



PODER JUDICIÁRIO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA



DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 26
Número 1
Julho/2016 a Dezembro/2016



REVISTA DE DOUTRINA
E JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

PUBLICAÇÃO OFICIAL

REVISTA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Volume 26
Número 1
Jul./2016 a Dez./2016



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

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR **Comissão de Jurisprudência**

Supervisão editorial

Reginaldo Alves Araújo

Eduardo Monteiro Pereira

Capa

Antonio Simão Neto

Eduardo Monteiro Pereira

Diagramação

Antonio Simão Neto

Ronald Neves Ribeiro

Revisão

Elson André Hermes

Manuela Maria Castro de Melo

Ficha catalográfica e Índice remissivo

Nathália Gomes Costa Melo

Ficha Catalográfica

Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar. –
Vol. 26, n. 1 (jul./dez. 2016). – Brasília : Superior Tribunal Militar, 2017-.
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) 3313-9183/3313-9316/3313-9311

E-mail: didoc@stm.jus.br

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – 2017

Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros

(Presidente – até 15/3/2017)

Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

(Presidente – a partir de 16/3/2017)

Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira

(Vice-Presidente – até 15/3/2017)

Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes

(Vice-Presidente – a partir de 16/3/2017)

Ministra Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministro Alte Esq Alvaro Luiz Pinto

Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva

Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos

Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos

Ministro 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

Ministro Gen Ex Marco Antônio de Farias

Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz

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 1.949, de 27/10/2016)

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

MINISTROS DO STM DE 1981 A 2010

Dr. Antônio Carlos de Seixas Telles

Data da Posse: 12/5/1981

Data de Afastamento: 22/1/1998

Dr. Paulo Cesar Cataldo

Data da Posse: 25/6/1984

Data de Afastamento: 23/1/1998

Dr. Aldo da Silva Fagundes

Data da Posse: 9/4/1986

Data de Afastamento: 28/5/2001

Dr. José Luiz Barbosa Ramalho Clerot

Data da Posse: 15/12/1986

Data de Afastamento: 5/10/1988

Tenente-Brigadeiro do Ar Cherubim Rosa Filho

Data da Posse: 30/11/1989

Data de Afastamento: 12/9/1996

Tenente-Brigadeiro do Ar Carlos de Almeida Baptista

Data da Posse: 4/8/1994

Data de Afastamento: 20/12/1999

Dr. Olympio Pereira da Silva Junior

Data da Posse: 18/11/1994

Data de Afastamento: 22/7/2015

General de Exército Edson Alves Mey

Data da Posse: 30/3/1995

Data de Afastamento: 21/10/1999

Tenente-Brigadeiro do Ar Sérgio Xavier Ferolla

Data da Posse: 24/10/1996

Data de Afastamento: 9/1/2004

Almirante de Esquadra Domingos Alfredo Silva

Data da Posse: 18/3/1997

Data de Afastamento: 19/12/2002

Tenente-Brigadeiro do Ar João Felipe Sampaio de Lacerda Júnior

Data da Posse: 23/7/1997

Data de Afastamento: 1º/3/2002

General de Exército Germano Arnoldi Pedrozo

Data da Posse: 18/2/1998

Data de Afastamento: 28/6/2002

General de Exército José Enaldo Rodrigues de Siqueira

Data da Posse: 25/3/1998

Data de Afastamento: 20/5/2002

Dr. Carlos Alberto Marques Soares

Data da Posse: 17/6/1998

Data de Afastamento: 18/6/2013

General de Exército José Luiz Lopes da Silva

Data da Posse: 12/11/1999

Data de Afastamento: 4/10/2004

Dr. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach

Data da Posse: 13/1/2000

Data de Afastamento: 17/10/2009

Tenente-Brigadeiro do Ar Marcus Herndl

Data da Posse: 15/3/2000

Data de Afastamento: 22/3/2007

General de Exército Max Hoertel

Data da Posse: 7/6/2002

Data de Afastamento: 5/6/2007

General de Exército Valdesio Guilherme de Figueiredo

Data da Posse: 10/7/2002

Data de Afastamento: 27/6/2007

Almirante de Esquadra Marcos Augusto Leal de Azevedo

Data da Posse: 9/1/2003

Data de Afastamento: 15/7/2010

Almirante de Esquadra José Alfredo Lourenço dos Santos

Data da Posse: 17/2/2004

Data de Afastamento: 1º/3/2010

General de Exército Antonio Apparicio Ignacio Domingues

Data da Posse: 10/11/2004

Data de Afastamento: 3/2/2010

Almirante de Esquadra Rayder Alencar da Silveira

Data da Posse: 24/5/2005

Data de Afastamento: 10/8/2010

General de Exército Sergio Ernesto Alves Conforto

Data da Posse: 14/6/2005

Data de Afastamento: 10/8/2010

General de Exército Renaldo Quintas Magioli

Data da Posse: 27/6/2007

Data de Afastamento: 27/8/2011

General de Exército Francisco José da Silva Fernandes

Data da Posse: 5/7/2007

Data de Afastamento: 4/10/2012

Tenente-Brigadeiro do Ar José Américo dos Santos

Data da Posse: 22/2/2008

Data de Afastamento: 14/1/2015

General de Exército Raymundo Nonato de Cerqueira Filho

Data da Posse: 25/3/2010

Data de Afastamento: 12/6/2014

General de Exército Fernando Sérgio Galvão

Data da Posse: 1º/9/2010

Data de Afastamento: 1º/2/2016

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
---------------------------	----

DOCTRINA

PROPOSTA DE INCLUSÃO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UM APANHADO HISTÓRICO	17
Ten Brig Ar Cherubim Rosa Filho Dr. Antonio Simão Neto	
A MULHER MILITAR E SUA INTEGRAÇÃO NAS FORÇAS ARMADAS	24
Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	
BRAZILIAN FEDERAL MILITARY JUSTICE'S JURISDICTION TO PROSECUTE CIVILIANS	45
Alte Esq Carlos Augusto de Sousa	

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO REGIMENTAL

31-71.2016.7.00.0000-DF	65
Relator – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo	

