificação procedimento destinado a apurar conduta lesiva às Forças Armadas, sendo a decretação da incapacidade ou indignidade para com o Oficialato última *ratio* e medida excepcionalíssima.

Por isso, os fatos narrados no libelo devem ser apreciados minuciosamente, o que farei a seguir:

**Item 1 do Libelo Acusatório (fl. 53):**

Considerando haver sido instaurado o Conselho de Justificação pelo Comandante, nomeado pela Portaria nº R-1/GC1, de 27 de janeiro de 2014, objetivando a julgar o Capitão Capelão JOÃO MARIA DO NASCIMENTO, incurso no art. 2º, inciso III da Lei nº 5836, de 05 de dezembro de 1972. Lê-se no referido artigo:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou ‘ex officio’ o oficial das forças armadas:

III – afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo.

Como se lê, o fundamento legal sobre o qual se calcou o presente Conselho foi o “afastamento do cargo” na forma do Estatuto dos Militares, a traduzir-se na “demonstração de incapacidade” para exercício das funções inerentes ao cargo militar de capelão.

Ora, inexistente nos autos prova de que o justificante fora afastado de suas funções clericais nos termos da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), ao revés, foi afastado *ex vi* do art. 14, *caput*, da Lei nº 6.923/81. De igual forma, restou aqui elencada conduta que demonstrasse sua incapacidade para o exercício das funções castrenses.

Da leitura do Libelo Acusatório, extrai-se tão somente a transcrição do Ofício nº 046/CÚRIA/MD, que comunicou à Força Aérea a privação em definitivo do exercício do ministério religioso no meio militar por parte do capelão, *verbis*:

**Item 2 do Libelo Acusatório (fl. 53):**

Considerando haver sido definitivamente privado de exercer o ministério sacerdotal em ambientes militares, por determinação do Sr. Arcebispo do Ordinariado Militar do Brasil, Dom Osvino José Both, em 1º de agosto de 2013, por meio do Ofício nº 046/CÚRIA/MD, o justificante, o Capitão Capelão JOÃO MARIA DO NASCIMENTO deverá ser demitido *ex officio*, ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuía na ativa, conforme a Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981, na qual dispõe o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas em seu art. 14º (sic), Parágrafo único.

*“Art. 14 - O Capelão Militar que, por ato da autoridade eclesiástica competente, for privado, ainda que temporariamente, do uso da Ordem ou do exercício da atividade religiosa, será agregado ao respectivo Quadro, a contar da data em que o fato chegar ao conhecimento da autoridade mi-*

*litar competente, e ficará adido, para o exercício de outras atividades não-religiosas, à organização militar que lhe for designada.*

*Parágrafo único - Na hipótese da privação definitiva a que se refere este artigo, ou da privação temporária ultrapassar dois anos, consecutivos ou não, será o Capelão Militar demitido **ex officio**, ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuía na ativa.”* (grifos nossos).

Também, nesse item, inexistente imputação de conduta ao justificante. Vislumbra-se, tão só, a comunicação do ato canônico e a consequência legal dele advinda. Não há, contudo, a subsunção de tal acontecimento aos ditames do inciso III do art. 2º da Norma Ética, que trata do Conselho de Justificação supracitado. Inexistente fato dos quais o justificante possa se defender.

### **Item 3 do Libelo Acusatório (fl. 53):**

Além disso, este Conselho tem o objetivo de promover o princípio da ampla defesa e do contraditório, atendendo plenamente às garantias individuais consagradas na Constituição Federal.

Na mesma linha, não há imputação de conduta ao militar. Por sua vez, os itens 4, 5 e 6 da Peça Pórtico referem-se aos artigos da legislação canônica que amparam a submissão dos capelães militares ao Ordinariado Militar. Leia-se:

4. Cabe ressaltar que, conforme prevê a Constituição Apostólica Spirituali Militum Curae, do Beato João Paulo II, de 21 de abril de 1986, que regula a assistência espiritual aos militares: os ambientes e os lugares reservados aos militares estão sujeitos, primária e principalmente, à jurisdição do Ordinariado Militar; de modo secundário, porém, estão também sujeitos à jurisdição do Bispo diocesano, isto é, quando faltem o Ordinário militar e seus Capelães: em tal caso, quer o Bispo diocesano, quer o pároco agem por direito próprio. Assim, a autoridade competente para privar ou conceder o uso da ordem em ambientes militares é o Ordinariado Militar do Brasil, o qual emitiu o Ofício nº 046/CÚRIA/MD.

5. Ainda, no acordo entre República Federativa do Brasil e Santa Sé sobre a assistência religiosa às Forças Armadas, de 23 de outubro de 1989, confirmado pelo Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, de 13 de novembro de 2008, afirma:

6. O Capelão Militar católico no exercício de suas atividades militares, subordinar-se-á a seus superiores hierárquicos; no exercício de sua atividade pastoral, seguirá a orientação e prescrições do Ordinariado Militar, conforme as normas do Direito Canônico.

### **Item 7 do Libelo Acusatório (fl. 54) assim dispõe:**

Assim, como o militar não exercerá mais o cargo de Capelão Militar nas fileiras da Força Aérea Brasileira, como determinado pela autori-

dade competente para tal, **o justificante deverá expor os motivos pelos quais não deve ser demitido ex officio**, ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuía na ativa, conforme a Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981, na qual dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa das Forças Armadas em seu art. 14, Parágrafo único. (grifos nossos).

Uma vez mais, o Libelo Acusatório reitera a impossibilidade de o capelão exercer seu mister clerical, razão pela qual se lhe imporia a demissão *ex officio*. Daí, espera-se que ele exponha os motivos pelos quais não deveria sê-lo. Ora, a meu ver, esse ônus probante é impossível de ser suportado pelo militar, pois, se o ato é vinculado e de incidência obrigatória, como poderia ele, então, conseguir reverter mandamento legal? Nesse contexto, desde seu início, já era sabido qual seria o desfecho do procedimento.

Impende ressaltar que a prova exigida na Exordial Acusatória “*expor os motivos pelos quais não deve ser demitido ex officio*” se enquadra perfeitamente no que a doutrina e jurisprudência abominam e denominam de prova diabólica, por colocar a parte numa situação de desvantagem do ônus probante, uma vez que o fato ou documento posto em questão no processo para fins de contestação é de difícil ou impossível comprovação, por vários motivos.

Cediço que a lei não pode exigir o irrazoável na produção de prova crível. A vedação dessa espécie de ônus probante é consectária lógica da garantia dos direitos fundamentais.

*In specie*, quer-se que o justificante afaste a norma legal de vinculação e incidência de ofício, qual seja, o parágrafo único do art. 14 da Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981.

Nesse sentido, cito entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇA OBRIGATÓRIA. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FORMALISMO EXCESSIVO. **PROVA DIABÓLICA**. MEIO DIVERSO DE VERIFICAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE. 1 - Em homenagem ao princípio da instrumentalidade, a ausência da certidão de intimação da decisão agravada pode ser suprida por outro instrumento hábil a comprovar a tempestividade do agravo de instrumento. 2 - **Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícilíssima produção**. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário. 3 - Dentro do contexto dos deveres de cooperação e de lealdade processuais, é perfeitamente razoável assumir que a notificação remetida por uma das partes à outra, em atenção à determinação judicial e nos termos da Lei 6.015/73, supre a intimação de que trata o art. 525, I, do

CPC. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AgRg no REsp: 1187970 SC 2010/0061260-2, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 5/8/2010, Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 16/8/2010). (grifos nossos).

Ora, impossível igualar a perda de condição objetiva de ingresso na carreira com a demonstração de incapacidade para o exercício das funções castrenses. A primeira é requisito objetivo *ope legis*, já a segunda é conduta subjetiva comportamental deontológica. Em relação a esta última, em que pese ausentes imputações, o justificante reuniu provas testemunhais que atestaram sua conduta irrepreensível como oficial da Força Aérea.

Na verdade, a única razão da submissão do capelão ao presente Conselho de Justificação foi a necessidade de oportunizar-lhe o contraditório e a ampla defesa para, *a posteriori*, demiti-lo *ex officio* do serviço ativo e incluí-lo na reserva não remunerada no posto de Capitão.

Assim, tendo em vista não ter havido imputação de fato ao justificante e a própria Defesa orbitado em tentativa inócua da ilegalidade do ato do Ordinariado Militar, ato esse que nem a administração militar nem este Tribunal têm atribuições para reverter, por fugir da competência de ambas, esvaziou-se por completo o Libelo Acusatório e o próprio Conselho de Justificação.

Ressalto que a perda do direito ao exercício do sacerdócio no âmbito das Forças Armadas, por si só, não constitui fundamento apto para declaração de incompatibilidade para com o Oficialato.

Noutra banda, a paternidade e seu reconhecimento jamais poderão ser considerados condutas indignas e conseqüentemente incompatíveis com o oficialato, aptas à submissão do militar a Conselho de Justificação. A despeito da existência das normas clericais, não está a administração pública autorizada a violar normas constitucionais protetivas dispensadas à família, em especial aos filhos. No caso vertente, o perdimento do posto ou patente, bem como a reforma de oficial em razão da sua condição de pai, revelar-se-á medida contraposta ao mandamento republicano.

Nesse mister, cabe ressaltar que o vínculo de filiação não possui condão de impor aos oficiais das Forças Armadas julgamento em Tribunal Ético e, como tal, não pode ser alçado como *discrímen* válido somente para os militares integrantes do Quadro de Capelão, sob pena de configurar conduta discriminatória injustificada. A ética militar é regra geral de comportamento institucional exigida de todos aqueles que envergam a farda, e não apenas de alguns Quadros. Consectariamente, a paternidade não pode ser exaltada e protegida para determinados oficiais, e conduta reprovável e punível eticamente para outros.

Configura medida desarrazoada considerar o Capitão Capelão da Aeronáutica JOÃO MARIA DO NASCIMENTO indigno para o oficialato em decorrência de ato canônico.

Da mesma forma entendo incabível a concessão da reforma com proventos proporcionais, muito embora o oficial conte com 33 anos de serviço, a possibilitar-lhe perceber a remuneração integral do posto. A razão é óbvia; para tanto, mister perpassar-se pela análise de culpa dos fatos imputados no Libelo Acusatório, que, no caso, além de inexistir, não compete a esta Corte sobre eles se pronunciar.

Relembro impossibilitar a reforma o ingresso do militar na reserva não remunerada, ou seja, a Força Aérea não poderá contar com o oficial em uma eventual mobilização; sem dúvida uma *capitis diminutio* para o cidadão que ostenta a farda.

Impende ressaltar possuir o justificante tempo de serviço suficiente para ingresso na reserva remunerada, que adquiriu direito a este benefício, pendente, apenas, seu exercício de manifestação do próprio oficial. Daí qualquer decisão desta Corte que o suprimisse violaria frontalmente o postulado constitucional de proteção ao direito adquirido devidamente incorporado ao patrimônio jurídico do militar.

Certo é que a lei que versa sobre a capelania militar poderia eleger outra medida como consequência da perda definitiva do exercício do ministério religioso, como, por exemplo, a própria reforma com proventos proporcionais, contudo, não o fez. Aplicar este instituto no presente feito equivaleria a legislar para afastar a incidência de norma imperativa do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 6.923/1981. Nesse diapasão, entendo que o pedido alternativo da Defesa para aplicação do instituto da reforma revela-se impossível, por não restar previsto na legislação do Serviço de Assistência Religiosa das Forças Armadas.

Insta salientar descaber a este STM autorizar ou não o ingresso do justificante na reserva remunerada, consoante o art. 97 da Lei nº 6.880/80, por ser aquele ato da alçada da administração militar. Alfim, cumpre-me tecer algumas considerações.

O Serviço de Assistência Religiosa, diferentemente de outros Quadros e Serviços das Forças Armadas, é regido por norma específica e de observância comum à Marinha, ao Exército e à Aeronáutica. Reforçando a opção legislativa, o art. 8º do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) atesta a aplicação subsidiária ao diploma clerical, nos seguintes termos:

Art. 8º O disposto neste Estatuto aplica-se, no que couber:

[...]

IV - aos Capelães Militares.

Nesse diapasão, o Estatuto será aplicado quando a norma especial, v.g. a Lei nº 6.923/1981, for lacunosa. Ora, a legislação de referência cuidou do direito ao ingresso na reserva remunerada dos oficiais capelães, o que de pronto afastaria a norma estatutária geral sobre o tema. Os requisitos de ingresso na reserva para o Quadro estão elencados no art. 15 da aludida norma, *verbis*:

Art. 15. Os Capelães Militares serão transferidos para a reserva remunerada:

I - *ex officio* , ao atingirem a idade limite de 66 (sessenta e seis) anos;

II - a pedido, desde que contem 30 (trinta) anos de serviço.

Resta claro o direito de o capelão militar ingressar na reserva ao completar 30 anos de serviço. Na hipótese vertente, caberia ao justificante apresentar requerimento para tanto na via administrativa nesse sentido, e a autoridade competente deferir o pleito em observância ao direito adquirido e à vedação ao locupletamento por parte de administração pública, por ter ele contribuído, ao longo de 33 anos de serviço, para a previdência militar.

Assim, considerando os eventos narrados, observo que, em vista do contexto jurídico e de previsão legal expressa, o ato de demissão do militar mostra-se mandamental por opção do próprio Parlamento. Sem embargo, cabe à autoridade administrativa, ao aplicar a norma ao caso concreto, proceder à adequada filtragem principiológica constitucional, pois a impossibilidade do exercício das funções eclesiais, por si só, não tem o condão de afastar o manto da segurança jurídica que cobre o direito adquirido pelo militar, ou seja, o ingresso na reserva remunerada, uma vez que reúne todos os requisitos legais. Tampouco afasta a proteção à família, bem jurídico tutelado pelo art. 226 da Constituição Federal.

Indubitável as leis ordinárias deverem obediência aos direitos e às garantias magnas.

Para além, em *obiter dictum*, ressalto que acolheu a vigente Carta Republicana a laicização do Estado e a sacralização do Contrato Social. Se por um lado o Constituinte invocou a existência de Deus e admitiu a cooperação entre instituições religiosas e o Poder Público, por outro rejeitou a confessionalização. A própria defesa da liberdade religiosa insculpida nos incisos do art. 5º, geograficamente situado no capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais, explicita a *voluntas legislatoris*.

Na lição de Daniel Sarmiento:

A laicidade do Estado não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis pa-

ra o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. Ela (...) impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.<sup>115</sup>

O inciso VII do art. 5º do Diploma Fundamental, seu preceito regulamentador – a Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981– e as invocações ao sagrado pelo Legislador Originário não induzem à divinização da *polis*. O norte exegético que se lhes deve imprimir orienta-se nas recíprocas implicações com as demais preceituações constitucionais em observância à coesão sistêmica da *Lex Fundamentalis*.

Inadmissível, desse modo, que a estatalidade, *in casu*, a Aeronáutica, atue como mero executor de um ato clerical, proclame a responsabilidade objetiva do capelão por violação de regras inerentes ao cargo público e, tudo isso, em face da perda definitiva do exercício do ministério sacerdotal, ou seja, da condição objetiva de ingresso na carreira de capelão desempenhando, *mutatis mutandi*, o papel de agente executor de uma “sentença” religiosa. Reconhecer tal ingerência e, por conseguinte, a validade hierárquica do art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.923/81 equivale a admitir a intervenção abusiva da igreja nas questões internas da estatalidade.

O que está em causa em conselhos, crimes militares e punições disciplinares é o malferimento dos valores deontológicos da caserna, completamente dissociados do ministério sacerdotal.

A publicização da função religiosa ou a confessionalização da função pública renega conquistas civilizatórias impostergáveis, tributo do ideário democrático ocidental.

A separação orgânica e de funções, assim como a independência administrativa recíproca entre agrupamentos religiosos e o Poder Público, implica que suas estruturas organizacionais não convergem ou se superpõem<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: Diferentes mas iguais. *Estudos de Direito Constitucional*. 1. ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, pp. 95 e 138.