APELAÇÃO

4-58.2012.7.12.0012-AM	73
Relator – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva	
26-35.2015.7.11.0111-DF	95
Relator – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos	
29-70.2014.7.03.0103-RS	108
Relator – Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos	
32-74.2015.7.07.0007-PE	124
Revisora e Relatora para o Acórdão – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	
64-19.2015.7.09.0009-MS.....	151
Relator – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto	
70-90.2014.7.08.0008-PA.....	170
Relator – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa	

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

124-29.2015.7.01.0101-RJ	199
Relator – Dr. José Barroso Filho	

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

53-32.2016.7.00.0000-DF	213
Relator – Gen Ex Marco Antônio de Farias	

CORREIÇÃO PARCIAL

167-20.2016.7.11.0111-DF	301
Relator – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi	
292-67.2016.7.01.0401-RJ	311
Relator para o Acórdão – Dr. Artur Vidigal de Oliveira	

HABEAS CORPUS

142-55.2016.7.00.0000-RJ	329
Relator – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz	

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

32-84.2016.7.02.0102-SP	353
Relator para o Acórdão – Dr. José Coêlho Ferreira	
73-14.2016.7.10.0010-CE	368
Relator – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes	

ÍNDICE DE ASSUNTO	405
--------------------------------	-----

Apresentação

Com a edição do volume 26, nº 1, da *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, relativo aos acórdãos de julho de 2016 a dezembro de 2016 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.

Com muito prazer, destacamos a publicação de artigos que foram colaborações dos Ministros do Superior Tribunal Militar:

- a) “Proposta de inclusão da Justiça Militar da União na composição do Conselho Nacional de Justiça: um apanhado histórico” (Ministro CHERUBIM ROSA FILHO);
- b) “A mulher militar e sua integração nas Forças Armadas” (Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA); e
- c) “Brazilian Federal Military Justice’s jurisdiction to prosecute civilians” (Ministro CARLOS AUGUSTO DE SOUSA).

Novamente, a Comissão de Jurisprudência informa e concita o leitor a acessar outros julgados do STM, que estão disponíveis no endereço eletrônico www.stm.jus.br. Nesse ensejo, aproveita e noticia que os exemplares das publicações de 1992 a 2016 já estão disponíveis no sítio do Tribunal, acessando, em “Serviços”, o item “Revista Jurisprudência” e, em seguida, a aba “Edições”.

Comissão de Jurisprudência



DOUTRINA

PROPOSTA DE INCLUSÃO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UM APANHADO HISTÓRICO

CHERUBIM ROSA FILHO

Ministro aposentado do Superior Tribunal Militar

ANTONIO SIMÃO NETO

Analista Judiciário do Superior Tribunal Militar

Foi a Constituição de 1934 que incluiu os Tribunais Militares e seus juízes na estrutura do Poder Judiciário brasileiro. No início dos anos 1990, quando dos primeiros debates sobre a reforma do Judiciário, após a apresentação de projeto inicial, de autoria do deputado Hélio Bicudo (PT-SP), a Comissão Especial da Câmara dos Deputados pretendia, na prática, extinguir todas as justiças especializadas. Devido à forte reação do Poder Judiciário, essa ideia não prosperou. Não vingando a pretensão de extinção da Justiça Militar, no que tange ao Superior Tribunal Militar, a Comissão pretendia reduzir drasticamente o número de ministros, de 15 para 7. O projeto passou a tramitar como Proposta de Emenda à Constituição nº 96/1992.

Nessa mesma época, estava sendo “constituído” o Conselho Nacional de Justiça: passou a ser discutida a criação de um órgão de controle do Poder Judiciário. Tal debate ganhou força com a criação, em 1995, de uma Comissão Especial para o exame da PEC nº 96/1992, na qual foi solicitada a apensação da PEC nº 112/95, de autoria do deputado José Genoíno (PT-SP), que buscava instituir o sistema de controle do Poder Judiciário, determinando que o sistema de controle exerceria fiscalização externa do Poder Judiciário, vedada a interferência no mérito das decisões proferidas e nas atividades jurisdicionais, alterando a Constituição Federal.

Quando foi verificado que o representante da Justiça Militar da União não constava da relação de membros desse Conselho, foi contatada a deputada Zulaiê Cobra (PSDB-SP) – designada pelo deputado Aloysio Nunes (PSDB-SP), para ser relatora, na Comissão Especial, da Justiça Militar –, que não se sensibilizou com tal pretensão, informando que seus membros não haviam sido incluídos porque tal justiça especializada seria extinta.

A PEC nº 96/1992 começou a ser discutida em Plenário na Câmara dos Deputados no ano de 1999. O Presidente do STM na época, Ministro Carlos de Almeida Baptista, ainda alertou a vários deputados, por meio de Ofício Circular, em 2 de dezembro de 1999, de sua estranheza pela não inclusão de um representante do STM, já que, no Conselho Nacional do Ministério Público, haveria

um representante do Ministério Público Militar. Uma emenda, aceita pela relatora, acrescentou os representantes da Justiça do Trabalho, ampliando para 15 o número de membros do CNJ. A PEC 96/1992 acabou tendo sua votação concluída somente em junho de 2000, prevendo, em seu artigo 103-A, um CNJ de 13 membros, seguindo para o Senado com a nomenclatura de PEC nº 29/2000.

Na tramitação da PEC nº 29/2000 no Senado, ainda na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), o STM tentou, através de várias emendas, incluir na composição do Conselho um ministro integrante da Corte Castrense. Foram autores dessas emendas os senadores Romeu Tuma (PFL-SP) e Romero Jucá (PSDB-RR). O relator na época era o senador Bernardo Cabral (PFL-AM), que recebeu inúmeras visitas, tanto de ministros quanto da Assessoria Parlamentar do STM. Quando no Plenário, ainda em 1º turno, os senadores Romero Jucá, Romeu Tuma, Marluce Pinto (PMDB-RR), Ronaldo Cunha Lima (PSDB-PB) e Geraldo Melo (PSDB-RN) também apresentaram Emendas de Plenário com essa pretensão, que foram aceitas pelo então relator.

Em 2003, com a nova legislatura, o então Presidente do Senado José Sarney (PMDB-AP) determinou que a reforma permanecesse na CCJ aguardando sugestões dos novos senadores eleitos. Assumiu a relatoria o senador José Jorge (PFL-PE). Este, por sua vez, não acatou as modificações propostas pelo antigo relator, mantendo a proposta da Câmara dos Deputados – que não previa a inclusão de um ministro do STM. Novamente procurado, o senador Romeu Tuma tentou modificar o art. 103 que veio aprovado da Câmara, mas o relatório que foi para Plenário não acrescentava o representante do STM. O senador José Jorge alegou que necessitava modificar o menor número possível de artigos para a PEC não ter que voltar para a Câmara. Na votação em 2º turno, foi aprovado somente o aumento do número de ministros de 9 para 11 (art. 123 da CF), além de definir a competência do STM (art. 124 da CF), sem, entretanto, modificar o art. 103 a fim de incluir novos membros no CNJ. Houve promulgação parcial em dezembro de 2004. Com a publicação da Emenda Constitucional nº 45, tendo havido divergência, no que dizia respeito à composição do STM, entre os textos aprovados na Câmara e no Senado, a matéria teve que ser devolvida àquela casa. Dessa forma, com o impasse, a composição da Corte Castrense teve que ser mantida com 15 ministros.

Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como reforma do Judiciário, à Justiça Militar da União compete julgar os crimes militares definidos em lei, que estão contidos no Código Penal Militar. Cabe frisar que tanto um militar do Exército, da Marinha ou da Aeronáutica como um civil podem ser julgados nesta esfera. A Constituição de 1988 classificou o crime militar como aquele definido em lei, adotando critério *ratione legis* ou critério objetivo, previsto no Código Penal Militar com os requisitos expressos nos artigos 9º e 10º, incluindo os crimes propriamente e impropriamente militares.

Em primeira instância, a Justiça Militar da União ficou dividida em doze Circunscrições Judiciárias Militares, de acordo com a Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Em regra, são compostas por, no mínimo, uma Auditoria (atualmente, a 1ª possui quatro, a 2ª, duas, a 3ª, três e a 11ª, duas), que se assemelham às Varas criminais da Justiça Comum, possuindo jurisdição no que diz respeito aos crimes militares definidos em lei.

Como corte de apelação tem-se o Superior Tribunal Militar, com sede em Brasília-DF. Sua composição atual, de acordo com o artigo 123 da CF, conta com quinze ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Os ministros civis são escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e dois, por escolha paritária, dentre juízes-audidores e membros do Ministério Público Militar.

A citada Emenda Constitucional também instituiu o Conselho Nacional de Justiça, a quem compete realizar o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e a fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Tal poder alcança, além dos magistrados, os serviços auxiliares e os serviços notariais e de registro. Não desempenha, dessa forma, atividade jurisdicional, e sim controle administrativo, financeiro e correicional da magistratura. De todos os ramos do Poder Judiciário brasileiro, apenas a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral não tiveram representantes incluídos no Conselho.

Por tal motivo, a Assessoria Parlamentar do Superior Tribunal Militar apresentou ao senador José Jorge, em 5 de maio de 2005, uma sugestão de PEC, prevendo uma vaga para ministro do STM e uma vaga para juiz-auditor da JMU, nos moldes dos outros Tribunais Superiores. O senador José Jorge apresentou a PEC nº 27/2005, somente com uma vaga para ministro, em 1º de junho de 2005. A tramitação foi bem lenta, face às preocupações do Legislativo, durante o segundo semestre de 2005, terem sido com as várias Comissões Parlamentares de Inquérito instaladas. Acabou arquivada ao final da legislatura.

A PEC nº 358/2005, de autoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, foi apresentada em 10 de janeiro de 2005. Em 9 de fevereiro de 2006, em audiência pública, na Comissão Especial que tratava da revisão da Reforma do Judiciário na Câmara, o Ministro Vantuil Abdala, Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, e o Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor Nacional de Justiça Antônio Pádua Ribeiro citaram estranheza pelo fato de não ter sido previsto um representante do STM no CNJ.

A PEC nº 358/2005 foi aprovada na Comissão Especial em 20 de dezembro de 2006, com complementação de voto. Quanto ao representante do STM no CNJ, foi este item acrescentado pelo deputado Paes Landim (PTB-PI) em sua complementação de voto. Essa modificação, caso aprovada em Plenário, deve retornar ao Senado, já que veio diferente do que lá foi aprovado. A PEC 358/2005 está desde a sua aprovação na Comissão Especial aguardando apreciação em Plenário, tendo havido, como última tramitação, Requerimento de Inclusão na Ordem do Dia por parte do deputado Arnaldo Faria de Sá (PTB-SP) em agosto de 2016.

Em julho de 2014, foi apresentada ao Senado a Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de autoria do senador Romero Jucá (PMDB-RR), que busca alterar a composição do Conselho Nacional de Justiça, incluindo representantes da Justiça Militar da União e da Justiça Eleitoral. Foi inicialmente relatada, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, pelo senador Inácio Arruda (PCdoB-CE) e, atualmente, pelo senador Antonio Anastasia (PSDB-MG), tendo recebido relatório favorável por parte de ambos.

A PEC apresentada propõe a alteração do artigo 103-B da Constituição Federal¹:

Art. 1º O *caput* do art. 103-B da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 103-B. Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 19 (dezenove) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

..... (NR)

Art. 2º O art. 103-B da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos IV e V, renumerando-se os subseqüentes:

Art. 103-B

.....

IV – um Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, indicado pelo respectivo tribunal;

V – um Ministro civil do Superior Tribunal Militar, indicado pelo respectivo tribunal;

IX – um juiz de Tribunal Regional Eleitoral, indicado pelo Tribunal Superior Eleitoral;

X – um Juiz-Auditor da Justiça Militar da União, indicado pelo Superior Tribunal Militar;

..... (NR)

¹ BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de 2014. Dá nova redação ao art. 103-B da Constituição Federal, p. 1. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3038114>>. Acesso em: 23 out. 2016.

Como se pôde observar, a PEC propõe, no inciso V do artigo 103-B, que um ministro civil do Superior Tribunal Militar, indicado pelo respectivo tribunal, seja um dos componentes do CNJ. Assim, no caso de ministro, a escolha recairia sobre um dos cinco togados. Por fim, um juiz-auditor da JMU, magistrado de carreira, seria o representante da primeira instância.