<sup>116</sup> Sobre o direito de administrar os assuntos da comunidade religiosa escreve Claudio Marcelo Kiper: “El Estado debe abstenerse de intervenir en cuestiones relativas a la disciplina interna de las comunidades religiosas, a no ser en los casos en los que práctica de una religión pueda ser contraria a las exigencias del orden público, la moral o la seguridad nacional. También debe concederse el mismo tipo de libertad con respecto a la administración de los asuntos financieros de una Iglesia, el nombramiento de sus representantes, la decisión de cuestiones relativas a las propiedades de la comunidad, y la elaboración de estatutos propios de organización y funcionamiento.” In: *Derechos de las minorías ante la discriminación*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1998, pp. 197-198.

Tal como colocado, reenfatizo, cabe à autoridade administrativa competente, e não a esta Corte Castrense, o reconhecimento do direito adquirido do justificante, da proteção à família e da laicidade do Estado para conceder-lhe o ingresso na reserva remunerada a pedido, a teor da legislação especial de incidência. Dessa forma, o oficial terá assegurado seu direito, como também a Força Aérea poderá com ele contar na reserva mobilizável até que complete 68 anos, momento no qual será reformado, consoante o art. 16 da Lei nº 6.923/81.

*Ex positis*, não vislumbro fundamento para que o Capitão Capelão da Aeronáutica JOÃO MARIA DO NASCIMENTO perca seu posto e patente ou seja reformado.

Sem embargo de o Conselho de Justificação ser um processo especial, de cunho eminentemente discricionário da administração castrense, devem estar evidenciadas condutas, em tese, reprováveis por parte do justificante, para julgá-lo culpado das imputações que lhe são feitas. E *in casu*, ausente qualquer imputação, seja comissiva ou omissiva, a resvalar em desvalor de agir.

Votei, pois, pela improcedência do Conselho, para considerar o militar não culpado.

Em consequência, determinei a remessa dos autos ao Comando da Aeronáutica para que, observada a proteção constitucional ao direito adquirido do oficial, aplique os ditames do art. 15 da Lei nº 6.923/1981, a critério da autoridade competente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por maioria**, em rejeitar a preliminar suscitada pela Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), que julgava extinto o processo do Conselho de Justificação, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 3º, alínea “d”, do CPPM, c/c o art. 267, inciso IV, do CPC, e determinava a remessa dos autos ao Comando da Aeronáutica para que, observada a proteção constitucional ao direito adquirido do Oficial, fossem aplicados os ditames do art. 15 da Lei nº 6.923/81. **Por maioria**, em rejeitar a segunda preliminar arguida pela Ministra-Revisora de nulidade absoluta do Conselho de Justificação, em razão da revogação do art. 305 do CPPM pela Constituição Federal. Em seguida, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar de prescrição, suscitada pela Defesa, com base no art. 18 da Lei nº 5.836/72; **por unanimidade**, em rejeitar, por inocorrência do *bis in idem*, a preliminar arguida pela Defesa, de ilegalidade do Conselho de Justificação, por já ter sido o Justificante submetido a outro procedimento justificativo, a fim de apurar o mesmo fato; **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar suscitada pela Defesa, de nulidade do Conselho de Justificação, pelo não cumprimento do rito previsto na Lei nº 5.836/72. Em seguida, **por unanimidade**, em rejeitar a alegação defensiva, analisada co-

mo preliminar, de existência de Ação Civil nº 8.00065-49.2013.20.84000, em trâmite no TRF da 5ª Região. Na sequência, **por unanimidade**, em rejeitar a alegação defensiva, analisada como preliminar, de vício na decisão do Ordinariado militar. **No mérito, por maioria**, nos termos do voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), em votar pela improcedência do Conselho de Justificação, para considerar o Cap Aer João Maria do Nascimento não culpado das acusações contidas no Libelo Acusatório.

Brasília, 17 de novembro de 2015 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Revisora e Relatora para o Acórdão.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO**

Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO

Conselho de Justificação Nº 43-56.2014.7.00.0000-DF

Votei vencido, divergindo da douta maioria quanto ao mérito da questão, tendo em vista que, a meu ver, o Oficial encontra-se, de forma definitiva, incompatível para exercer suas atividades no meio militar.

Discutia-se apenas e tão somente sobre o fato de o Justificante ter sido permanentemente privado do sacerdócio na seara castrense e, por conseguinte, ter ficado incompatível com as atividades militares para as quais se dispôs desde o seu ingresso na FAB.

Como se sabe, para se tornar padre, faz-se necessário, após concluída a formação em Seminário, que o sacerdote seja incardinado (ligado formalmente) pelo Arcebispo da região a uma paróquia sob sua jurisdição.

Ocorre que, mesmo cumpridos esses requisitos, não necessariamente um padre se torna apto a ser capelão militar. Para tanto, é imprescindível que lhe seja concedida, pelo Ordinariado Militar do Brasil, uma “autorização” denominada Provisão Canônica, a qual tornará possível o exercício do sacerdócio no âmbito das Forças Singulares.

Desse modo, o capelão militar fica subordinado, além das regras da Igreja, ao Estatuto dos Militares e à Lei nº 6.923/81, que regulamenta o Serviço de Assistência Religiosa nas FFAA. Incidem, pois, sobre ele duas regras específicas completamente independentes entre si.

Diante dessas considerações, importa mencionar, antes de tudo, que cabe ao Conselho de Justificação decidir apenas na seara castrense. O julgamento relativo ao Direito Canônico compete – e no caso específico já foi realizado – única e exclusivamente à autoridade eclesiástica à qual também se subordina o religioso.

Nesse contexto, a partir do momento em que o Cap Capl Aer JOÃO MARIA DO NASCIMENTO fora, definitiva e irrevogavelmente, pelo Ordinariado Militar do Brasil, proibido de exercer o sacerdócio nas paróquias militares,

passou a ser incompatível com o exercício das suas funções na Força Aérea Brasileira, quais sejam, as de capelão militar católico, cargo para o qual prestou o concurso que permitiu o seu ingresso naquela Força.

Mesmo o argumento de ainda ser ele padre e estar incardinado a uma paróquia – a Arquidiocese de Natal, no presente caso – não mais o habilita a ser, ou a continuar sendo, capelão militar. Faltar-lhe-ia a provisão canônica, que, como já dito, é o que lhe possibilitaria exercer o sacerdócio nas paróquias militares, e lhe foi retirada pelo Arcebispo do Ordinariado Militar.

É de se entender, por óbvio, que, se um padre ingressa em uma Força Armada com a finalidade precípua de exercer o ofício sacerdotal e, por qualquer motivo, seja, definitiva e irrevogavelmente, por ato da autoridade eclesiástica competente, privado de fazê-lo, este se torna incompatível com suas funções.

Assim, não merecem prosperar as alegações da Defesa. A decisão que proíbe o Cap Capl Aer JOÃO MARIA de exercer o sacerdócio na seara militar é definitiva, e a esta Corte Superior não cabe adentrar no seu mérito ou reformá-la.

Nesse sentido, cita-se o Conselho de Justificação nº 2001.01.000187-6/DF, Relator Ministro Gen Ex GERMANO ARNOLDI PEDROZO, julgado em 7/3/2002, assim ementado:

EMENTA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. Libelo Acusatório imputando a Oficial Capelão conduta infringente aos incisos I, alíneas “a” e “b”, e III, do art 2º, da Lei nº 5.836/72. Preliminar de exceção de incompetência. Improcedência. **Não cuida o Conselho de Justificação julgar, eclesiasticamente, o Justificante, posto que isso foi feito pela autoridade católica competente, com base no Código de Direito Canônico.** Ao Conselho de Justificação e ao STM cabem, sim, julgar a conduta do Oficial Capelão, de acordo com as prescrições contidas nas Leis nºs 6.923/81, 5.836/72 e 6.880/72. No mérito, restaram comprovadas as imputações contidas nos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.6 e 3.8, do Libelo Acusatório. Diante da procedência das imputações formuladas, considera-se o Justificante culpado de procedimento incorreto no exercício do cargo e de estar incompatível com o exercício das funções de capelão militar, por ter sido suspenso de ordens e incapaz, portanto, de permanecer na ativa. Reformado, *ex vi* do art. 16, inciso II, § 1º, da Lei nº 5.836/72. Decisão unânime (grifo nosso).

Citam-se, também, os Embargos nº 10-47.2006.7.00.0000/DF, Relator Ministro Alte Esq MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, julgado em 2/3/2010, *in verbis*:

EMBARGOS - RECURSO DA DEFESA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. GOLPE DO SEGURO. ÉTICA MILITAR. INDIGNIDADE. INCOMPATIBILIDADE. (...) **2 - Em processos que se busca declarar um**

**oficial incompatível ou indigno ao oficialato não se rediscute o mérito do processo que deu origem ao julgamento da declaração pretendida, vez que o mérito já foi analisado durante a ação penal ou durante o desenrolar do processo administrativo.** (...) Recurso de Embargos rejeitado, decisão por maioria. (grifo nosso).

Importa mencionar, também, que veio aos autos, à fls. 521, o Ofício nº 030/CÚRIA/MD, de 10 de abril de 2015, da lavra do Arcebispo do Ordinariado Militar do Brasil, Dom FERNANDO GUIMARÃES, que participa a demissão do Justificante, pela Igreja Católica, definitiva e formalmente, do ministério sacerdotal. O Decreto emanado pelo Vaticano, anexo ao documento acima citado, consta às fls. 525/256 dos autos.

Fica, assim, cabalmente demonstrado que o Justificante ingressou na FAB com a finalidade específica de prestar assistência religiosa aos seus membros e que foi, *a posteriori*, em caráter definitivo, pela autoridade eclesiástica competente, no caso o Ordinariado Militar do Brasil, declarado proibido de fazê-lo.

Ademais, a sua demissão, pela Igreja Católica, que não permite que ele sequer continue a ser padre, também o impossibilita, por conseguinte, de exercer as funções de sacerdócio nas paróquias militares. Legalmente, não é mais possível que o Cap Capl Aer JOÃO MARIA DO NASCIMENTO continue a compor o Quadro de Capelães Militares da FAB por total incompatibilidade com o exercício do seu posto.

Entretanto, pesa a favor do Justificante o fato de não constarem, durante o tempo de serviço prestado à Força Aérea, quaisquer fatos que desabonassem sua conduta. Ao contrário, as notícias são de que ele bem exercia suas funções, fossem sacerdotais ou militares. Mesmo a conduta que deu ensejo ao seu afastamento, qual seja, a paternidade biológica de um filho, não tem tamanha carga de reprovação que possa vir a acarretar a sua declaração de indignidade. A incompatibilidade que foi comprovada está adstrita às suas funções militares, profissionais, portanto. O nascimento do seu filho data de 1996, antes do seu ingresso na FAB. O Oficial tem, ainda, 12 (doze) anos de efetivo serviço, e tempo averbado que, ao ser somado, totaliza mais de 33 (trinta e três) anos de serviço. Encontra-se, pois, apto para ser transferido para a Reserva Remunerada daquela Força Singular.

O art. 16 da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1981, que versa sobre o Conselho de Justificação, assim determina:

Art. 16. O Superior Tribunal Militar, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto nos itens I, III e V, do artigo 2º ou que, pelo crime cometido, previsto no item IV, do artigo 2º, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve, conforme o caso:

I - declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou

## II - determinar sua reforma.

**§ 1º A reforma do oficial é efetuada no posto que possui na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.**

§ 2º A reforma do oficial ou sua demissão “ex officio” conseqüente da perda de posto e patente, conforme o caso, é efetuado pelo Ministro Militar respectivo ou encaminhada ao Presidente da República, tão logo seja publicado o acórdão do Superior Tribunal Militar (grifos nossos).

Dessa maneira, em que pese estar comprovada a incompatibilidade do Justificante, entende-se que, no caso *sub examine*, declará-lo indigno não seria a sanção mais adequada, devendo o mesmo, sob os postulados da Proporcionalidade e da Razoabilidade, ser reformado, de modo que possa, minimamente, prover o seu sustento e o dos seus familiares. A perda da função militar, somada à do exercício sacerdotal não lhe permitiriam, ainda que transitoriamente, sustentar-se de forma condigna.

Corroborando esse entendimento, assim opinou o nobre Parecerista da PGJM, Dr. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES, *in verbis*:

(...)

Ex positis, opina esta Procuradoria-Geral no sentido de considerar o Cap Capl Aer JOÃO MARIA DO NASCIMENTO não justificado das condutas pelas quais respondeu perante o Conselho de Justificação, em face da incompatibilidade para o exercício da capelania militar, por ter sido demitido definitivamente do estado clerical por Sua Santidade, o Papa, opinando, contudo, mais adequada a aplicação da reforma, à luz dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade.

(...) (fl. 511).

**Pelo exposto**, julguei o Oficial não justificado da acusação que lhe fora imputada, por considerá-lo incompatível com o exercício das funções de capelão militar, em face da sua demissão, em caráter definitivo e irrevogável, do ministério sagrado, pela autoridade eclesiástica competente, determinando, portanto, a sua reforma, nos termos do art. 16, inciso II e § 1º, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Superior Tribunal Militar, 17 de novembro de 2015.

Alte Esq Alvaro Luiz Pinto  
Ministro-Relator





Habeas Corpus



---

**HABEAS CORPUS Nº 138-52.2015.7.00.0000-RS**

---

Relator: Min. Artur Vidigal de Oliveira.

Paciente: Wagner da Luz Porto, Sd Ex.

Impetrante: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. PROVA ILEGAL. NÃO CONTAMINAÇÃO DO ACERVO QUE LASTREOU A DENÚNCIA. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*.

1. Uma vez observadas as regras de distribuição previamente estabelecidas, bem como os postulados da Unidade, da Indivisibilidade e da Independência Funcional, que orientam a atuação do Ministério Público, não há que se falar que sucessivas alterações de titularidade do feito entre membros do MPM impliquem violação ao princípio do Promotor Natural.

2. Não havendo contaminação das provas que serviram de base para o oferecimento da Denúncia, a prova ilícita colhida no curso do IPM não é apta a anular a Ação Penal Militar.

3. Diante dos claros indícios de autoria e materialidade e da ausência de qualquer ilegalidade, presente está a justa causa para a persecução criminal, não sendo possível seu trancamento. Postulado do *In Dubio Pro Societate*.

Ordem conhecida e parcialmente concedida. Decisão unânime.

---

**DECISÃO**

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* para, revogando a Decisão que deferiu o pleito limi-

nar, determinar o desentranhamento das provas constantes às fls. 174/176 do Apenso 1 e às fls. 234/236 do Apenso 2, bem como o subsequente prosseguimento da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. (Extrato da Ata da 65ª Sessão, 10/9/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do Soldado do Exército WAGNER DA LUZ PORTO, sob a alegação de estar o Paciente sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 3ª CJM, que recebeu Denúncia que lhe imputava suposta prática do delito descrito no art. 240, *caput*, do CPM, dando início à Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203/RS.

Consta dos autos que, em 13 de agosto de 2014, o MPM, na figura do Procurador de Justiça Militar Dr. DIMORVAN GONÇALVES LEITE, denunciou o ora Paciente como incurso no art. 240, *caput*, do CPM, pelo suposto furto do *notebook* de um colega de farda (fls. 31/34). Recebida a Denúncia (fls. 36/38), originou-se a Ação Penal Militar nº 43-45.2014.7.03.0203.

Em 9 de setembro de 2014, no curso da Audiência de qualificação e interrogatório, a Defesa arguiu a nulidade do feito por inépcia da inicial, uma vez que esta teria se baseado em prova nula, ao que assentiu o Dr. CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES, representante do MPM presente à Sessão. O pedido foi acolhido pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, que decidiu extinguir a Ação Penal Militar nº 43-45.2014.7.03.0203, sem julgamento do mérito, oportunizando a reapresentação da Denúncia, desde que a nova inicial viesse apoiada em outros elementos de prova (fls. 39/40; 44/49). Em 19 de setembro de 2014, o Dr. DIMORVAN informou que o *Parquet* castrense não iria apresentar recurso contra a referida Decisão (fl. 51).

Na sequência, as peças do extinto processo foram encaminhadas novamente ao MPM, onde foram autuadas como Notícia de Fato nº 10-09.2014.1302 e, posteriormente, distribuídas ao Promotor de Justiça Militar Dr. MÁRCIO PEREIRA DA SILVA (fl. 56). Este, por sua vez, declinou de sua atribuição para atuar no feito, determinando a remessa dos autos ao Dr. DIMORVAN, por prevenção (fls. 58/62).