Um argumento favorável à introdução da JMU na composição do CNJ é o fato de instituições externas ao Poder Judiciário fazerem parte do Conselho, que são os casos dos membros oriundos do Ministério Público da União e do Ministério Público estadual, além dos dois advogados e dos dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada. Nesse contexto, a ausência de um tribunal superior – no caso, o STM –, parte do Poder Judiciário, na composição do CNJ, carece de coerência, principalmente no que diz respeito à competência do Conselho em relação ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Assim, pela mesma razão que levou à composição do Conselho Nacional de Justiça com membros de todos os tribunais superiores, inclusive o Tribunal Superior do Trabalho, que se caracteriza por ser um tribunal de justiça especializada, considero que a inclusão de um ministro do STM e de um juiz-auditor da Justiça Militar da União virá contribuir para a maior representatividade do conselho e para o melhor desempenho de suas nobres atribuições constitucionais.

A inclusão de representantes da justiça eleitoral no CNJ, um ministro e um juiz de Tribunal Regional Eleitoral afasta a possibilidade de ingerência política, preservando a imparcialidade de seus membros e outorgando transparência e lisura ao processo eleitoral.

A alteração conferirá maior legitimidade ao CNJ, uma vez que os representantes dessas Justiças especializadas não foram incluídos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.²

Outro argumento favorável à introdução da Corte castrense baseia-se na observação de que, dos tribunais superiores do Poder Judiciário brasileiro, o Superior Tribunal Militar e o Tribunal Superior Eleitoral não têm representação no CNJ, sendo que o primeiro tem composição permanente, diferentemente do segundo. Assim, o STM é o único dos tribunais superiores de composição permanente que não tem representação no CNJ.

Verifica-se que dos tribunais superiores de composição permanente, apenas o Superior Tribunal Militar não está representado. Trata-se do mais antigo tribunal superior do país, criado em abril de 1808, com a de-

² BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de 2014. Dá nova redação ao art. 103-B da Constituição Federal, p. 2. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3038114>>. Acesso em: 23 out. 2016.

nominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça. Desde sua fundação, a Justiça Militar da União exerce funções judiciais e administrativas, embora tenha sido introduzida, efetivamente, no Poder Judiciário, pela Constituição de 1934, e tenha recebido o nome atual – **Superior Tribunal Militar (STM)** na **Constituição de 1946**.³ (Grifo do original).

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Congresso. Câmara. Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 1992. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0C00C721DA659AF437F84F9F3BE73E9E.proposicoesWebExterno1?codteor=14537&filename=PEC+96/1992>. Acesso em: 23 out. 2016.
- _____. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de 2014. Dá nova redação ao art. 103-B da Constituição Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3038114>>. Acesso em: 23 out. 2016.
- _____. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.
- _____. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm>. Acesso em: 3 nov. 2016.
- CARVALHO, Maria Beatriz Andrade. A Justiça Militar Estadual: estrutura, competência e fundamentos de existência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2651, 4 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17546>>. Acesso em: 22 out. 2016.
- CHAUVET, Luiz Claudio. Justiças Militares do Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2467, 3 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14603>>. Acesso em: 22 out. 2016.
- CHAVES, José Pérciles; ARAÚJO, Mariana Vieira Lima. Construção histórica da reforma do poder judiciário brasileiro. *Faculdade Cearense em Revista*, Fortaleza, v. 8, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://www.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol8-2-2014/artigo2.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2017.
- CORRÊA, Daniel Marinho. Aspectos gerais da Justiça Militar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9848&revista_caderno=3>. Acesso em: 22 out. 2016.

³ BRASIL. Congresso. Senado. Proposta de Emenda à Constituição nº 21, de 2014. Dá nova redação ao art. 103-B da Constituição Federal, p. 2. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3038114>>. Acesso em: 23 out. 2016.

PAIVA, Grazielle Albuquerque Moura. *A reforma do judiciário no Brasil: o processo político de tramitação da Emenda 45*. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade). Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2012. 154 p. Disponível em: <http://uece.br/politicasuece/dmdocuments/grazielle%20_de_albuquerque.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

ROSA FILHO, Cherubim. *A Justiça Militar da União através dos tempos: ontem, hoje e amanhã*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2016.

ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. *Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia*. Dados, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582004000400005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 out. 2016.

A MULHER MILITAR E SUA INTEGRAÇÃO NAS FORÇAS ARMADAS

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA
Ministra do Superior Tribunal Militar

A evolução histórica sobre a participação das mulheres nas Forças Armadas sofreu, no início da década de 70 do século XX, uma profunda transformação. Antecedida pela participação feminina na economia formal durante a Primeira e a Segunda Guerra Mundial⁴, pela adoção de um novo modelo de participação social e de políticas públicas, pela inserção feminina no mercado de trabalho e pela pressão democrática em favor de valores igualitários e equidade de gênero, restaram alterados os arquétipos militares.

Efetivamente, no âmbito dos Tratados e Acordos Internacionais inexistiam, desde então, dúvidas sobre a possibilidade do ingresso feminino em todas as funções militares, inclusive a de combate, tal como previsto na Carta das Nações Unidas de 1945, que proclama enfaticamente a igualação entre homens e mulheres; a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 – art. 21, parágrafo 2º,⁵ – e a Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres das Nações Unidas, datada de 1953, que, em observância à Declaração de 1948, dispõe enfaticamente no art. 3º que “as mulheres terão direito de assumir cargos públicos e de exercer as funções públicas em condições de igualdade com os homens, sem discriminação alguma”.

Para corroborá-las, os Protocolos Adicionais de junho de 1977 às Convenções de Genebra (1949) estatuem, nos artigos 43 e 44 do primeiro Protocolo, terem as mulheres acesso ao estatuto de combatente, podendo portar armas⁶.

Porém, para dar eficácia à normatividade externa, mister que as legislações nacionais a concretize. A questão dialoga, portanto, com as políticas públicas de gênero adotadas pelos Estados e não com critérios de expertise ou competência bélica, porquanto são as positivities domésticas que entrincheiram a mulher militar em postos secundários ou não; experiência que diferenciou

⁴ Uma descrição minuciosa sobre a mulher em combate no Primeiro e Segundo Conflitos Mundiais está em CAIRE, Raymond. *A Mulher Militar*. Das origens aos nossos dias. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 2002, pp. 55-151.

⁵ *Verbis*: “Todas as pessoas têm direito de acesso às condições de igualdade nas funções públicas de seu país”.

⁶ Consequentemente, em caso de captura com armas na mão, serão consideradas prisioneiras de guerra.

a Rússia⁷ dos Estados Unidos na II Grande Guerra, ou o Vietnã, que contou em sua luta com a participação feminina na missão do infante, desempenhada com maestria.

A abertura das Forças Armadas às mulheres deveu-se a uma conjunção de acontecimentos: a crise de recrutamento vivenciada pelos principais Exércitos do mundo; a supressão da conscrição obrigatória; a remuneração dos soldados sempre abaixo dos salários oferecidos pela iniciativa privada e pelos demais órgãos públicos de natureza civil, condicionantes que levaram a adoção do *open door* que, longe de ter sido desinteressado, nasceu da necessidade do aparelhamento de recursos humanos para salvaguardar a soberania dos Estados⁸.

Agreguem-se as inovações tecnológicas; a inversão da *ratio* entre funções de apoio e de combate; a fragmentação e a especialização ocupacional; o fim dos exércitos de massa; o alistamento voluntário; a profissionalização; a redução dos contingentes e a mutação das relações de forças no plano internacional a demandarem pessoas qualificadas para a defesa nacional.

Fato é que, desde a Revolução Francesa e as demais Revoluções nacionais do século XIX, o serviço militar funcionou como um relevante fator de inclusão na comunidade política, emergindo como marca de cidadania, e esta, como marca da democracia⁹.

Impedidas de participar da construção da estatalidade, às mulheres foram negados a conscrição e o sufrágio; “uma exclusão reveladora da forma assimétrica de como os homens adiantaram-se, historicamente, na obtenção do *status* de cidadão”, à semelhança do ocorrido com os afroamericanos durante os conflitos mundiais nos Estados Unidos¹⁰.

Aliás, este exemplo é frequentemente invocado em paralelo à exclusão da mulher, por retratar o embate dos negros nas Forças Armadas Norte-Americanas, segregados racialmente em unidades de combate comandada por brancos, ou mesmo impedidos de lutar¹¹.

⁷ No tocante à participação bélica das mulheres russas, pontua Raymond Caire que “a sabedoria de Lenin revelou-se no entendimento de que o êxito da Revolução passava pela emancipação das mulheres. Dessa maneira, ele evitou o obstáculo criado na Revolução Francesa, onde o antifeminismo marcante desviou as mulheres das idéias novas. [...]”. *Op. cit.* p. 55.

⁸ Mais, “a integração feminina aconteceu, em geral, em contextos de carência de efectivos, presente ou antecipada, pela necessidade de alargar a base social de recrutamento e ‘libertar’ os homens para a primeira linha. As mulheres constituíram uma reserva de força laboral que as Forças Armadas tiveram de mobilizar no sentido de enfrentar carências de pessoal qualificado no mercado de trabalho. Este foi especificamente o caso dos Estados Unidos, onde o fim da conscrição e a constituição de uma força exclusivamente voluntária suscitou preocupações relativamente à capacidade de atingir os objetivos de recrutamento. [...] Abrir as fileiras às mulheres representou, pois, um aumento dos recursos disponíveis, mas também a possibilidade de recrutar pessoal qualificado com menores custos. [...]”. CARREIRAS, Helena. *Mulheres em Armas*. A participação militar feminina na Europa do Sul. Lisboa: Edições Cosmos. Instituto da Defesa Nacional, 2002, p. 40.

⁹ CARREIRAS, Helena. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁰ *Id.*, p. 26.

¹¹ *Id.*, p. 27.

Hodiernamente, a despeito da crescente equalização estatutária entre militares dos dois sexos, acentuada pela intervenção externa de tribunais civis, nacionais ou supranacionais que impõem a não discriminação, certo é que, em quase todos os países nos quais as mulheres participam militarmente, é-lhes vedado o acesso a um conjunto de posições e especialidades. Tais restrições retratam as enormes desigualdades que confinam a presença feminina na caserna a uma condição simbólica em termos de poder e identidade, excluídas que são dos núcleos centrais que constituem a essência do espírito militar.

Nem sempre apreciadas e muitas vezes objeto de resistência explícita, a dinâmica sociológica que confronta as mulheres são “as políticas oficiais *versus* práticas informais; os discursos dominantes e identidades hegemônicas *versus*; discursos marginais e identidades dependentes”¹².

Confronta-as, outrossim, a ausência do olhar institucional acerca da diversidade que impõe o dualismo das polaridades nas relações de gênero. A seqüela explícita e potencializa as clivagens de poder, oportunidades e escolhas possíveis em desfavor do sexo feminino.

A instituição castrense, durante séculos, e ainda hoje, representa um referencial de masculinidade. “Nesse sentido, a cultura militar não só se estrutura em modelos cognitivos de gênero, como confere e define identidades sexuais”¹³.

“Tradicionalmente, o serviço militar, sobretudo na modalidade da conscrição obrigatória, funcionou e funciona como um rito de passagem para idade adulta dos homens e, também, como uma marca de diferenciação entre o masculino e o feminino. [...] A equação do homem-guerreiro é operacionalizada por meio de parâmetros físicos onde o ideal de virilidade assume enorme relevância.”¹⁴ O fato de a guerra ter contado quase que exclusivamente com homens é a evidência empírica dessa ligação. O mundo do soldado é caracterizado por estereótipos de masculinidade, projetados como medida de competência, armadura de luta e protótipo de heroísmo.¹⁵ Decorrentemente, a dificuldade de conciliação entre as pertencas definidoras dos papéis adequados entre seres humanos comprometem a integração feminina em todas as Forças Singulares.

Argumentos desqualificadores que articulam com aspectos anatômicos e psicológicos, dentre outros, têm sido comumente utilizados para acentuar falsas incapacidades, tais como: pouca força física, gravidez, emoção exacerbada, *et cetera*¹⁶.

¹² *Id.*, p. 14.

¹³ *Id.*, p. 35.

¹⁴ *Id.*, pp. 34-35.

¹⁵ *Id.*, p. 35.

¹⁶ “Quatro tipos de argumentos têm sido utilizados e confrontados em cada um dos polos do debate ‘direitos *versus* prontidão’. Um primeiro conjunto de argumentos relaciona-se com as características individuais das mulheres, os seus corpos e traços psicológicos, os quais supostamente as tornariam piores combatentes (força física, menstruação, gravidez, emocionalidade).