No entanto, tendo em vista sua anterior manifestação quanto aos fatos constantes nos autos, o Dr. DIMORVAN declarou-se “*impedido e/ou suspeito*” e solicitou que o feito fosse encaminhado ao Promotor de Justiça Militar Dr. CÍCERO (fl. 64). Este, por seu turno, requisitou a instauração de novo Inquérito Policial Militar (fls. 66/74).

Assim, em 27 de fevereiro de 2015, após a produção de novas provas e a juntada integral do IPM que havia servido de subsídio para o oferecimento da anterior Denúncia, o Dr. CÍCERO ofereceu nova Denúncia contra o Paciente (fls. 83/86). Esta, ao ser recebida pelo Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 3ª CJM em 4 de março de 2015 (fls. 88/89), deu origem à Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203, ora em curso.

No presente *writ*, o Impetrante alega, em síntese, que a nova Denúncia foi ofertada em flagrante violação ao Princípio do Promotor Natural, tendo em vista as sucessivas e irregulares redistribuições do feito no âmbito do MPM, assim descritas:

1) o feito já havia sido objeto de distribuição no âmbito do MPM, de modo que, ao oferecer contra o Paciente a Denúncia posteriormente julgada inepta, o Dr. DIMORVAN tornou-se prevento para o oferecimento da nova Denúncia, sendo, portanto, indevida a distribuição da Notícia de Fato nº 10-09.2014.1302 ao Dr. MÁRCIO;

2) ao declinar de sua atribuição, o Dr. DIMORVAN, ao invés de instaurar o devido conflito negativo de atribuições perante a Câmara de Coordenação e Revisão do MPM, preferiu declarar-se “*impedido e/ou suspeito*” – não obstante seus argumentos não configurarem hipótese de suspeição ou de impedimento – e encaminhar o feito a um terceiro Promotor, em uma distribuição disfarçada;

3) apesar de o art. 4º da Resolução nº 64 do Conselho Superior do MPM dispor que a requisição de inquérito não vincula a distribuição ao membro que atuou no IPM, não houve distribuição, entre os membros do MPM em Bagé/RS, do inquérito que havia sido requisitado pelo Dr. CÍCERO. Na verdade, quando o IPM retornou ao *Parquet* castrense, houve simplesmente seu encaminhamento ao referido representante ministerial, que se encarregou do oferecimento da nova Denúncia.

Ademais, o Impetrante sustenta a nulidade da Ação Penal Militar atualmente em curso, tendo em vista que a prova viciada que deu azo à extinção do feito anterior foi reintroduzida, pelo Encarregado, nos autos do novo IPM e consta no caderno probatório do presente processo. Assim, com esteio na aplicação da “teoria dos frutos da árvore envenenada”, afirma que a juntada da prova ilícita contaminou os demais elementos de prova, inclusive os que foram utilizados para embasar o oferecimento da nova Denúncia.

Por conseguinte, requer a concessão de liminar para que haja o imediato sobrestamento/trancamento do trâmite da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203.

No mérito, pugna pelo trancamento da persecução penal e seu arquivamento, com a anulação do ato de recebimento da Denúncia, com fundamento no art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV e LVI, da Constituição Federal e no art. 467, alíneas “b”, “c” e “i”, do CPPM.

A petição eletrônica veio acompanhada dos documentos de fls. 35/126.

Em 8 de julho de 2015, foi protocolizada a peça original de impetração deste *writ*.

Na mesma data, o Ministro-Presidente Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS deferiu o pleito liminar para suspender o curso da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203 até o julgamento do presente Habeas Corpus, tendo em vista a existência do *fumus boni iuris* e o perigo de lesão à garantia da Ampla Defesa (fls. 130/131).

Ademais, requisitou informações ao Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM, as quais foram prestadas em 10 de julho de 2015 pelo MM. Juiz-Auditor Dr. JORGE MARCOLINO DOS SANTOS (fls. 152/153).

A autoridade apontada como coatora apresentou breve histórico sobre o trâmite da referida Ação Penal, desde o oferecimento da Denúncia. Há, inclusive, a informação de que, em 8 de abril de 2015, durante a Audiência de qualificação e interrogatório, a Defesa arguiu a nulidade do feito, por ofensa ao Princípio do Promotor Natural, bem como requereu a inversão da ordem do interrogatório, pleitos que foram indeferidos, por unanimidade, pelo Colegiado *a quo*.

A autoridade judiciária registrou, ainda, que, uma vez apresentadas as Alegações Escritas, os autos estão conclusos para fins do disposto no art. 430 do CPPM. Ao final, foram anexadas, dentre outras, cópias dos seguintes documentos: Termo de Qualificação e Interrogatório do Acusado (fls. 160/161); Termos de Oitiva do Ofendido e das Testemunhas arroladas pelo MPM (fls. 162/169); Decisão que indeferiu o pleito defensivo de declaração de nulidade do feito (fls. 170/176); e declarações do Paciente colhidas no curso do último IPM instaurado (fls. 177/178).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Dra. ARILMA CUNHA DA SILVA (fls. 181/190), pronunciou-se pelo conhecimento e pela concessão da ordem. Para tanto, afirmou o seguinte:

(...) não parece razoável que a nova Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203 utilize um caderno apuratório que já havia sido maculado de nulidade. Ora, a ilicitude da prova, certamente, contamina todos os atos subsequentes.

Não há como garantir que o elemento de prova nulificado, que fora encartado em novo procedimento, não tenha influenciado na convicção do Promotor oficiante que ofereceu a Denúncia ou no próprio Juízo que recebeu a dita Exordial Acusatória.

(...)

Por fim, salvo melhor juízo, vislumbramos que o trancamento da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203 é medida razoável e proporcional, com fins de reparar constrangimento ilegal, conforme revela a Defesa em seu arrazoado.

É o Relatório.

## VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o presente Habeas Corpus.

No tocante ao mérito, pretende o Impetrante o trancamento da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203, em trâmite na 2ª Auditoria da 3ª CJM, com seu consequente arquivamento, em razão da violação ao Princípio do Promotor Natural e da nulidade da prova ilícita por derivação. Para tanto, sustenta terem havido sucessivas e irregulares distribuições do feito no âmbito do MPM. Ademais, alega que a prova viciada que deu azo à extinção do feito anterior foi reintroduzida nos autos do novo IPM e consta no caderno probatório do presente processo, contaminando, assim, os demais elementos de prova, inclusive os que foram utilizados para embasar o oferecimento da nova Denúncia.

Atualmente, o instituto do Habeas Corpus tem sido empregado de forma mais ampla, inclusive com o fim de se trancar a ação penal, desde que reconhecida, de plano, a ausência de justa causa para a persecução penal, ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída.

Passo, então, a analisar se, no presente caso, existe justa causa para a instauração do processo, bem como se existe alguma ilegalidade a contaminá-lo.

Inicialmente, é importante observar o que dispõe o art. 127, *caput* e § 1º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º São princípios institucionais do Ministério Público a **unidade, a indivisibilidade e a independência funcional**. (Grifos nossos).

Entende-se por Unidade do Ministério Público o fato de seus membros integrarem um só órgão, sob a direção de um único chefe. Por conseguinte, tem-se o Princípio da Indivisibilidade, segundo o qual a atuação desses mem-

bros representa a atuação da própria instituição, o que significa que eles não se vinculam aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros. Finalmente, conforme o Princípio da Independência Funcional, o Ministério Público é independente no exercício de suas competências constitucionais, de modo que seus representantes gozam de liberdade e independência para atuar nos limites da lei e de suas consciências.

Esses princípios, ao garantirem ao *Parquet* todos os meios para exercer seu papel constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, acabam por se tornar de necessária observância quando da escolha dos representantes ministeriais que irão atuar em cada persecução criminal. Essa é a essência do **Princípio do Promotor Natural** (implicitamente previsto pelo art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal): assegurar que, nessa escolha, seja respeitado o exercício pleno e independente das atribuições dos membros do Ministério Público, repelindo a figura do “acusador de exceção”, que é aquele nomeado casuisticamente com o fim de manipular o desenvolvimento do processo.

Nesse sentido, ganha destaque trecho do antológico voto proferido pelo Ministro Relator CELSO DE MELLO quando do julgamento, pelo Plenário do STF, em 6 de agosto de 1992, do Habeas Corpus nº 67.759/RJ, *in verbis*:

O princípio do Promotor Natural, tendo presente a nova disciplina constitucional do Ministério Público, ganha especial significação no que se refere ao objeto último decorrente de sua formulação doutrinária: trata-se de garantia de ordem jurídica destinada tanto a proteger o membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei.

No caso ora em comento, tem-se que os fatos que deram origem à Ação Penal Militar foram, em tese, praticados por militar, contra militar, dentro de quartel situado em Jaguarão/RS, cidade próxima a Bagé/RS. Portanto, não há dúvidas quanto a ser efetivamente da Procuradoria da Justiça Militar em Bagé, representada por um de seus membros, a atribuição para oferecer eventual Denúncia contra o agente.

A controvérsia surge quando se analisa a distribuição interna do feito. Nesse intento, observa-se que realmente houve sucessivas alterações de titularidade no âmbito da PJM em Bagé/RS. No entanto, tem-se que nenhuma delas significou manipulação casuística ou designação seletiva a permitir a existência de acusador *ad hoc*. Senão vejamos.

Primeiramente, o Procurador de Justiça Militar Dr. DIMORVAN GONÇALVES LEITE denunciou o ora Paciente como incurso no art. 240, *caput*, do CPM. Após a extinção do processo sem o julgamento do mérito, as suas peças foram encaminhadas novamente ao MPM, onde foram autuadas como Notícia de Fato nº 10-09.2014.1302. Esta, consoante se observa do Termo de Distribuição de fl. 56, foi distribuída, por processamento eletrônico, ao Promotor de Justiça Militar Dr. MÁRCIO PEREIRA DA SILVA, como Titular, e aos Drs. DIMORVAN GONÇALVES LEITE e CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES, como 1º e 2º Substitutos, respectivamente.

Após declinar de sua atribuição para atuar no feito, o Dr. MÁRCIO determinou a remessa dos autos ao Dr. DIMORVAN, por prevenção (fls. 58/62). No entanto, tendo em vista sua anterior manifestação quanto aos fatos constantes nos autos, o Dr. DIMORVAN declarou-se “*impedido e/ou suspeito*” e solicitou que o feito fosse encaminhado ao Promotor de Justiça Militar Dr. CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES (fl. 64). Este, por sua vez, requisitou a instauração de novo Inquérito Policial Militar e, ato contínuo, ofereceu nova Denúncia contra o Paciente (fls. 66/74).

Ressalte-se que a distribuição realizada ao Dr. MÁRCIO não padece de qualquer irregularidade. Afinal, consoante se infere do art. 7º da Resolução nº 64 do Conselho Superior do MPM (CSMPM), de 13 de dezembro de 2010 – que regulamenta a distribuição dos feitos aos membros do MPM em exercício nos Offícios das Procuradorias da Justiça Militar (fls. 122/126) –, o representante ministerial não se vincula aos fatos que deram origem ao feito, mas ao feito que se origina da Denúncia por ele ofertada. Assim, uma vez extinto o processo sem o julgamento do mérito, nada impede que as peças desse processo sejam novamente distribuídas, por processamento eletrônico, no âmbito do MPM.

Da mesma forma, as duas mudanças de titularidade que se seguiram não implicaram qualquer violação ao Princípio do Promotor Natural. De fato, ambas foram, de alguma forma, motivadas e seguiram estritamente a ordem de substituição entre membros estabelecida quando da supramencionada distribuição por processamento eletrônico.

Ora, se o postulado da Independência Funcional garante que os representantes ministeriais exerçam suas atribuições de forma independente, de modo a poderem atuar apenas nos limites da lei e de suas consciências, como então tolher a possibilidade de eles, sob o argumento da prevenção ou da suspeição, declinarem de suas atribuições em favor de seus legítimos substitutos? Na verdade, reconhecer a legitimidade dessas redistribuições e das respectivas motivações significa prestigiar liberdade de atuação de cada um dos representantes daquela Procuradoria.

Ademais, é importante ressaltar que a ausência de nova distribuição do feito após a conclusão do IPM não acarretou violação à Resolução nº 64 do CSMPM. Afinal, de acordo com o art. 4º desse normativo (fl. 123), o fato de o Dr. CÍCERO ter requisitado a instauração de IPM, além de não vincular, não impede que esse mesmo representante ministerial ofereça a Denúncia.

Por conseguinte, não restou demonstrada nenhuma efetiva lesão aos predeterminados e abstratos critérios de distribuição previstos em lei ou ao exercício pleno e independente das atribuições dos representantes ministeriais. Tampouco consta dos autos qualquer indício de manipulação casuística e desmotivada das atribuições, no âmbito da PJM em Bagé/RS, a deixar entrever a figura do acusador de exceção.

Some-se a esses argumentos a necessidade de que o Princípio do Promotor Natural seja interpretado não somente com esteio no postulado da Independência Funcional, mas também à luz da Unidade e da Indivisibilidade do Ministério Público Militar. Desse modo, tem-se que quem conduz as investigações e propõe a ação penal militar não é o promotor ou o procurador de forma individualizada, mas o MPM, que o faz por meio de um representante que esteja em exercício perante o Juízo competente para a apreciação dos fatos.

Não por outro motivo, a própria DPU reconheceu, *in verbis*:

a definição de promotor natural não guarda relação com a pessoa física que encarna o órgão de acusação, mas ao órgão impessoal e abstrato por este eventualmente titularizado, no caso o ofício ou promotoria. Assim é que, quando se fala em **juiz natural** a perspectiva de análise deve ser, sobretudo, o **juízo** por este titularizado. Quando se fala em **promotor natural**, a ótica se volta para o **ofício ou promotoria** por este ocupado (fls. 9/10 - grifos no original).

Dessa forma, no presente caso, somente haveria ofensa ao Promotor Natural se, não obstante a existência de outros membros em atuação perante a 2ª Auditoria da 3ª CJM, a Notícia do Fato fosse distribuída a um representante ministerial atuante em outro Juízo. Não foi o que ocorreu. Com efeito, os três membros entre os quais transitou a titularidade do feito estavam, naquele momento, lotados na Procuradoria da Justiça Militar em Bagé/RS (fl. 56), ou seja, estavam atuando perante o Juízo competente para a apreciação dos fatos. Nada mais correto, portanto, que, ao tomar conhecimento do ilícito, um desses representantes, em obediência ao Princípio da Obrigatoriedade, propusesse a Ação Penal ora em curso.

**Assim, tendo em vista a estrutura una e indivisível do MPM, aliada à observância das regras de distribuição previamente estabelecidas e, conseqüentemente, ao postulado da Independência Funcional, reforça-se o entendimento de que as distribuições e redistribuições operadas entre os membros da PJM em Bagé/RS não implicaram a criação da figura do acusador de exceção, o que afasta qualquer alegação de violação ao Princípio do Promotor Natural.**

Melhor sorte não assiste ao Impetrante quando pleiteia a nulidade da Ação Penal ora em curso ao argumento de o IPM ter sido instruído com prova ilícita. Senão vejamos.

Consoante se observa dos autos, o Soldado do Exército WAGNER DA LUZ PORTO foi denunciado como incurso no art. 240, *caput*, do CPM, pelo suposto furto do *notebook* de um colega de farda (fls. 31/34). Recebida a Denúncia (fls. 36/38), originou-se a Ação Penal Militar nº 43-45.2014.7.03.0203. No curso da Audiência de qualificação e interrogatório, a Defesa arguiu a nulidade do feito por inépcia da inicial, uma vez que esta teria se baseado em prova nula produzida no curso do IPM, qual seja: acareação na qual, ao ser ouvido na condição de testemunha, sem ser informado sobre seu direito ao silêncio, o Paciente confessou o delito (fls. 174/176 – Apenso 1; e fls. 234/236 – Apenso 2). O pedido foi acolhido pelo Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 3ª CJM, que decidiu extinguir a Ação Penal Militar nº 43-45.2014.7.03.0203, sem julgamento do mérito, oportunizando a reapresentação da Denúncia, desde que a nova inicial viesse apoiada em outros elementos de prova (fls. 39/40; 44/49).