Nesse ponto, a coesão, comumente utilizada para reforçar a dinâmica da marginalização e a exclusão feminina a determinados postos e funções nas Forças Armadas, em especial, a de combatente, merece especial enfoque.

Inicialmente, cumpre definir seu conceito, para, *a posteriori*, trazer à balha as significativas alterações descritas ou medidas ao longo do tempo pelos cientistas sociais e comportamentais, bem como pelos investigadores militares.

Define-a John H. Jones como: “a argamassa que une os membros de uma unidade ou organização de modo a manter as suas vontades, o comprometimento de uns com os outros, a unidade e a missão”¹⁷.

Consigne-se não deixar clara a doutrina científica ser a coesão uma construção unitária. Sua dimensão abarca a coesão social e a coesão da missão.

A coesão social refere-se à natureza e à qualidade dos vínculos afetivos de amizade, simpatia e proximidade entre os membros do grupo. O grupo apresenta alta coesão social na medida em que seus componentes preferem usufruir o tempo social em conjunto, desfrutando a companhia um do outro¹⁸.

A coesão da missão centra-se no compromisso compartilhado entre os colegas de farda cujo desiderato é alcançar o objetivo que requer o esforço coletivo. A coesão da missão mostra-se elevada quando os integrantes que partilham a mesma meta encontram-se motivados para, coordenando esforços conjuntos, atingi-la¹⁹.

Recentes avaliações sobre a relação coesão-desempenho escrutinam a existência de uma fraca relação positiva entre ambos, destacando os elevados níveis de coordenação, a comunicação e o monitoramento como fatores decisivos para a melhor atuação em conjunto. Tais análises revelam, por oportuno, que é a coesão de missão a relacionada ao sucesso, e não a social.

Estudos realizados por Edward Shils e Morris Janowitz²⁰, em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial, analisaram o comportamento do soldado

dade, capacidade de operar sob *stress*, etc.). Em segundo lugar, surgem questões relacionadas com o efeito da presença feminina sobre a coesão e moral das unidades militares (efeito de processos de interação sobre desempenhos, impacto sobre a solidariedade masculina); em terceiro lugar, destacam-se argumentos concernentes à relação custo-eficácia (atrição, perda de tempo de serviço, custos de seleção de pessoal); e finalmente, são ainda frequentemente ventiladas as consequências da participação militar feminina em termos de valores sociais e culturais (preservação de ideias de gênero, opinião pública, percepção das forças militares por parte de aliados e potenciais adversários.” CARREIRAS, Helena. *Mulheres em Armas*, *Op. cit.*, p. 58.

¹⁷ JOHNS, John H. et al. *Cohesion in the U.S Military*: Defense Management Study Group on Military Cohesion. Washington: National Defense University Press. 1984. p. 4.

¹⁸ BARNES II, John L. *Don't Ask, Don't Tell: a costly and wasteful choice*. Tese de Mestrado. Monterey: California. Naval Postgraduate School. 2004. p. 14.

¹⁹ *Id.*, p. 14.

²⁰ *Id.*, p. 16.

alemão no conflito, concluindo que a solidariedade com os camaradas, e não a crença na causa, foi a motivação para a continuidade da luta, a despeito do indicativo da derrota. Samuel Stouffer chegou a idêntica conclusão avaliando os soldados americanos. Ocorre que, posteriormente reavaliados pela Ciência Social, ditas análises revelaram premissas inexatas. No caso dos soldados alemães, por exemplo, verificou-se que a taxa média de baixas no final da guerra era de 98%, razão pela qual havia reposições de homens continuamente, o que impediria um conhecimento mais aprofundado entre os novos camaradas. Porém, as unidades continuaram combatendo com a mesma determinação. Logo, foi a coesão da missão que propiciou o prolongamento da luta por bom tempo.

Robert MacCoun²¹, em artigo datado de 1993 e intitulado *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence*, ao sopesar a coesão e o desempenho de militares e civis, concluiu ser a coesão social que impulsiona, muitas vezes, o fraco desempenho do grupo. Ressaltou que, quando a coesão social é muito elevada, as consequências podem ser deletérias devido ao excesso de socialização ocasionando, inclusive a insubordinação e o motim.

MacCoun²², analisando a discriminação de outro grupo minoritário no seio das Forças Armadas – os homossexuais –, pontuou que o impacto da inclusão de gays poderia, até, reduzir a coesão social em algumas unidades, contudo, se lhe afigurou improvável o mesmo efeito sobre a coesão da missão. Sua pesquisa indica ser desnecessário nutrir simpatia por alguém para se trabalhar com ele, bem como para a prevalência do compartilhamento de compromissos e objetivos comuns. Na hipótese de redução da coesão social, provavelmente ela acarretará um grau de ostracismo do grupo minoritário; nunca, o colapso total da unidade. Ademais, as resistências de recusa à cooperação poderão ser desencorajadas diante do trabalho em equipe, de uma liderança eficaz, de normas, ordens e regulamentos militares, das opções disciplinares, das ameaças externas e do enfrentamento dos desafios. Dito de outra forma, vários fatores contribuem para a promoção da coesão e do incremento do desempenho, mesmo em face de hostilidades. A investigação que pode exemplarmente nortear as estigmatizações de gênero sugere que os líderes exercem papel importante na promoção e na manutenção da unidade, e tal fator, associado à normatividade legal e disciplinar, eleva a probabilidade do trabalho cooperativo. Por último, as ameaças externas reforçam tanto a coesão social quanto a da missão, vez que os membros do grupo se veem todos ameaçados, fazendo-se necessária a ação coletiva para eliminar o perigo.

²¹ *Id.*, p. 16.

²² MACCOUN, Robert. *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence*. In: *Sexual Orientation and U.S Military Personnel Policy: Options and Assessment*. Califórnia: RAND, 1993. p. 518.

Aliada a tais colocações, somem-se exigências outras colocadas pelas FFAA, designadamente a acentuada mobilidade geográfica; a separação periódica da família em virtude dos treinos, os exercícios ou embarques; a instabilidade de horários; a possível residência no estrangeiro ou mesmo o risco de ferimento e morte, a colidirem com as solicitações da vida familiar impostas às mulheres, a tornar, em tese, mais complexa e conflituosa a arbitragem entre os sexos.