Na sequência, as peças do extinto processo foram encaminhadas novamente ao MPM, que requisitou a instauração de novo inquérito. Nesse intento, o Encarregado solicitou cópia do antigo IPM (no qual está a prova anteriormente considerada ilícita), a fim de elucidar os fatos (fls. 78/80), bem como providenciou a realização de nova oitiva de testemunhas e de oitiva do Paciente na condição de Indiciado, momento em que este novamente confessou a autoria dos fatos. De posse desse acervo, o *Parquet* castrense ofereceu outra Denúncia contra o Soldado WAGNER. Esta, ao ser recebida pelo Juiz-Auditor da 2ª Auditoria da 3ª CJM (fls. 88/89), deu origem à Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203, ora em curso.

Inicialmente, cumpre observar que a acareação reputada ilícita foi praticada no curso do Inquérito Policial Militar, que, como é cediço, constitui mero procedimento administrativo inquisitório e preparatório, conduzido pelo Encarregado do Inquérito, servindo de subsídio para que o Ministério Público Militar possa propor a ação penal, conforme se pode extrair do art. 9º do CPPM.

Tendo em vista essa função meramente informativa, o Inquérito exaure sua finalidade com o oferecimento da Denúncia. Tanto é assim que, **se o MPM tiver em mãos as informações necessárias à propositura da ação penal, o IPM será dispensável, não causando nenhuma mácula ao processo.**

Nesse passo, a existência de qualquer vício ocorrido na instauração ou na condução do Inquérito Policial Militar certamente não inquina de nulidade a Ação Penal Militar que a ele se seguir.

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que não é viável a anulação da ação penal em virtude de irregularidades detectadas no inquérito, consoante se observa do seguinte julgado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTUPRO. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA.

1. Trânsito em julgado do acórdão objeto da impetração no Superior Tribunal de Justiça. Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, o habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal.

2. A análise da inexistência de material probatório que corrobore a condenação impõe, na espécie vertente, revolvimento de fatos e provas, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus.

**3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma inviável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, pois as nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória.** Precedentes.

4. Ordem denegada. (STF – Habeas Corpus nº 116442/SP; Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma. Julgado em 6/11/2013. Publicado no DJe de 11/11/2013). (Grifo nosso).

Confiram-se, a propósito, mais precedentes do STF: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 654.192/PR, Segunda Turma, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES (julgado em 22/11/2011); Recurso em Habeas Corpus nº 85.286/SP, Segunda Turma, de relatoria do Ministro JOAQUIM BARBOSA (julgado em 29/11/2005); Recurso em Habeas Corpus nº 84.083/RJ, Segunda Turma, de relatoria do Ministro NELSON JOBIM (julgado em 20/4/2004); Habeas Corpus nº 80.902/SP, Segunda Turma, de relatoria do Ministro CARLOS VELLOSO (julgado em 18/12/2001).

No mesmo sentido vem decidindo esta Corte, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. DELITO DE ESTELIONATO, CONFORME TIPIFICADO NO ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA. DESPROVIMENTO NO MÉRITO. **Em face de tratar-se de procedimento de apuração dos fatos com a finalidade precípua de ministrar elementos necessários à propositura da Actio, eventuais irregularidades do Inquérito Policial Militar não contaminam a Persecutio in Judicio e, menos ainda, ensejam a sua anulação.** Nesses precedentes termos, não cabe falar em nulidade do

Processo por excesso de prazo para a conclusão do IPM, até porque, com a instauração da Ação Penal, restou inaugurado novo prazo para a formação da culpa. Eventual suspeição de Juiz Militar não tem o condão de gerar a nulidade do Processo, salvo se, na Sentença, a maioria se constituir com o seu voto, na exata dicção do art. 509 do CPPM; hipótese em que, inclusive, o Juiz Militar apontado como suspeito limitou-se à prática de ato meramente instrutório. Rejeição das preliminares por unanimidade. *In casu*, suficiência das provas testemunhal e documental para propiciar a certeza de que o Acusado procedeu nos termos da Denúncia, isto é, de que efetivamente prestou declaração mendaz à Administração Militar sobre o lugar em que residia, vindo a obter, nessa senda, auxílio-transporte em valores superiores aos que teria direito. Desprovimento do Apelo no seu mérito também por unanimidade. (Apelação nº 16-14.2008.7.02.0102/SP, Relator Ministro Gen Ex RENALDO QUINTAS MAGIOLI. Julgado em 23/8/2011. Publicado no DJe em 25/10/2011). (Grifo nosso).

Esse também é o entendimento que se extrai dos seguintes julgados: Apelação nº 1-48.2008.7.01.0401/RJ, de relatoria do Ministro Gen Ex RAYMUNDO NONATO DE CERQUEIRA FILHO (julgado em 12/8/2010); Apelação nº 17-87.2008.7.02.0202/SP, de relatoria do Ministro Alte Esq JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS (julgado em 21/10/2009); Apelação nº 3-02.2006.7.05.0005/PR, de relatoria do Ministro Alte Esq MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO (julgado em 29/6/2009).

No presente caso, observa-se que, a despeito da presença da acareação julgada ilícita, a Denúncia também foi instruída com as seguintes provas: o Termo de Apreensão do bem subtraído (fl. 294 – Apenso 2); o Auto de Avaliação (fls. 421/425 – Apenso 2); a oitiva do Ofendido e de duas testemunhas, que apontaram ser o Soldado WAGNER o autor do delito (fls. 36/37 – Apenso 1; e fls. 413/418 – Apenso 2); e a confissão do Paciente, ocorrida no momento em que ele, ao ser ouvido como Indiciado, foi devidamente alertado quanto ao seu direito ao silêncio (fls. 177/178 – vol. 1). Trata-se de provas legítimas que foram produzidas de forma absolutamente independente em relação àquela considerada nula.

Com efeito, desde antes da instauração do primeiro IPM, já havia a desconfiança entre os militares quanto a ser o Paciente o autor do delito, tendo em vista ter sido encontrado com ele um *notebook* com as mesmas características do que fora subtraído (fls. 71/72; 90/95; 98/99; 106/108 – Apenso 1). Essas acusações se seguiram no curso do antigo IPM, antes mesmo de o Soldado WAGNER ter confessado a autoria do crime durante a supramencionada acareação (fls. 121/123; 125/126; 128/130; 132/133; 162/164 – Apenso 1). Não há, portanto, como afirmar que as declarações testemunhais posteriores tenham sido contaminadas pela confissão nula constante às fls. 174/176 do Apenso 1.

Ademais, demonstram os autos que, ao ser ouvido como Indiciado no curso do segundo IPM, o Paciente foi alertado quanto ao seu direito de permanecer em silêncio e, ainda assim, optou por novamente confessar a autoria do delito (fls. 177/178). Torna-se, dessa forma, completamente descabido afirmar que o próprio Paciente tenha sido influenciado pela sua anterior confissão.

Portanto, não obstante a presença da acareação julgada nula, tem-se que as demais provas dos autos não foram, de forma alguma, por ela contaminadas. Por conseguinte, tendo em vista que essas provas remanescentes foram suficientes para lastrear o oferecimento da segunda Denúncia, imperioso se faz – após o desentranhamento da prova ilícita (bem como da prova constante às fls. 234/236 do Apenso 2, uma vez que produzida nas mesmas condições) – o reconhecimento da justa causa e da consequente impossibilidade de as provas viciadas inquinarem de invalidade o presente feito. Afinal, como visto, o IPM no qual ocorreu a aludida irregularidade exauriu sua finalidade no momento em que o MPM ofereceu a Denúncia válida.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o simples fato de uma testemunha confessar a autoria de um crime não pode ser tomado como argumento suficiente para se anular todo o processo ou para deixar de apurar os fatos, tanto mais quando há outros fortes e válidos indícios do cometimento do delito. Entender o contrário significaria criar uma armadilha para o próprio Judiciário, que passaria a estar de pés e mãos atados a partir do momento em que houvesse uma confissão desse gênero.

Por todos esses argumentos, tendo em vista a prevalência, no presente momento, do postulado do *In Dubio Pro Societate*, necessário se faz o prosseguimento da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203, a fim de que o Juízo *a quo*, após a conclusão da instrução criminal, possa estar apto a analisar a autoria e a materialidade delitivas.

Vale ressaltar que, em sede de Habeas Corpus, o trancamento da ação penal só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos, quando manifesta a atipicidade da conduta, a presença de causa extintiva de punibilidade, a ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas ou a existência de flagrante ilegalidade, conforme elucida o seguinte julgado do STF, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INEXISTÊNCIA DE FATO TÍPICO. EXAME APROFUNDADO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. DENÚNCIA. CUMPRIMENTO AO ART. 41 DO CPP. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INADMISSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO. 1. Esta Corte possui orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas, não podendo o remédio constitucional servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao

Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. A questão da inexistência de fato típico merece análise mais detida na oportunidade do julgamento do processo, com amparo nas provas produzidas durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório, o que impede o conhecimento do presente *writ* quanto a esse ponto. 3. **O trancamento da ação penal, em habeas corpus, constitui medida excepcional que só deve ser aplicada quando indiscutível a ausência de justa causa ou quando há flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída.** Precedentes. (...) 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado. (STF – Habeas Corpus nº 100.637/BA. Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Segunda Turma. Julgado em 8/6/2010. Publicado no DJe de 25/6/2010). (Grifo nosso).

Nos autos ora em comento observa-se que as provas que lastrearam o oferecimento da Denúncia realmente indicam que o Paciente cometeu, em tese, o crime militar capitulado no art. 240 do CPM. Ademais, não há qualquer comprovação de que tais provas sejam ilegais ou de que a Inicial tenha sido oferecida em violação ao postulado do Promotor Natural.

Nessas condições, uma vez desentranhadas as provas julgadas ilícitas, não se verifica qualquer ilegalidade ou abuso de poder a ensejar o trancamento da Ação Penal Militar ora em questão. Na verdade, está presente a justa causa que justifica a instauração do processo ora em tela, não havendo que se falar em constrangimento ilegal.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e pela parcial concessão da ordem de Habeas Corpus para, revogando a Decisão que deferiu o pleito liminar às fls. 130/131, suspendendo o curso da ação penal, determinar o desentranhamento das provas constantes às fls. 174/176 do Apenso 1 e às fls. 234/236 do Apenso 2, bem como o subsequente prosseguimento da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e conceder parcialmente a ordem de Habeas Corpus para, revogando a Decisão que deferiu o pleito liminar, determinar o desentranhamento das provas constantes às fls. 174/176 do Apenso 1 e às fls. 234/236 do Apenso 2, bem como o subsequente prosseguimento da Ação Penal Militar nº 2-44.2015.7.03.0203.

Brasília, 10 de setembro de 2015 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator.

---

**HABEAS CORPUS Nº 191-33.2015.7.00.00000-DF**

---

Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Paciente: Maria do Socorro Teixeira de Lima, Civil.

Impetrante: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

HABEAS CORPUS. ART. 216 DO CPM. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. FALTA DE JUSTA CUSA PARA A AÇÃO PENAL.

É materialmente atípica, caracterizando-se em falta de justa causa para a Ação Penal Militar, a conduta de Paciente idosa, sofrendo de Transtorno Esquizoafetivo (CID-10 F25) e Demência Inespecífica (CID 10-F03) há 25 anos, atestado em Laudo Pericial, que não possuía capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, no momento da ação, existindo dúvida acerca da materialidade do delito (não comprovação do dolo), prevalecendo, *in casu*, sobre o Princípio *in dubio pro societate*, o princípio constitucional maior, norteador do sistema jurídico pátrio, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ordem de habeas corpus concedida. Decisão unânime.

---

**DECISÃO**

O Tribunal, **por unanimidade**, concedeu a ordem de *habeas corpus* para trancar a Ação Penal nº 96-28.2014.7.10.0010, a que responde a Civil Maria do Socorro Teixeira de Lima, perante a Auditoria da 10ª CJM, por falta de justa causa, determinando o seu arquivamento. O Ministro Fernando Sérgio Galvão não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho, na ausência ocasional do titular. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e José Barroso Filho. (Extrato da Ata da 80ª Sessão, 27/10/2015).

**RELATÓRIO**

Trata-se de Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em 17 de setembro de 2015 (fls. 2/5v), em favor da Civil MARIA DO SOCORRO TEIXEIRA DE LIMA, que se encontra respondendo à Ação Penal Militar nº 96-28.2014.7.10.0010, em trâmite na Auditoria da 10ª

CJM, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Conselho Permanente de Justiça daquela Auditoria.

Narra a Impetrante, em síntese, que a Paciente foi denunciada pela prática do delito tipificado no art. 216 do CPM, por ter, no dia 17/9/2014, proferido palavras de cunho racial e outras ofensas, no setor de pronto atendimento do Hospital Geral de Fortaleza, contra a 3º Sgt THAIS DA CONCEIÇÃO FERREIRA, consistentes em que a referida Sargento queria rasgar as suas roupas, bem como roubá-la e, além disso, estava muito agressiva e gritava exaustivamente e dizendo que *“não queria ser atendida por esta negrinha”*.

Alega a Defesa que a Paciente tem 72 (setenta e dois) anos de idade, possui Transtorno Esquizoafetivo (CID-10 F25) e Demência Inespecífica (CID 10-F03) há 25 anos, de acordo com o Laudo Pericial (fls. 58/59).

Afirma que, como constou da própria Denúncia, a Paciente ofendeu a 3º Sargento THAIS após ter sido medicada com sedativos, pois teria sido submetida a exame de endoscopia e após passar por episódio de vômito e diarreia. Também afirma que, conforme o Laudo Médico, as patologias acima citadas provocam na Sra. MARIA DO SOCORRO *“frequentes episódios de irritabilidade e agressividade verbal com terceiros, comprometimento cognitivo e social significativo”*, atestando, dessa forma, que a Paciente não era capaz de entender o caráter ilícito do fato e nem de se determinar de acordo com esse entendimento.

Afirma, ainda, que a Sra. MARIA DO SOCORRO não tinha, em nenhum momento, a vontade livre e consciente de ofender as Instituições Militares, nem quis ofender a pessoa da 3º Sgt THAÍS, uma vez que, além de sofrer de Transtorno Esquizoafetivo, estava sob efeito de medicamentos e sedativos.

Ressalta que a situação em que se encontrava a Paciente era degradante e humilhante, pois a mesma estava fragilizada, vomitada, defecada e incapacitada de proceder sozinha a sua higienização, o que, por si só, já é uma situação que causa irritação e constrangimentos, ainda mais quando se soma aos problemas de saúde pelos quais passa há 25 anos.

Conclui alegando não haver justa causa para a deflagração da Ação Penal.

Assevera, também, que os agentes públicos, profissionais capacitados, devem discernir entre uma ofensa de injúria e uma explosão de sentimentos devido a problemas psicológicos, ainda mais quando já atestado por laudo médico que a Paciente é inimputável. E que o Direito Penal não deve se ocupar de fatos juridicamente irrelevantes, como processar uma idosa de 72 anos, totalmente inimputável, que não tem discernimento para aferir a ilicitude de sua conduta, enquanto falta aos agentes públicos capacidade de entender e suportar uma situação já esperada ao lidar com pessoas idosas e portadoras de doenças mentais.

Requeru o deferimento da medida liminar para determinar o sobrestamento do Processo de origem, até o julgamento do mérito do presente *mandamus*, sob pena de, em caso de indeferimento, a decisão do mérito tornar-se inócua, devido ao transcurso do processo e o conseqüente trânsito em julgado da Sentença.

No mérito, requer a concessão final da ordem pleiteada, para o trancamento da Ação Penal a que responde a Paciente, por falta de justa causa.

Em Decisão de 23/9/2015, este Relator deferiu o pedido liminar para, tão somente, sobrestar a Ação Penal nº 96-28.2014.7.10.0010, a que responde a Sra. MARIA DO SOCORRO TEIXEIRA DE LIMA perante a Auditoria da 10ª CJM, até o julgamento do mérito deste *mandamus*, por entender estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e, ainda, por estar na fase inicial a Ação Penal.

Em 30/9/2015, por meio do Ofício nº 1074, de 28/9/2015, da Auditoria da 10ª CJM, foram prestadas pela autoridade apontada como coatora as informações (fls. 77/78), em síntese:

- que o Ministério Público Militar ofereceu Denúncia em 9/1/2015, a qual foi emendada em 12/2/2015, tendo sido recebida em 24/3/2015;

- a Defensoria Pública da União interpôs requerimento de revogação da Decisão de recebimento da Denúncia e, em caráter subsidiário, o declínio da competência da Justiça Militar da União para a Justiça comum;

- o MPM se manifestou contrariamente;

- Em 20/4/2015, o pedido de revogação do recebimento da Denúncia foi indeferido monocraticamente e, em 27/4/2015, o CPJ/Ex reconheceu a incompetência da Justiça Militar da União, nos termos do art. 145 do CPPM, com o conseqüente encaminhamento à Justiça comum;

- Em 6/5/2015, o MPM interpôs Recurso em Sentido Estrito;

- Em 11/6/2015, o Magistrado manteve a decisão de incompetência da JMU e determinou a remessa dos autos ao Superior Tribunal Militar.

Cabe, por oportuno, trazer a esse feito a informação de que, em 17/9/2015, o STM, por unanimidade, deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito nº 96-28.2014.7.10.0010/CE, interposto pelo MPM para anular a Decisão da primeira instância que declinou da competência da JMU na Ação Penal Militar à qual responde a Sra. MARIA DO SOCORRO e manter a competência da Justiça Militar da União, determinando o processamento regular do feito.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. EDMAR JORGE DE ALMEIDA, manifestou-se pela denegação da ordem e pela declaração de perda do objeto ou a manifesta carência de amparo legal, por entender que em primeiro momento deveria ter-se negado provimento ao Recurso em Sentido Estrito, mantendo a Decisão da Primeira

Instância que declinou da competência da JMU em favor da Justiça comum. E em um segundo momento, tendo sido provido o Recurso em Sentido Estrito, mantendo a competência da JMU, não haveria razão para acolhimento do pedido da impetrante para trancamento da Ação Penal Militar, por não haver nada que contamine o procedimento que foi regularmente instaurado em detrimento da Paciente.

A Defensoria Pública da União foi intimada de que o feito foi colocado em mesa para julgamento.

É o Relatório.

## VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do presente pedido de Habeas Corpus e passo à análise do mérito.

O trancamento da Ação Penal é medida extrema diante de fatos descritos na Denúncia que não sejam tipificados como crime, já que para o recebimento da Peça Exordial é necessário haver a justa causa (a existência de materialidade do delito e indícios de autoria). Não se exigem, quando do recebimento da Denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade.

Todavia, o trancamento da Ação Penal na via estreita do Habeas Corpus é cabível quando manifesta a atipicidade da conduta; haja a presença de causa extintiva de punibilidade ou ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, estando a peça acusatória eivada de vício, inepta.

Dessa forma, configura-se constrangimento ilegal, por falta de justa causa, dando ensejo ao *mandamus*, pois, segundo a Constituição Federal, “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O caso em apreço revela-se materialmente atípico diante da conduta praticada pela Paciente, que tem 72 (setenta e dois) anos de idade, e da situação em que se encontrava, ou seja, degradante e humilhante, estando acamada, fragilizada, vomitada, defecada e incapacitada de proceder sozinha a sua higienização.

Consta na Denúncia que a Paciente ofendeu a 3º Sargento THAIS após ter sido medicada com sedativos, pois teria sido submetida a exame de endoscopia, e após passar por episódio de vômito e diarreia. Também que, conforme o Laudo Médico, as patologias acima citadas provocam na Sra. MARIA DO SOCORRO “frequentes episódios de irritabilidade e agressividade verbal com terceiros, comprometimento cognitivo e social significativo”, atestando, dessa

forma, que a Paciente não era capaz de entender o caráter ilícito do fato e nem de se determinar de acordo com esse entendimento (fls. 58/59).

O Laudo Pericial constante dos autos atesta que a Paciente possui Transtorno Esquizoafetivo (CID-10 F25) e Demência Inespecífica (CID 10-F03) há 25 anos e, também, que não possuía capacidade de entendimento da ilicitude do fato, no momento da ação, *in verbis*:

(...)

a) Se a indicada sofre de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado: SIM.

(...)

c) se, em virtude das circunstâncias referidas no item primeiro, possuía a indiciada, capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar de acordo com esse entendimento: NÃO.

(...).

Portanto, de acordo com o critério biopsicológico, adotado pelo Código Penal Militar, a Paciente não era, ao tempo da ação, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento.

Dessa forma, é evidente a ausência de justa causa, pois a conduta precisa se adequar perfeitamente ao tipo penal. E, nesse caso, não se adequou por ausência do elemento subjetivo do tipo (o dolo), necessário, também, ser analisado para a submissão da conduta ao tipo, ainda mais nos casos em que o tipo não admite a modalidade culposa.

É certo que a Ação carece de justa causa, uma vez que a materialidade do delito imputado à Paciente não foi cabalmente comprovada, porque, diferentemente da autoria, para a qual basta que haja indícios (provas preliminares suficientes), quanto à materialidade, há a necessidade de comprovação, com todos os elementos, objetivos e subjetivos do tipo penal, para o recebimento da peça acusatória e para a persecução penal, por se tratar da própria existência do delito.

A jurisprudência desta Corte Castrense confirma a necessidade da presença dos elementos fáticos a preencherem o tipo para se prosseguir a Ação Penal Militar.

HABEAS CORPUS nº 114-24.2015.7.00.0000-DF, Julgamento: 23/6/2015, Relator: Ministro Dr. JOSÉ BARROSO FILHO, Publicação no DJe: 29/7/2015, *in verbis*:

Ementa: Habeas corpus. Estelionato. Constrangimento ilegal. Concessão de Ordem para trancamento da ação penal. A plausibilidade jurídica da concessão da Ordem restou caracterizada pelos elementos fáticos e jurídicos trazidos à colação, pois não se evidenciou a presença dos re-

quisitos mínimos necessários ao prosseguimento da ação penal militar. Ausência de justa causa. Crime contra o patrimônio, em que não se configurou a lesão ao bem jurídico tutelado. Decisão liminar revogada. Concedida a Ordem. Decisão unânime.

Noutro giro, o Direito Penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, não cabendo acioná-lo para punir condutas de somenos importância, que podem ser objeto de outras esferas de reprovação social. Reserva-se esse Direito para punir condutas graves e gravíssimas, de alto grau de reprovação social. No caso em tela, trata-se de pessoa idosa, sofrendo há 25 (vinte e cinco) anos com problemas mentais, estando em um Hospital em condição degradante e humilhante devido a essa doença.

Mover a máquina Estatal, por causa da conduta praticada por essa Paciente, seria desumano e se portaria o Estado como o Leviatã idealizado por Thomas Hobbes<sup>117</sup>. Até porque não é essa a resposta que a sociedade espera da Justiça como um todo e, neste caso, da Justiça Militar.

Nesse tocante, é baixo o grau de reprovabilidade social da conduta da Paciente e pequena sua ofensividade, levando-se em conta tratar-se de uma senhora idosa, 72 (setenta e dois) anos, doente, na cama de um hospital, sob tratamento e efeitos de remédios, cuja Ofendida é enfermeira, que conhecia essa sua condição e que, certamente, convive com muitos doentes em semelhante estado. Havendo que se indagar se toda vez que doentes mentais, em tratamento nos hospitais, proferirem palavras ofensivas estariam praticando delitos penais, dignos de serem perseguidos pelo Estado, ou será que os profissionais de saúde, no âmbito de um hospital, devem estar preparados, além de tecnicamente para ministrar medicação, também psicologicamente para lidar com essas situações e com esses doentes? O que dizer então se vier a ocorrer situação semelhante, por exemplo, na Unidade Integrada de Saúde Mental (UISM), onde, por vezes, militares com problemas mentais são contidos, com o uso de força, por outros militares. Nesse caso, seria crime militar?

Não se pode olvidar, também, que os idosos merecem uma proteção especial do Estado e da sociedade, a qual é regulamentada no Estatuto do idoso. Não sendo razoável aceitar que o próprio Estado venha a submeter a um processo penal, por conduta ínfima, uma idosa doente, para ao fim chegar à conclusão de que não é caso que mereça resposta penal, jogando por terra o Princípio da Economia Processual.

A respeito do tema, destaca-se trecho do ensinamento de ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>118</sup>, *in verbis*:

<sup>117</sup> Thomas Hobbes viveu entre 1588 e 1679. Considerado como um dos teóricos do poder absolutista em vigor na Idade Moderna.

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarrance. *As nulidades no Processo penal*. 11ª ed., rev., atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009. p. 33.

(...) por imposição da economia processual, incumbe ao juiz da causa, no exercício de seu poder de direção do processo, zelar pela rigorosa observância das formas legais, sem o que inútil poderá vir a ser a atividade processual realizada irregularmente, inclusive com repercussões nos atos subsequentes; assim, o mais correto e desejável é que ao longo do iter procedimental eventuais vícios sejam desde logo extirpados (...).

No que tange ao argumento da PGJM de que deve prosseguir a Ação, pois essa Corte manteve a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar o feito no Julgamento do Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MPM, não procede, porque, em havendo causas para o seu trancamento, essa Decisão não obriga o prosseguimento da Ação Penal, inclusive no seu próprio *decisum* foi mantida a competência da Justiça Militar da União e determinado o processamento **regular** do feito, o que implica a não existência de nulidades ou falta de justa causa para Ação Penal Militar.

Ademais, impor a uma pessoa, comprovadamente doente e idosa, existindo dúvida acerca da materialidade do delito, haja vista a não comprovação do dolo, que sofra todos os inconvenientes de ter contra si um processo penal, em nome do princípio *in dubio pro societate*, é posição que não se coaduna com o princípio constitucional maior, norteador do sistema jurídico pátrio, que deve prevalecer sobre todas as normas e princípios, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

**Posto isso**, concedo a ordem de Habeas Corpus, para trancar a Ação Penal nº 96-28.2014.7.10.0010, a que responde a Civil MARIA DO SOCORRO TEIXEIRA DE LIMA, perante a Auditoria da 10ª CJM, por falta de justa causa, determinando o seu arquivamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em conceder a ordem de Habeas Corpus, para trancar a Ação Penal nº 96-28.2014.7.10.0010, a que responde a Civil Maria do Socorro Teixeira de Lima, perante a Auditoria da 10ª CJM, por falta de justa causa, determinando o seu arquivamento.

Brasília, 27 de outubro de 2015 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

---

**HABEAS CORPUS Nº 205-17.2015.7.00.0000-MS**

---

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Paciente: Dener de Oliveira Gomes, Sd Ex.

Impetrante: Defensoria Pública da União.

---

**EMENTA**

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. MANTENÇA DE PRISÃO *EX LEGE* COM ESTEIO NOS ARTIGOS 452 E 453, C/C O ARTIGO 255, TODOS DO CPPM. LIMINAR DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS SUBJETIVOS DO ARTIGO 255 DO DIPLOMA ADJETIVO CASTRENSE. MÉRITO. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. PRESENÇA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM.

Na prisão obrigatória prevista no artigo 452 do CPPM, o restabelecimento do *status libertatis* do desertor não está necessariamente condicionado ao exaurimento do lapso temporal de 60 (sessenta) dias citado no artigo 453 do mesmo diploma legal, e é razoável que a manutenção da mencionada constrição cautelar ocorra em consonância com os elementos subjetivos elencados no artigo 255 da lei adjetiva castrense, observadas as peculiaridades de cada caso. Precedentes do STF e desta Corte Castrense.

Nesse compasso, a simples alegação de não haver transcorrido o prazo de 60 (sessenta) dias previstos no artigo 453 do CPPM e de que o preso por deserção única e reapresentação voluntária tenderia a desertar caso cessasse a custódia, com a consequente perda do *status* de militar e da condição de prosseguibilidade da ação, não encontra ressonância nesta Corte para justificar a segregação. Argumentos insustentáveis, a emergir o constrangimento ilegal.

Ordem concedida por maioria.

---

**DECISÃO**

O Tribunal, **por maioria**, nos termos do voto do Ministro Francisco Joseli Parente Camelo (Relator), confirmando a liminar deferida, concedeu a ordem de *habeas corpus*, para que o Paciente Sd Ex Dener de Oliveira Gomes responda em liberdade à Ação Penal nº 106-68.2015.7.09.0009, perante a Auditoria da 9ª CJM, se por outro motivo não estiver preso. Os Ministros José Coêlho Ferreira, Fernando Sérgio Galvão, Lúcio Mário de Barros Góes e Odilson Sampaio Benzi denegavam a ordem de *habeas corpus*, cassavam a liminar concedida e determinavam a baixa dos autos ao Juízo *a quo* para que o Paciente fosse recolhido à prisão, na forma do art. 453 do CPPM. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Frei-

tas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausente, justificadamente, o Ministro Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da 79ª Sessão, 15/10/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de DENER DE OLIVEIRA GOMES, Sd Ex, que responde à Ação Penal nº 106-68.2015.7.09.0009, em trâmite na Auditoria da 9ª CJM.

Alega a impetrante, em síntese, que o paciente se ausentou por mais de oito dias sem autorização, apresentou-se à sua unidade militar (base de administração e apoio/CMO) no dia 8 de setembro de 2015 e se encontra preso até então, após cometer o crime de deserção.

Relata que requereu a liberdade provisória de DENER, mas o juízo da citada Auditoria indeferiu o pedido, com esteio nos artigos 452 e 453, c/c os artigos 254 e 255, todos do CPPM (fls. 55/57).

Irresignada, contesta tal decisão ao argumento de que a autoridade dita coatora ignorou os demais requisitos que devem estar presentes para a decretação e manutenção da medida excepcional e que o simples fato de haver previsão *ex lege* do crime de deserção não constitui fundamentação apta a prorrogar o cerceio da liberdade do paciente.

Na sequência, assevera carecer de embasamento concreto e idôneo a decisão da autoridade judicial, visto não estar presente eventual requisito contido no artigo 255, o que ensejaria indubitável revogação da cautelar.

Nessa esteira, traz precedentes da Suprema Corte que entende haver injusto constrangimento ilegal ao se decretar a prisão apenas com amparo nos artigos 452 e 453 do CPPM, eis que se deve justificar a imprescindibilidade da medida constritiva do *status libertatis* do acusado.

Por fim, requer, liminarmente, a concessão da liberdade provisória ao paciente e, subsidiariamente, de medidas cautelares diversas da prisão ou concessão da menagem. No mérito, a confirmação da liminar.

Ao considerar que o feito carecia de maiores esclarecimentos para formação de um juízo de valor quanto ao pleito, requisitei informações da autoridade apontada como coatora (fls. 91/92).

Em 7 de outubro seguinte, o juízo da Auditoria da 9ª CJM informou que o paciente figura como acusado no Processo nº 106-682015.7.09.0009, como incurso no artigo 187, c/c o artigo 189, inciso I, ambos do CPM (fls. 97/99).

Informa, ainda, que DENER se encontra preso preventivamente, nos termos dos artigos 452 e 453, e que estão presentes as elementares objetivas do artigo 254 e subjetivas do artigo 255, em suas alíneas “a” (*uma vez que, em se quedando foragido novamente, consumará novo crime de deserção*), “b” e “d” (*pelo caráter sui generis do processo de deserção, que exige como condição de procedibilidade e prosseguibilidade da ação penal a manutenção do agente na condição de militar da ativa*), todos do CPPM (fls. 103/105).

Conclui que o feito se encontra pronto para o julgamento, em data a ser designada por aquele Juízo e que o paciente permanece preso, nos termos dos artigos 452 e 453 do CPPM, com o prazo dos sessenta dias de prisão a expirar-se no dia 6 de novembro vindouro.

Presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar, quais sejam, a plausibilidade do direito alegado, lastreado no contexto fático-jurídico, e a iminência de dano irreparável, determinei o relaxamento da prisão cautelar, se por outro motivo não estivesse preso o paciente (fls. 123/124).

Ao se manifestar sobre o feito, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares, reconheceu que os elementos produzidos nesta sede processual revelam-se insuficientes para justificar a prisão cautelar do desertor e opinou pelo conhecimento e deferimento do *writ*, confirmando-se a liminar deferida (fls. 131/139).

É o Relatório.

## VOTO

O presente *habeas corpus* preenche os requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecido, processado e julgado.

Responde o paciente à Ação Penal nº 106-682015.7.09.0009 perante a Auditoria da 9ª CJM, pela prática, em tese, descrita no preceito primário do artigo 187, c/c o artigo 189, inciso I, ambos do CPM. Ao se apresentar a sua organização militar, foi posto sob custódia cautelar.