Sem embargo, soluções equilibradas e realistas podem ser implementadas a exemplo do Exército Israelense que adotou “horários personalizados” para as mulheres casadas, contanto que o rendimento não seja afetado. O trabalho temporário e o de tempo parcial, igualmente, são respostas viáveis enquanto os filhos forem pequenos.

No tocante a participação feminina nas manobras e exercícios, poder-se-ia adaptá-las à capacidade física e à anatomia da mulher. Nos Estados Unidos foram estabelecidas categorias que levam em conta a idade, a força, o peso e a finalidade da presença feminina para aprimorar a integração.

Há mais. O direito à formação há de ser idêntico para ambos os sexos, sobretudo nas Escolas de Especialização e Academias Militares, de modo que as mulheres se preparem, tal qual os homens, e neutralizem as desvantagens históricas e os obstáculos a elas interpostos para o recrutamento superior; claro, sem olvidar as dificuldades enfrentadas pelas mães, as interrupções laborais devido a gestações e a educação dos filhos de menoridade.

Estágios de reciclagem periódicos ou de formação acelerada nos cursos da carreira contornariam o retardo oriundo das ausências forçadas. A partir do momento em que mulheres casadas e mães são mantidas nas Forças Armadas, é necessário que se encontrem soluções compatíveis com a sua situação.

Outro ponto concerne à equivalência de oportunidades, a traduzir-se na possibilidade de ascensão plena na carreira, dificuldades reais e cotidianas com as quais se defrontam as mulheres militares. Ora, a designação ao posto e a promoção hão de ser norteadas pela competência, e não pelo sexo. E aqui se inclui poderem ser elas designadas para o combate.

A evolução das técnicas de guerra, suas formas tecnológicas ou revolucionárias, o terrorismo em todas as suas versões, dentre outros flagelos que assolam a humanidade, impõem a participação de homens e mulheres no esforço conjunto da Nação. Se as mulheres forem excluídas, *a priori*, do combate, isso significa o desaparecimento de um soldado virtual para cada posto por elas ocupado. A questão deve centrar-se, pois, na aptidão e capacidade. Impreciso e errôneo supor que as operações militares funcionam hoje com base nos modelos atávicos de luta. Atualmente, a gestão da violência legítima conta com técnicas burocrático-rationais de organização, e não com “rambos”.

Assim, a inversão da lógica casuísta que norteia o delineamento da integração militar feminina nas FFAA apontam para cinco vetores políticos fundamentais; como pontua com propriedade Helena Carreiras.

O primeiro: “a liderança. A qualidade da liderança tem sido considerada um dos fatores mais importantes para a coesão das unidades militares em circunstâncias de mudança na sua composição social. No caso da diversidade de gênero, vários são os Estados que promovem formação específica ou em módulos integrados nos cursos já existentes para todos aqueles que ocupam posição de comando. Nessa seara, o Canadá constitui um dos mais expressivos modelos. Está em causa a preparação dos futuros líderes para gerir a alteridade e a diferença, razão pela qual se deve dotá-los dos conhecimentos necessários para induzir mudanças de atitudes, comportamentos e mentalidades no interior da corporação”²³.

O segundo vetor diz respeito aos equipamentos e processos de trabalho. “O ajustamento dos equipamentos aos seus novos utilizadores – as mulheres –, a adaptação ergonômica do armamento e material bélico, bem assim a reorganização de processos de trabalho é uma medida surpreendentemente simples, mormente, quando se pode lançar mão de experiências bem sucedidas como a da Holanda, que promoveu um programa dos mais eficientes na adaptação das mulheres a um conjunto alargado de tarefas militares”²⁴.

O terceiro ponto, de extremo relevo, é a conciliação entre a família e a profissão, uma vez que ambas as instituições demandam extrema dedicação, disponibilidade e lealdade. Ora, não se pode condenar a mulher militar à infertilidade e ao celibato, para que ela galgue postos e patentes, daí porque as Forças Armadas não podem ignorar a peculiar condição feminina. O desenvolvimento de políticas específicas como o apoio familiar expandido à infância dos filhos, o respeito à maternidade, a gestão articulada de colocações no caso de cônjuges militares favorecem o abrandamento dessa tensão tradicional que, de resto, angustia todas as mães inseridas no mercado de trabalho²⁵.

O quarto fator refere-se à convivência e às relações intersexo. Muitas condutas designadas como impróprias e crimes como o assédio sexual e as violações representam problemas concretos, como ocorre atualmente nos Estados Unidos da América, onde 90% dos processos nos tribunais militares referem-se ao último e terrível agravo, perpetrado contra homens e mulheres majoritariamente.²⁶ Além da punição judicial rigorosa, bastante óbvia, faria sentido, dada a ausência de canais institucionalizados, que se criassem meios de comunicação,

²³ CARREIRAS, Helena. Op. cit, p. 173.

²⁴ *Id.*, p. 173.

²⁵ *Id.*, p. 173.

²⁶ Os terríveis acontecimentos registrados nos Estados Unidos como o “escândalo de Tailhook”, que retrataram a violação coletiva de mulheres da Marinha Americana pelos seus colegas durante uma convenção naval em Las Vegas em 1991, crimes repetidos em um treinamento do Exército em Aberdeen, descortinam como o processo de integração claudica em um Estado que registrava, à época dos fatos, mais de três décadas do ingresso feminino nas Forças Armadas.

com a garantia de confidencialidade, onde as vítimas ameaçadas e discriminadas fizessem chegar aos comandos tais abusos para se tentar evitá-los²⁷.

A quinta e última ponderação acena para programas de monitorização e acompanhamento de práticas de recrutamento para a colocação e progressão da mulher na carreira das Armas. O objetivo seria avaliar determinantes como o estímulo e a permanência feminina nos quartéis, com vistas a garantir a equidade e o respeito a diferença, consagrados, literal e principiologicamente, em todas as Constituições liberais dos Estados Democráticos²⁸.

Indiscutivelmente o soldado moderno não é mais um mero aplicador da violência, seu papel transmutou-se diante do novo conceito de guerra. A cultura militar não mais pode ignorar a existência de segmentos diferenciados marcados por formas de pertencimento e de adstrição de identidade legítimas e revestidas de caráter de fundamentalidade. As mulheres não minam a disciplina, a coesão e o moral da tropa, ao revés, trabalham eficiente e eficazmente em conjunto²⁹.