O presente *mandamus* cinge-se na concessão da ordem para revogar a prisão processual imposta a DENER DE OLIVEIRA GOMES, Sd Ex, sob o argumento de não haver elementos que autorizem a mencionada custódia.

Como relatado, a ação penal já foi instaurada. Motiva-se a autoridade judicial em manter a prisão cautelar com lastro nos artigos 452 e 453 do CPPM e no argumento de que *“uma vez que, em se quedando foragido novamente, consumará novo crime de deserção”* e, ainda, *“pelo caráter sui generis do processo de deserção, que exige como condição de procedibilidade e prosseguibilidade da ação penal a manutenção do agente na condição de militar da ativa”*. Além de ancorar-se no prazo de 60 (sessenta) dias do artigo 453 do CPPM, traz

a autoridade apontada como coatora total certeza de que, caso seja posto em liberdade, voltará a delinquir o Sd DENER. E mais, abona a custódia com o intuito de garantir o *status* de militar para iniciar e prosseguir a ação penal pelo crime de deserção.

Não vejo como tais argumentos possam sustentar a prisão cautelar, posto que, a uma, nada leva a crer que o paciente volte a desertar, pois não é “reincidente” e, transcorrido o prazo de graça, cujo término se deu no dia 6 de setembro de 2015, se apresentou espontaneamente à sua unidade militar no dia 8 seguinte, ou seja, apenas no segundo dia após cometer o delito; a duas, este Tribunal é de entendimento majoritário que nos delitos de deserção a condição de militar é exigível tão somente para a instauração da ação penal, o que já ocorreu; e, por último, a liberdade é a regra e a prisão é medida excepcional.

Além do mais, torna-se contraproducente justificar a custódia meramente com apoio no prazo de sessenta dias do artigo 453 do CPPM, não observados os requisitos subjetivos do artigo 255 do mesmo diploma legal. Ou seja, de imediato o desertor é **obrigado** a cumprir 1/3 (um terço), sem saber se é inocente ou culpado, da pena mínima imputada ao crime. Como se vê, tal entendimento configuraria verdadeiro meio de antecipação executória da pena, em descompasso com a nova ordem constitucional, que impõe a presunção de inocência como princípio fundamental e, com ele, a necessidade de se aplicar a prisão acautelatória somente quando houver condição autorizadora no âmbito da cautelaridade.

Por outro lado, já se passaram mais de trinta dias de constrição e o processo encontra-se pronto para julgamento. O efeito pedagógico intramuros há muito ocorreu e não subsiste plausibilidade na manutenção da medida cautelar com amparo nos argumentos trazidos pela autoridade coatora.

Enfrentando a matéria, esta Casa assim se manifestou:

HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. ART. 453 DO CPPM. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM CONCEDIDA.

Consoante normatizado no art. 453 da Lei Adjetiva Militar, o desertor que não for submetido a julgamento, em até 60 (sessenta) dias de sua apresentação voluntária, não mais estará sujeito a cerceamento de sua liberdade, salvo outro motivo.

*In casu*, faltam apenas 10 (dez) dias para que o Paciente complete os 60 (sessenta) dias de prisão e, tendo em vista não mais persistirem os requisitos da prisão preventiva, não há razão para a manutenção da prisão com o único objetivo de se completar o prazo legal.

Ordem concedida.

Decisão por maioria. (HC nº 190-82.2014.7.00.0000, Rel. p/ acórdão Min. Alvaro Luiz Pinto. Julg. 11.12.2014).

HABEAS CORPUS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. DESERÇÃO. PRISÃO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. ARTIGO 255, ALÍNEA “E”, E ART. 453, AMBOS DO CPPM. MANUTENÇÃO DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA. INSUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. UNANIMIDADE.

Nos termos do art. 453 do Código de Processo Penal Militar, a **dução máxima da prisão cautelar** do desertor é de 60 (sessenta) dias, **subsistindo, dentro desse lapso temporal, se presentes os pressupostos consignados no art. 255 do CPPM**, dado o seu caráter excepcional.

A fundamentação da prisão preventiva tão somente na alínea “e” do artigo 255 do CPPM (exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares), ao argumento de que o militar consumou sua segunda deserção, revela-se insuficiente para justificar a manutenção da custódia cautelar.

Ordem de Habeas Corpus concedida. Unanimidade. (HC nº 49-29.2015.7.00.0000. Rel. Min. Cleonilson Nicácio Silva, **Julg. 7.4.2015**) (destaque nosso).

Oportuno trazer o entendimento da Suprema Corte, *verbis*:

A prisão processual prevista no dispositivo inscrito no art. 453 do CPPM não prescinde da demonstração da existência de situação de real necessidade, apta a ensejar, ao Estado, quando efetivamente configurada, a ação – sempre excepcional – dessa medida constritiva de caráter pessoal, a significar que a Justiça Militar deve justificar, em cada caso ocorrente, a imprescindibilidade da medida constritiva do “status libertatis” do indiciado ou do acusado, sob pena de caracterização da ilegalidade ou de abuso de poder na decretação da prisão meramente processual (HC 112.487-PR, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 24.9.2013).

Outros precedentes: STF, HC 89.645, Rel. Min. Gilmar Mendes; STM, HC 147-19.2012.7.00.0000, Rel. Min. Raymundo Nonato de Cerqueira Filho; e HC 2008.01.034520-5, Rel. Min. Flavio Fores da Cunha Bierrenbach.

Sob esse prisma, detecto o alegado constrangimento ilegal, a ser afastado pela presente ordem de *habeas corpus*.

Quanto ao pedido de concessão de menagem, não há previsão legal de se concedê-la a preso por delito de deserção, conforme entendimento desta Corte<sup>119</sup>. Ademais, como foi requerida subsidiariamente, torna-se desnecessária sua análise, em face da concessão da liberdade provisória.

Ante o exposto, confirmando a liminar deferida, concedo a ordem de *habeas corpus*, para que o Paciente DENER DE OLIVIERA GOMES, Sd Ex, responda em liberdade à Ação Penal nº 106-68.2015.7.09.0009, perante a Auditoria da 9ª CJM, se por outro motivo não estiver preso.

<sup>119</sup> STM, HC 2008.01.034544-2, Rel. Min. Francisco José da Silva Fernandes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, confirmando a liminar deferida, em conceder ordem de *habeas corpus*, para que o Paciente DENER DE OLIVIERA GOMES, Sd Ex, responda em liberdade à Ação Penal nº 106-68.2015.7.09.0009, perante a Auditoria da 9ª CJM, se por outro motivo não estiver preso.

Brasília, 15 de outubro de 2015 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.

### **DECLARAÇÃO DE VOTO DA MINISTRA**

Dra. MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA  
Habeas Corpus Nº 205-17.2015.7.00.0000-MS

Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido de liminar, impetrado em favor do Sd Ex DENER DE OLIVEIRA GOMES, que responde à Ação Penal nº 106-68.2015.7.09.0009, em trâmite na Auditoria da 9ª CJM, em que alega estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do citado Juízo, que não revogou a prisão preventiva do paciente e declarou legal e constitucional a prisão consolidada no art. 453 do CPPM, sem apreciar os outros requisitos que devem estar presentes para a decretação e manutenção da medida excepcional (art. 255 do CPPM e art. 312 do CPP).

O paciente encontrava-se preso em virtude da consumação do crime de deserção desde 8/9/2015, data em que se apresentou voluntariamente na Base de Administração e Apoio do Comando Militar do Oeste.

Com efeito, a regra é a liberdade do indivíduo, somente sendo admitido o cárcere prematuro – aquele evidenciado antes do trânsito em julgado da condenação – em situações excepcionais, após análise do caso concreto e por decisão devidamente fundamentada.

Nesse conspecto, cito duas principais consequências imediatas da promulgação da Carta Fundamental de 1988 para a alteração da dogmática do sistema prisional, na dicção de Eugênio Pacelli de Oliveira:

- a) a instituição de um princípio afirmativo da situação de inocência de todo aquele que estiver submetido à persecução penal;
- b) a garantia de que toda prisão seja efetivamente fundamentada e por ordem escrita de autoridade judiciária competente.<sup>120</sup>

<sup>120</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 414.

O teor da Carta vigente traduz-se no postulado da presunção de inocência, a despeito de não tratar especificamente de uma presunção, mas de uma afirmação dela como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo ou da persecução penal.

Apesar de aparentemente singela, esta foi uma substancial mudança na sistemática processual. Sustenta o doutrinador retro nominado que:

(...) o reconhecimento da situação jurídica de inocente (art. 5º, LVII) impõe a necessidade de fundamentação judicial para toda e qualquer privação da liberdade, tendo em vista que só o Judiciário poderá determinar a prisão de um inocente. E mais: que essa fundamentação seja construída em bases cautelares, isto é, que a prisão seja decretada como acautelamento dos interesses da jurisdição penal, com a marca da indispensabilidade e da necessidade da medida.

(...) toda prisão antes do trânsito em julgado deve ser considerada uma prisão provisória. Provisória unicamente no sentido de não se tratar de prisão-pena, ou seja, aquela decorrente de sentença penal condenatória passada em julgado, também chamada de prisão definitiva, embora se saiba que não existe prisão por tempo indeterminado (perpétua) no nosso ordenamento jurídico.

De outro lado, toda prisão anterior ao trânsito em julgado deve também ser considerada uma prisão cautelar. Cautelar no que se refere à sua função de instrumentalidade, de acautelamento de determinados e específicos interesses de ordem pública. Assim, a prisão que não decorra de sentença passada em julgado será, sempre, cautelar e também provisória.

(...)

E por se tratar de prisão de quem deve ser obrigatoriamente considerado inocente, à falta de sentença penal condenatória passada em julgado, é preciso e mesmo indispensável que a privação da liberdade seja devidamente fundamentada pelo juiz e que essa fundamentação esteja relacionada com a proteção de determinados e específicos valores igualmente relevantes.

(...) em qualquer Estado Democrático de Direito, é ao Judiciário que se atribui a missão de tutela dos direitos e garantias individuais, ou das ainda chamadas liberdades públicas (garantias do indivíduo em face do Estado). (...)

Assim, as privações da liberdade antes da sentença final devem ser judicialmente justificadas e somente na medida em que estiverem protegendo o adequado e regular exercício da jurisdição penal. (...) Somente aí se poderá legitimar a privação da liberdade de quem é reconhecido pela ordem jurídica como ainda inocente. (...)

Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações e risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação

pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua **ratio essendi**.<sup>121</sup>

Assim, em sendo a medida cautelar uma excepcionalidade, para a sua decretação mister motivação idônea, baseada em circunstâncias concretas a justificar a impossibilidade de o paciente permanecer em liberdade. O que não ocorreu na espécie.

Prevê o art. 243 do CPPM que “qualquer pessoa poderá e **os militares deverão prender quem for** insubmisso ou **desertor, ou seja encontrado em flagrante delito**”(grifo nosso).

Com efeito, numa leitura contemporânea, o dispositivo amolda-se ao previsto no art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, pois não impõe a manutenção do desertor na prisão, só que ele seja preso. Trata-se de medida necessária para sua reinclusão ou reversão e, para que a autoridade judiciária competente decida sobre a decretação da prisão preventiva, ou não, como ocorre nos casos de prisão em flagrante.

Imprópria a interpretação de que a regra do art. 453 do CPPM sujeita o desertor, irrevogavelmente, à prisão por um período de 60 (sessenta) dias. Ela somente determina a duração **máxima** da custódia, não podendo ultrapassar esse prazo, condicionada que está ao julgamento.

O dispositivo em tela visa assegurar a razoável duração do processo, princípio inscrito igualmente no rol de direitos e garantias fundamentais consagrados na Lei Maior, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Por esse motivo, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 89.645/PA, não vislumbrou desconformidade do art. 453 do CPPM com o atual sistema constitucional, exigindo-se, para tanto, que a segregação cautelar eventualmente imposta atenda aos requisitos da prisão preventiva. *Verbis*:

**EMENTA:** Habeas Corpus. 1. No caso concreto, alega-se falta de fundamentação de acórdão do Superior Tribunal Militar (STM) que revogou a liberdade provisória do paciente por ausência de indicação de elementos concretos aptos a lastrear a custódia cautelar. 2. Crime militar de deserção (CPM, art. 187). 3. Interpretação do STM quanto ao art. 453 do CPPM (“Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em

<sup>121</sup> *Idem*, pp. 414/416.

*liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo*). O acórdão impugnado aplicou a tese de que o art. 453 do CPPM estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias como obrigatório para a custódia cautelar nos crimes de deserção. 4. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), a concessão da liberdade provisória, antes de ultimados os 60 (sessenta) dias, previstos no art. 453 do CPPM, não implica qualquer violação legal. O *Parquet* ressalta, também, que o decreto condenatório superveniente, proferido pela Auditoria da 8ª CJM, concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, por ser primário e de bons antecedentes, não havendo qualquer razão para que o mesmo seja submetido a nova prisão. 5. **Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental** (CF, art. 5º, XV - HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007). 6. O acórdão impugnado, entretanto, partiu da premissa de que a prisão preventiva, nos casos em que se apure suposta prática do crime de deserção (CPM, art. 187), deve ter duração automática de 60 (sessenta) dias. **A decretação judicial da custódia cautelar deve atender, mesmo na Justiça castrense, aos requisitos previstos para a prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP**. Precedente citado: HC nº 84.983/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005. Ao reformar a decisão do Conselho Permanente de Justiça do Exército, o STM não indicou quaisquer elementos fático-jurídicos. Isto é, o acórdão impugnado limitou-se a fixar, *in abstracto*, a tese de que “*é incabível a concessão de liberdade ao réu, em processo de deserção, antes de exaurido o prazo previsto no art. 453 do CPPM*”. É dizer, o acórdão impugnado não conferiu base empírica idônea apta a fundamentar, de modo concreto, a constrição provisória da liberdade do ora paciente (CF, art. 93, IX). Precedente citado: HC nº 65.111/RJ, julgado em 29.5.1987, Rel. Min. Célio Borja, Segunda Turma, unânime, DJ 21.8.1987). 7. Ordem deferida para que seja expedido alvará de soltura em favor do ora paciente. (STF, HC nº 89.645/PA, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 28/9/2007) (grifos nossos).

A argumentação amolda-se ao caso *sub examine*, pois diante da atual ordem normativa não se conforma a prisão *ex lege* – *vg*: aquela que prescinde de fundamentação – e amparada, única e exclusivamente, em previsão legal.

Certo é que a Carta da República ao atribuir significado destacado aos direitos individuais, determinando sua eficácia imediata, enfatiza seu acatamento por todos, mormente, pelos órgãos estatais que lidam com a liberdade e a integridade dos indivíduos. O Poder Judiciário tem papel relevante e possui função precípua na garantia de sua aplicação de forma justa e equânime.

A decretação da prisão preventiva, como espécie de segregação cautelar da liberdade do cidadão, exige a presença dos requisitos próprios das medidas cautelares, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* somados a quaisquer das hipóteses discriminadas no art. 255 do CPPM (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal e exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militar).

Infere-se, então, que, para se conformar a prisão tratada pela presente impetração à ordem constitucional, deve estar ela amparada por suporte fático justificado no caso concreto; por outras palavras, impõe-se uma base empírica apta a fundamentá-la.

*In casu*, não se vislumbra na decisão do Juízo *a quo* qualquer fundamento no sentido de aplicação dos requisitos da preventiva para a manutenção da constrição da liberdade do desertor. O argumento de que a própria estrutura do crime de deserção não recomenda a soltura do denunciado (fl. 56) não se mostra adequada a fundamentar, de forma concreta, a segregação cautelar do paciente.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e concessão da ordem de *habeas corpus*, para que o Sd Ex DENER DE OLIVEIRA GOMES responda ao processo em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso.

Superior Tribunal Militar, 15 de outubro de 2015.

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha  
Ministra do STM

---



---

Mandado de Segurança



---

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 160-13.2015.7.00.0000-RS**

---

Relator: Min. José Barroso Filho.

Impetrante: O Ministério Público Militar.

Litisconsorte Passivo: Dari João Gabbi, Civil.

Advogados: Drs. Eduardo Monteiro de Souza e Carlos Rogerio Araujo Lacerda Junior.

---

**EMENTA**

Mandado de Segurança impetrado pelo MPM. Pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal. Liminar concedida. Sobrestamento do Feito. Desproporcionalidade da medida excepcional. Denegação da ordem. Revogação da medida liminar. Prosseguimento da Ação Penal Militar.

O sigilo dos dados bancários e fiscais está inserido no direito fundamental da pessoa humana de ver intocável sua privacidade, *ex vi* do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988.

A manutenção dos sigilos bancário e fiscal é regra, que só pode ser abrandada quando não há nos autos outros elementos de prova suficientes para embasar a acusação, devendo-se analisar, no caso, a proporcionalidade da medida excepcional, à luz de interpretação que procura dar força normativa ao disposto no texto constitucional.

Conclui-se inexistir a imprescindibilidade da medida excepcional, levando-se em consideração o direito fundamental à privacidade, a desproporcionalidade da medida, os documentos já acostados aos autos e que a pretendida diligência não influenciará, decisivamente, no convencimento do órgão julgador quanto à autoria e materialidade do crime capitulado na Denúncia.

Ordem denegada.

Decisão unânime.

## DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do pedido e denegou a segurança por falta de amparo legal, para, revogando a medida liminar, determinar o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 40-90.2014.7.03.0203, em trâmite perante a 2ª Auditoria da 3ª CJM.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. José Garcia de Freitas Junior. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa e Francisco Joseli Parente Camelo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Alvaro Luiz Pinto. (Extrato da Ata da 77ª Sessão, 13/10/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança interposto pelo Procurador de Justiça Militar Dr. Dimorvan Gonçalves Leite, contra a Decisão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 3ª CJM, de 9 de junho de 2015, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 40-90.2014.7.03.0203, que, à unanimidade, indeferiu o pleito para que fosse procedida a quebra dos sigilos bancário e fiscal do denunciado Dari João Gabbi, civil (fls. 2/12).

O Representante do MPM ofereceu Denúncia em desfavor do civil Dari João Gabbi e outros 3 (três) Acusados, como incursos no art. 251 do CPM, sob o argumento de que os acusados fraudaram contrato de parceria rural, em prejuízo da Administração Militar.

Em síntese, sustenta a acusação que o civil Dari teria atuado na condição de “laranja”, em conluio com os demais Denunciados, porquanto firmou contrato de arrendamento rural de terras pertencentes à União, sob a administração do Exército Brasileiro, localizadas no Município de Rosário do Sul/RS, em 27 de outubro de 2011.

O Órgão Ministerial assevera ter o civil Dari firmado, em 5 de novembro de 2011, parceria agrícola com os Denunciados Daizer Gonçalves Folleto, Leonardo Gonçalves Foletto e Valdemar Vicente Foletto, para utilização das referidas terras, inadimplindo ao disposto no contrato com a Administração Militar.

O CPJ/Ex da 2ª Auditoria da 3ª CJM, em 9 de junho de 2015, analisando o pleito do MPM de quebra de sigilo bancário e fiscal do denunciado Dari, por una-

nimidade de votos, decidiu indeferi-lo, sob o fundamento de ausência de indispensabilidade da medida, bem como de relevante interesse público (fls. 64/67).

Inconformado, em 24 de julho de 2015, o Representante do MPM impetrou o presente *mandamus*, pugnando pela concessão da segurança, para que seja deferida a quebra de sigilo bancário e fiscal do denunciado Dari, relativa aos anos de 2010, 2011 e 2012 e, ao final, seja concedida medida liminar para se determinar o sobrestamento da Ação Penal Militar nº 40-90.2014.7.03.0203 até julgamento definitivo do presente Feito (fls. 2/12).

Aduz que a medida se mostra imprescindível para a prova dos fatos, principalmente no tocante à situação financeira do Denunciado e quanto às transações monetárias entre os envolvidos e sua utilização como “laranja”, ressaltando a existência de relevante interesse público, sob o argumento de que houve prejuízo contra a Administração Militar – patrimônio público –, vitimizando toda a coletividade.

O Ministro Vice-Presidente do STM, no exercício da Presidência, concedeu, parcialmente, a liminar requerida, para que seja sobrestada a Ação Penal Militar nº 40-90.2014.7.03.0203 até o julgamento definitivo desta Ação Mandamental; solicitando as informações da autoridade apontada como coatora, determinando a intimação da AGU e a citação do denunciado Dari (fls. 35/37).

Por meio do Ofício 025/GAB-AVO, de 30 de julho de 2015, esta Corte encaminhou cópia da inicial e da supracitada Decisão à Advocacia-Geral da União, para os fins previstos no art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (fl. 41).

O Juízo da 2ª Auditoria da 3ª CJM prestou as informações por meio do Ofício nº 1005, de 30 de julho de 2015 (fls. 69/70).

A Defesa do Denunciado apresentou contestação ao presente Mandado de Segurança, asseverando ser irrelevante o pedido do MPM, pois o edital referente ao arrendamento não exigia prévio depósito bancário, caução e/ou situação econômica financeira diferenciada para as licitações, mas tão somente o talão de produtor rural, para demonstrar que o licitante era agropecuarista (fls. 118/119).

Compulsando os autos, verifica-se inexistir manifestações da Advocacia-Geral da União, embora intimada.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Arilma Cunha da Silva, opinou pelo conhecimento do presente Mandado de Segurança e, no mérito, pela concessão da ordem (fls. 127/133).

É o Relatório.

**VOTO**

O presente *mandamus* é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido. **Quanto ao mérito, o pleito deve ser indeferido.**

O Feito encontra-se devidamente instruído, enfatizando que o denunciado Dari foi citado, compondo a demanda na condição de litisconsórcio passivo necessário, atendendo, portanto, o disposto no enunciado da Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, enviou-se cópia da Inicial e da Decisão de deferimento parcial do pleito liminar à Advocacia-Geral da União, *ex vi* do disposto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009.

Verifica-se, também, que não transcorreu o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias entre a data da Decisão impugnada (9/6/2015) e a presente impetração (24/7/2015), consoante o previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/2009.

O presente Mandado de Segurança é cabível, pois não há, no caso, outro meio de impugnação, sendo o Órgão do MPM parte legítima, em consonância com precedente desta egrégia Corte castrense, *in verbis*:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

**É o Ministério Público Militar parte legítima e interessada em buscar, pela via do writ constitucional do Mandado de Segurança, a reforma de decisão que lhe negou a quebra de sigilo bancário.**

A doutrina aponta como requisitos, em razão da gravidade da coação à intimidade que a quebra do sigilo financeiro representa, que esta seja requerida ao Poder Judiciário, haja justa causa para a medida em tela e proporcionalidade entre a coação e a finalidade que se busca atingir.

No caso em tela, não há direito à intimidade a ser resguardado, haja vista que o sigilo da movimentação financeira em momento posterior à morte da titular da conta corrente não lhe aproveita, muito menos aos seus herdeiros. Segurança concedida. Unânime. (MS 0000037-20.2012.7.00.0000/BA, Rel. Min. Marcos Martins Torres, 24/4/2012) (grifo nosso).

No tocante ao mérito da impetração, não assiste razão ao pleito do MPM.

Numa análise apressada, poder-se-ia chegar à conclusão de ser viável o deferimento do pleito, tendo em vista que cabe ao Ministério Público Militar o ônus de produzir as provas necessárias para a comprovação dos fatos narrados na Denúncia.

Contudo, após minuciosa análise, conclui-se inexistir a imprescindibilidade da medida excepcional, levando-se em consideração o direito fundamental à privacidade e que a pretendida diligência não influenciará, decisivamente, no convencimento do órgão julgador quanto à autoria e materialidade do crime capitulado na Denúncia (art. 251 do CPM).

Consoante os fundamentos expendidos na Decisão de recebimento da Denúncia (fl. 79), nos autos da Ação Penal constam os seguintes documentos probatórios: Contrato de arrendamento celebrado entre a União e o denunciado Dari João Gabbi; contrato de parceria agrícola celebrado entre Dari e os demais denunciados; Laudo Técnico elaborado por engenheiro agrônomo, dando conta que na área arrendada foi cultivada, além de arroz, lavoura de soja; e Perícia Contábil, em que consta o *quantum* do prejuízo suportado pela Administração Militar.

Na petição inicial o Representante do MPM argumenta (fl. 7), *in verbis*:

(...)

Em que pesem os argumentos mencionados pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército supracitado, entende-se que não merece prosperar a respeitável decisão. Verifica-se que a necessidade da quebra de sigilos bancário e fiscal mostra-se imprescindível para a completa produção de provas e formação da *opinio delicti* por parte desse Órgão Acusatório, sendo o meio com aptidão para comprovar efetivamente as possíveis movimentações financeiras do réu DARI JOÃO GABBI e a sua condição patrimonial no período que foi firmado o já mencionado contrato de arrendamento com a administração militar. (grifo nosso).

Frise-se que, consoante as informações prestadas, a Denúncia já foi recebida, os Denunciados foram citados, constando a realização de oitivas das testemunhas arroladas pelo MPM e pela Defesa, sendo determinada, ainda, a expedição de carta precatória para a oitiva das demais testemunhas.

Nesse diapasão, ressalte-se que, na fase processual em que se encontra a referida Ação Penal Militar, mister se faz observar que estamos diante de produção de provas que serão destinadas à convicção do órgão Julgador, portanto, sob o manto do princípio da comunhão das provas.

Destarte, as provas até então produzidas e as que serão acostadas aos autos, ao longo da instrução processual penal, mostram-se suficientes para o Conselho Julgador valorar a subsunção ou não do fato à norma descrita no art. 251 do CPM, bem como a autoria e a materialidade delitiva.

A alegação do Representante do MPM de que a “*temática da denúncia envolve, de forma direta, questões econômicas e financeiras*” não é suficiente para entender que, havendo consonância temática com a Denúncia, por si só, as medidas extremas de quebra de sigilo bancário e fiscal devam ser impostas.

Nesse ponto, muito bem concluiu o Conselho de Justiça (fl. 66), *in verbis*:

Portanto, o Conselho de Justiça não vislumbra qualquer relação lógica entre o fato imputado a DARI JOÃO GABBI e à necessidade de se estabelecer a quebra dos sigilos bancários e fiscais. Qualquer que seja o resultado dessas medidas seria irrelevante para a formação da opinião do julgador em relação ao mérito. Na verdade, pouco importa se DARI JOÃO GABBI possuía ou não fluxo financeiro relevante ou mesmo algum bem declarado. A questão da parceria rural é fato incontestável nos autos, tendo sido, inclusive, admitida pelos demais acusados e pelo próprio DARI JOÃO GABBI. Assim, sequer há de se aventar que a medida poderia ser benéfica a GABBI, posto que poderia provar que realmente não teria condições de explorar solitariamente a área arrendada. Nenhum desses fatos possui imbricação lógica com o núcleo do tipo penal aventado. O que se pretende, realmente, ao final do processo, é verificar se a prefalada parceria rural gerou ou não prejuízos ao Exército Brasileiro.

Ademais, deve-se analisar, *in casu*, a proporcionalidade da medida excepcional, à luz de interpretação que procura dar força normativa ao disposto no texto constitucional (Konrad Hesse).

O sigilo dos dados bancários e fiscais está inserido no direito fundamental da pessoa humana de se ver intocável a sua privacidade, *ex vi* do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal de 1988.

É cediço que tal direito não é absoluto, podendo ser mitigado em situações devidamente justificadas e, obviamente, excepcionais, principalmente quando não há outros elementos de provas nos autos, mas, no caso *sub examine*, não se pode transformar em regra algo que é exceção.

Conforme precedente desta Corte, a preservação do sigilo bancário é regra geral, que só pode ser abrandado ante a inexistência de outros meios de prova, *in verbis*:

EMENTA. Mandado de Segurança. IPM. Quebra de Sigilo bancário. **A preservação do sigilo bancário constitui regra geral e, embora não tenha natureza de direito absoluto, o deferimento de sua quebra impõe-se como providência essencial à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação penal, e tendo em vista, ainda, a inexistência de outros meios para a consecução de tais objetivos.** No vertente caso há elementos mínimos e suficientes indispensáveis à propositura da ação penal. Indeferimento do *mandamus*. Decisão unânime. (MS nº 2002.01.000601-0/PR, Rel. Min. Valdesio Guitierrez de Figueiredo, 15/10/2002) (grifo nosso).

Consoante o disposto no art. 1º, § 4º, da Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a “*quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial*”.

Tal norma, obviamente, deve ser aplicada, levando-se em consideração os princípios constitucionais atinentes à proporcionalidade, garantia da privacidade do indivíduo e à dignidade do ser humano.

No mesmo sentido, quanto ao sigilo das informações fiscais, o Código Tributário Nacional traz dispositivo que demonstra a regra da inviolabilidade das informações referentes à situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos, *in verbis*:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

Em análise da jurisprudência desta Corte, vê-se que existem diversos precedentes em que se afasta o sigilo bancário e fiscal, em função da prerrogativa do MPM, do interesse da coletividade e da busca da verdade real.

No presente caso, fazendo-se adequado juízo de ponderação de valores, chega-se à conclusão de que a diligência requerida pelo MPM mostra-se desproporcional, tendo em vista a existência de meios menos onerosos para se chegar ao fim almejado, no âmbito da instrução processual penal.

Nesse ponto, não se pode olvidar das lições de Canotilho ao comentar o princípio constitucional da proporcionalidade, *in verbis*:

O princípio da exigibilidade, também conhecido como o princípio da necessidade ou a de menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem o direito a menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adaptar outro meio menos oneroso para o cidadão (CANOTILHO *Apud* D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 66).

Em suma, o pleito do MPM deve ser indeferido, tendo em vista existirem nos autos da Ação Penal provas suficientes para auxiliar no livre convencimento motivado do Julgador, sobre a autoria e materialidade delitiva, bem como, quanto à subsunção ou não do fato ao tipo penal descrito no art. 251 do CPM, conforme constam das informações prestadas, quais sejam:

- Contrato de arrendamento celebrado entre a União e o denunciado Dari João Gabbi;

- Contrato de parceria agrícola celebrado entre Dari e os demais denunciados;

- Laudo Técnico elaborado por engenheiro agrônomo, dando conta que na área arrendada foi cultivada, além de arroz, lavoura de soja;

- Perícia Contábil, em que consta o *quantum* do prejuízo suportado pela Administração Militar;
- Termos de qualificação e interrogatório dos Denunciados Dari João Gabbi, Deizer Gonçalves Foletto e Valdemar Vicente Foletto;
- Oitiva de testemunhas arroladas pelo MPM na Denúncia;
- Deferimento de oitiva de 6 testemunhas referidas, arroladas pelo MPM e 3 testemunhas arroladas pela Defesa;
- Oitiva de duas das Testemunhas referidas arroladas pelo MPM e expedição de carta precatória para oitiva das demais;
- Oitiva das testemunhas arroladas pela Defesa;
- Oitiva, por carta precatória, de três testemunhas referidas arroladas pelo MPM; e
- Deferimento de oitiva de mais uma testemunha arrolada pela Defesa, tendo sido ouvida.

Por fim, revoga-se a medida liminar deferida na Decisão de fls. 35/37, que determinou o sobrestamento da Ação Penal Militar nº 40-90.2014.7.03.0203 até o julgamento definitivo desta Ação Mandamental.

**Ante o exposto**, conheço do pedido e denego a segurança por falta de amparo legal, para, revogando a medida liminar, determinar o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 40-90.2014.7.03.0203, em trâmite perante a 2ª Auditoria da 3ª CJM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade** de votos, em conhecer do pedido e denegar a segurança por falta de amparo legal, para, revogando a medida liminar, determinar o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 40-90.2014.7.03.0203, em trâmite perante a 2ª Auditoria da 3ª CJM.

Brasília, 13 de outubro de 2015 – Dr. José Barroso Filho, Ministro-Relator.

---

## MANDADO DE SEGURANÇA Nº 245-96.2015.7.00.0000-RJ

---

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

Impetrante: O Ministério Público Militar.

---

### EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. APURAÇÃO DE CRIME MILITAR. ATO JUDICIAL. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA. PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

As posições doutrinárias e jurisprudenciais são, inegavelmente, favoráveis quanto à legitimidade do Órgão Ministerial para propor a ação mandamental, bem como em relação à admissibilidade da medida contra ato jurisdicional.

Existe o direito líquido e certo do MPM de requisitar diligência, considerando, em tese, que pode ocorrer prejuízo ao *dominus litis* para formar a sua convicção em relação à conduta do indiciado.

Em que pese a discricionariedade do juiz na apreciação das provas, prevista no art. 297 do CPPM, torna-se viável o deferimento do pleito, tendo em vista que cabe ao Ministério Público Militar o ônus de produzir as provas necessárias para a comprovação dos fatos narrados na Denúncia.

Da mesma forma que a Defesa tem direito à produção de prova, sendo lícito requerer o que lhe for útil ao exercício da garantia constitucional da ampla defesa, por força do princípio da isonomia, ao Ministério Público também é lícito requerer diligência na busca de comprovar o fato alegado.

Concessão da segurança. Decisão unânime.

---

### DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e concedeu a Segurança para desconstituir a Decisão recorrida e determinar ao Juízo a quo que diligencie ao Departamento de Polícia Técnico-Científica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, para providenciar o respectivo laudo pericial definitivo de substância entorpecente ou, na sua impossibilidade, informar se o laudo acostado à fl. 41 é o definitivo. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Giovanni Rattacaso. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Fernando Sérgio Galvão, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio

Benzi e Carlos Augusto de Sousa. Ausente, justificadamente, o Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. (Extrato da Ata da 100ª Sessão, 17/12/2015).

## RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Dr<sup>a</sup> Helena Mercês Claret da Mota, Promotora da Justiça Militar, contra a Decisão do Juiz-Auditor Substituto, no exercício da titularidade, da 2ª Auditoria da 1ª CJM, que indeferiu o pedido do Ministério Público Militar, para que, no prazo do art. 427 do CPPM, fosse providenciado o laudo definitivo de constatação de substância entorpecente, encontrada em poder do ex-Sd Ex WILLIAN BARROS ALBINO NASCIMENTO, no dia 5/10/2014.

De acordo com os autos, em 15/5/2015, o ex-Sd Ex WILLIAN BARROS ALBINO NASCIMENTO foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 290 do CPM, na modalidade trazer consigo substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar (fls. 5/7).

A Denúncia foi recebida em 2/6/2015 (fl. 9).

Regularmente citado em 6/7/2015, o Acusado foi qualificado e interrogado em 8/7/2015, ocasião em que foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo MPM. Na fase do art. 417, § 2º, do CPPM, a Defesa deixou de arrolar testemunhas (fl. 28).

Na fase do art. 427 do CPPM, o Órgão Ministerial requereu fosse oficiado ao Comando da Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais para que providenciasse o laudo definitivo de constatação da substância entorpecente encontrada em poder do Acusado (fl. 41).

Em 4/11/2015, conforme o Despacho de fl. 54, o pleito ministerial foi indeferido pelo Magistrado *a quo*, ao argumento de que o laudo definitivo já se encontrava acostado aos autos do Processo Ordinário nº 244-97.2014.7.01.0201, uma vez que foi objeto de diligência pelo próprio *Parquet*.

Inconformado, o MPM interpôs, em 10/11/2015, o presente *mandamus* (fls. 2/4), alegando, em síntese, que a referida Decisão constitui evidente prejuízo à acusação, eis que a ausência do laudo definitivo pode levar à absolvição do Acusado.

Ressalta o fato de que o laudo pericial considerado como definitivo pelo Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM se trata, na realidade, do mesmo laudo prévio, tendo em vista que ambos têm a mesma numeração (Laudo nº 063-E/2014), foram expedidos na mesma data (17/10/2014) e assinados pelo mesmo Perito Criminal (Vitor Consentino Ribeiro).

Sustenta, ainda, que, ao indeferir a diligência pleiteada pelo MPM, o douto Magistrado aniquilou a última oportunidade processual de sanear o processo, deixando o feito vulnerável para futura declaração de nulidade, em prejuízo de toda a instrução criminal já produzida.

Ao final, requereu, liminarmente, que esta Corte determinasse a realização da diligência requerida e, após juntada do respectivo laudo pericial definitivo, a abertura de vista ao MPM para complementação das Alegações Escritas. No mérito, requereu a concessão da segurança para cassar o Despacho impugnado e determinar a vinda aos autos do laudo definitivo de constatação de substância entorpecente, requerido na fase do art. 427 do CPPM.

O presente *mandamus* veio instruído com a seguinte documentação:

- Cópia da Denúncia (fls. 5/7);
- Cópia do Laudo Prévio nº 063-E/2014 (fl. 8);
- Decisão de recebimento da Denúncia (fl. 9); e
- Cópia do Despacho de indeferimento do pleito (fl. 10).

Em 11/11/2015, pelo Despacho de fl. 14, considerando que os documentos que acompanhavam a Inicial necessitavam ser valorados com os motivos que ensejaram a Decisão hostilizada, reservei-me para decidir o pleito liminar após a vinda das informações da autoridade apontada como coatora, acompanhadas da documentação pertinente.

Em 17/11/2015, a referida autoridade prestou as informações, acostadas às fls. 28/54, em que detalha o andamento do Processo nº 244-97.2014.7.00.0000/RJ, e informa que o pedido do MPM foi indeferido considerando que o laudo definitivo requerido já se encontrava juntado aos autos do processo e que a diligência pleiteada fora atendida pela Organização Militar em tela.

As informações vieram acompanhadas, entre outros, dos seguintes documentos:

- Laudo Pericial nº 52/14 - Exame de Constatação Preliminar da Natureza e Quantidade da Droga – (fls. 36/39);
- Laudo nº 063-E/2014 – Laudo Prévio, datado de 17/10/2014 (fl. 40);
- Laudo nº 063-E/2014 – Laudo de Exame em Entorpecente, datado de 17/10/2014 (fl. 41);
- Cópia do requerimento do MPM (fl. 52); e
- Cópia do Despacho de indeferimento do pleito (fl. 54).

Em 24/11/2015, pela Decisão de fl. 56, indeferi o pleito ministerial, pontuando que a liminar se confunde com o *meritum causae*, cuja competência é do Plenário do STM. Todavia, determinei a suspensão do andamento do processo até que esta Corte Castrense decida o mérito da questão.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 64/74, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral Dra. ANETE VASCONCE-

LOS DE BORBOREMA, opina pelo conhecimento e deferimento do presente *writ*, para que seja concedida a segurança, cassando-se a Decisão impugnada e determinando-se a expedição de ofício à Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (Secretaria de Segurança Pública) para encaminhar o respectivo laudo pericial definitivo de substância entorpecente ou, na sua impossibilidade, informar se o Laudo nº 063-E/2014, acostado à fl. 41 dos autos, é o definitivo ou não.

É o Relatório.

## VOTO

O presente *mandamus* é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Inicialmente, cumpre assinalar que as posições doutrinárias e jurisprudenciais são, inegavelmente, favoráveis quanto à legitimidade do Órgão Ministerial para propor a ação mandamental, bem como em relação à admissibilidade da medida contra ato jurisdicional. Nesse sentido, destaca-se a seguinte jurisprudência desta Corte Castrense:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. DILIGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CONCEDIDA. **É reconhecida a legitimidade do Ministério Público para impetrar mandado de segurança contra atos ilegais dos Juízos de primeira instância e Tribunais.** (...) A quebra de sigilo bancário afigura-se como medida emergencial e necessária para a obtenção de indícios relativos ao ilícito penal, haja vista o considerável lapso temporal decorrido após concluído o inquérito policial militar, sem reunir os elementos necessários à propositura da ação penal. O direito líquido e certo do qual o Ministério Público é detentor decorre do interesse pela obtenção de dados e de informações indispensáveis ao oferecimento da denúncia, o que impõe o afastamento do sigilo bancário. Segurança concedida. Decisão por maioria. (MS nº 2008.01.000709-1. Rel. Min. Gen Ex ANTÔNIO APPARÍCIO IGNACIO DOMINGUES. Julgamento: 10/4/2008). (grifo nosso).

Por oportuno, cabe citar as abalizadas opiniões dos Professores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, na obra *Recursos no Processo Penal*, editora RT, 2ª ed. 1997, pág. 399, *in verbis*:

Para a maioria dos casos, o mandado de segurança contra ato jurisdicional inscreve-se entre os remédios processuais de índole preventiva, porquanto visa a atacar os efeitos da decisão impugnada, capazes de causar dano irreparável, ou de difícil reparação, ao direito da parte.

É o caso dos autos, em que a Representante do Ministério Público Militar insurge-se contra a Decisão do Juiz-Auditor Substituto, no exercício da titularidade, da 2ª Auditoria da 1ª CJM, que indeferiu seu pedido de diligência acerca do laudo definitivo de substância entorpecente.

Quanto ao mérito da impetração, assiste razão ao MPM, senão vejamos.

Consoante dicção do art. 5º, inciso LXIX, da Carta Magna:

conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público;

No presente caso, entendo que existe o direito líquido e certo do MPM de requisitar a referida diligência, considerando, em tese, que pode ocorrer prejuízo à acusação, pois a ausência de laudo definitivo pode levar à absolvição do Acusado ou à nulidade do processo.

Sobre esse ponto, cabe citar a seguinte jurisprudência dessa Corte Castrense:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. (...) AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DEFINITIVO. MATERIALIDADE DELITIVA PREJUDICADA. APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO. UNANIMIDADE. (...)

A ausência do Laudo Pericial definitivo impede a identificação e classificação da substância encontrada com o Acusado como entorpecente, fragilizando a comprovação da materialidade delitiva, impondo-se a sua absolvição. Apelo a que se dá provimento. Unanimidade. (Apelação nº 83-78.2014.7.11.0211/DF. Rel. Min. Ten Brig Ar CLEONILSON NIÁCIO SILVA. Julgamento: em 29/10/2015).

Fazendo-se uma minuciosa análise dos autos, em que pese a discricionariedade do juiz na apreciação das provas, prevista no art. 297 do CPPM, torna-se viável o deferimento do pleito, tendo em vista que cabe ao Ministério Público Militar o ônus de produzir as provas necessárias para a comprovação dos fatos narrados na Denúncia.

*In casu*, verifica-se que o Laudo de fl. 41, considerado definitivo pelo Magistrado *a quo*, mostra muitas semelhanças com o Laudo Prévio (fl. 40), pois ambos apresentam a mesma numeração (Laudo nº 063-E/2014), foram expedidos na mesma data (17/10/2014) e assinados pelo mesmo Perito Criminal (Vitor Consentino Ribeiro).

Além disso, cabe registrar que o Laudo de fl. 41 não apresenta qualquer indicação formal de que seja definitivo, posterior e independente do Laudo Prévio, surgindo, assim, a dúvida do MPM e o receio de que a Defesa questione, posteriormente, a insuficiência de provas quanto à materialidade do delito, o que poderia conduzir à absolvição do Acusado ou até mesmo à nulidade do processo.

Dessa forma, como bem salientou a ilustre Subprocuradora-Geral Dra. ANETE VASCONCELOS DE BORBOREMA (fl. 70), apesar de todos os elemen-

tos colhidos durante a instrução processual, a ausência do Laudo Pericial Definitivo prejudica a formação da *opinio delicti* do *Parquet*, na medida em que impede a identificação e classificação definitiva da substância entorpecente encontrada com o Acusado, inviabilizando, assim, a comprovação da materialidade delitiva, isenta de qualquer dúvida.

Assim, da mesma forma que a defesa tem direito à produção de prova, sendo lícito requerer o que lhe for útil ao exercício da garantia constitucional da ampla defesa, por força do princípio da isonomia, ao Ministério Público também é lícito requerer diligência na busca de comprovar o fato alegado, somente se justificando o indeferimento pelo juiz quando demonstrada a sua irrelevância no julgamento respectivo ou quando evidente o seu caráter procrastinatório ou protelatório.

Não se verifica nos autos qualquer indício de que o requerimento do MPM seja protelatório ou ilegal. Ao contrário, demonstra uma preocupação do *Parquet* em buscar a verdade real, evitando-se questionamentos futuros e, sobretudo, a nulidade do processo.

Portanto, diante da dúvida existente acerca do Laudo de fl. 41, assiste razão à representante do MPM, pois mereceria ao menos um pedido de esclarecimento junto ao Departamento de Polícia Técnico-Científica do Estado do Rio de Janeiro, local onde foi realizado o exame do material suspeito.

**Ante o exposto**, conheço e concedo a segurança, para desconstituir a Decisão recorrida e determinar ao Juízo *a quo* que diligencie ao Departamento de Polícia Técnico-Científica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro para providenciar o respectivo laudo pericial definitivo de substância entorpecente ou, na sua impossibilidade, informar se o Laudo acostado à fl. 41 é o definitivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade de votos**, em conhecer e conceder a segurança, para desconstituir a Decisão recorrida e determinar ao Juízo *a quo* que diligencie ao Departamento de Polícia Técnico-Científica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro para providenciar o respectivo laudo pericial definitivo de substância entorpecente ou, na sua impossibilidade, informar se o Laudo acostado à fl. 41 é o definitivo.

Brasília, 17 de dezembro de 2015 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.



---

## ÍNDICE DE ASSUNTO



## A

### **Ação Penal**

- Arquivamento, 179
- Prescrição, 128
- Propositura, 352
- Trancamento, 357, 361

### **Administração Militar**

- Ato libidinoso, 146
- Indivíduo arredio, 238
- Uso de entorpecente, 135, 165

### **Apropriação indébita, 26-28**

## C

### **Código**

- Orgânico de Justicia Militar (Venezuela), 24
- Penal Militar, 19, 46

### **Condenação à revelia, 197**

### **Condição de “prossequibilidade”, 186**

### **Conselho de Justiça**

- Categorias, 187

### **Conselho de Justificação, 256**

- Natureza, 266, 272
- Remessa dos autos, 266

### **Crime de Deserção ver Deserção**

### **Crime Militar, 30, 45**

## D

### **Defesa Técnica**

- Ausência, 271, 295

### **Deserção, 242**

- Finalidade, 204
- Incidência, 25, 27, 29, 138

### **Desincorporação, 184, 206-210, 243**

**F****Forças Armadas, 19**

Definição, 43

Finalidade, 142

Modelo constitucional, 58

Princípios fundamentais, 43

Sistema operacional, 241

**H****Habeas Corpus, 349, 356****I****Incorporação**

Anulação, 208

**Infração penal de menor potencial ofensivo, 35-39, 47****J****Juiz**

Militar

Suspeição, 355

Natural, 31, 352

**Justiça Militar da União**

Competência, 239

Foro especial, 31

Julgamento

Civis, 20, 33

**L****Legislação penal**

Comum

Benefícios, 19, 35, 45

**Licenciamento, 178, 182, 190, 207, 242****M****Ministério Público Militar, 352, 380****Mobilização, 189, 212, 241****P****Parquet** ver **Ministério Público Militar****Peculato, 25, 27**

**Pessoal Civil**

Crime Militar, 24, 47

**Posse de droga**, 62, 165

**Princípio da insignificância**, 55-62, 112, 151-168

**Princípio da Proporcionalidade**, 59

**Procedimento de Justificação**, 326

**Promotor natural**, 345, 350-352

**R**

**Reserva mobilizável**, 190, 204, 237, 245, 313

**S**

**Serviço militar**, 143, 184, 196, 211, 240, 247

Finalidade, 190

Inicial, 212

Interrupção, 208, 210, 212

**Sobrestamento**, 194, 202, 204

**Sursis**, 40, 47, 177, 198

**T**

**Tempo de Serviço Militar**, 201, 244

**Termo de deserção**, 237

**Transação penal**, 36, 39, 47, 50

Impressão e acabamento:  
Gráfica do STM

---

Formato: 17 x 26 cm  
Papel do miolo: Sulfite 75g/m<sup>2</sup>  
Papel da capa: Couchê 150 g/m<sup>2</sup> (color)  
Fonte: ZapHumnst BT  
Número de páginas: 395  
Acabamento: Capa dura



Impressão e acabamento:  
Gráfica do STM

---

Formato: 17 x 26 cm  
Papel do miolo: Sulfito 75g/m<sup>2</sup>  
Papel da capa: Couchê Supremo 250 g/m<sup>2</sup> (color)  
Fonte: ZapHumnst BT  
Número de páginas: 395  
Acabamento: Lombada