Por isso, necessária a adoção de medidas proativas. As ações positivas ou afirmativas, princípio constitucional da isonomia, refletem a mudança de

²⁷ CARREIRAS, Helena. Op. cit, p. 173.

²⁸ *Id.*, p. 173.

²⁹ A propósito, pondera Maria Celina D'Araújo:

"(...) No que toca às relações de gênero, acompanhando o que já se verifica em vários países do hemisfério Norte, leis de pederastia e sodomia passam a ser questionadas, a união civil entre homossexuais entra na agenda política e as constituições começam a afirmar a igualdade de direitos entre os sexos.

A incorporação de mulheres e homossexuais às Forças Armadas só pode ser devidamente considerada quando as sociedades estabelecem para si que liberdade de escolha e direitos iguais para todos são parte inviolável da soberania individual, ou seja, quando os princípios de igualdade e democracia se tornarem a gramática da política. (...)

Vários países já adotaram a incorporação de mulheres e homossexuais às Forças Armadas. Essa incorporação corresponde, na pós-modernidade, ao processo de democratização das sociedades e à expansão dos direitos de igualdade entre etnias, crenças, sexos e gêneros. As Forças Armadas não são instituições isoladas da sociedade e estão intrinsecamente conectadas ao processo social e ao projeto que cada sociedade estabelece para si em termos de defesa e de construção de direitos de cidadania e de soberania. A partir disso, pode-se sustentar que tal incorporação é fato importante na definição das relações civis-militares. Isto porque, em princípio, se um país estabelece o alinhamento das Forças Armadas ao poder civil democrático, as Forças Armadas devem expressar o perfil da sociedade à qual servem e obedecem.

Estas mudanças não significam, no entanto, transformações substantivas nos critérios de ação interna e de organização da instituição militar. Os princípios que tradicionalmente regem as Forças Armadas são basicamente os da disciplina e da hierarquia. E, ao que tudo indica, assim continuará sendo na pós-modernidade.

(...) pesquisas igualmente rigorosas para aferir o impacto da incorporação de mulheres, gays e lésbicas já vêm sendo desenvolvidas na Europa e nos Estados Unidos. Os resultados são surpreendentes e em geral mostram que a integração tem se dado sem qualquer aspecto negativo para o conjunto das Forças Armadas, não interfere em assuntos de defesa e ameniza o assédio sexual a mulheres e homens. (...)

Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas Brasileiras. In: *Painel - Women in the Armed Forces I*. Research and Education in Defense and Security Studies. Chile: 2003.

postura do Poder Público que, em nome de uma suposta neutralidade aplicava suas políticas públicas indistintamente, ignorando a importância de fatores como gênero, etnia e orientação sexual para citar alguns exemplos. Ao invés de concebê-las genericamente, levam em conta as especificidades das minorias, a fim de evitar que a discriminação e o alijamento, que inegavelmente têm um fundo histórico e cultural e não raro se subtraem do enquadramento das categorias jurídicas clássicas, findem por perpetuar as iniquidades sociais.

A intervenção estatal, em contraposição ao absentéismo, reveste-se de função pedagógica porque não só coíbe a hierarquização entre indivíduos e promove a equalização das oportunidades, como serve de modelo ao setor privado para que adote iniciativas semelhantes. Longe de refletir um caráter assistencialista, reflete um ideário cívico que propõe romper estigmatizações odiosas, caracterizando-se como uma conquista civilizatória.

A diversidade de perfis humanos na carreira das Armas é proveitosa e enriquecedora porque, se por um lado altera comportamentos tradicionais e coloca novos desafios à formação do “soldado profissional”, por outro, preserva o *ethos* da instituição castrense, cuja missão cívica e institucional é moldar seres humanos e prepará-los para defender a Pátria. E aí reside a grandeza histórica do ingresso das mulheres nas fileiras das Forças Armadas, porque simboliza o reconhecimento de que a defesa da Pátria é dever de todos os cidadãos.

Por certo, grupos socialmente homogêneos não são mais eficientes do que grupos heterogêneos, segundo noticiam análises teóricas e estatísticas. A discriminação, sim, é perniciosa e disfuncional para a estabilidade do contingente e para a realização de tarefas coletivas, minando, por conseguinte, a coesão, a eficiência e o desempenho da missão.

Do ponto de vista da definição de políticas de comando, “gerir a diversidade”, mais do que assegurar a homogeneidade, constitui o grande desafio posto aos comandantes das Forças na gestão de pessoal nesta contemporaneidade.

A INTEGRAÇÃO DA MULHER NAS FORÇAS ARMADAS BRASILEIRAS

Em sintético retrocesso histórico, quando o Brasil declarou guerra aos países do Eixo em 1942, fez-se necessário organizar a Força Expedicionária Brasileira, conhecida como FEB, para lutar nos campos de batalha. Naquela época, as Forças Armadas sequer contavam com enfermeiras em seus quadros, sendo elas urgentemente recrutadas e tendo recebido treinamento militar para que pudessem acompanhar as tropas.

Sessenta e sete mulheres partiram em julho de 1944 com destino aos Estados Unidos, antes de seguirem em direção à Itália. Lá chegando, em outubro de 1944, retornaram ao Brasil em julho de 1945, quando o grupo foi desmobilizado.

Somente após a guerra foram elas consideradas como integrantes da FEB, passando a adquirir os direitos deferidos aos combatentes.

A Marinha foi a primeira Força a incorporar mulheres em seus contingentes, especificamente, no Corpo Auxiliar Feminino, no início dos anos 80. Porém, o fez de forma restrita, limitando o seu acesso às funções administrativas, sem deslocá-las para o combate ou autorizá-las a cursarem a Escola Naval, ainda hoje vedado. Suas primeiras integrantes ingressaram sob o pálio da Lei nº 4.375/64, que regulava o Serviço Militar. Em 1998, a Marinha promoveria uma reestruturação de seus quadros e extinguiria o Corpo Auxiliar Feminino, reintegrando seus membros de acordo com a especialidade nos diversos corpos. Sem dúvida uma vitória!

Foi a Força Naval, por igual, a primeira a promover ao cargo de oficial-general uma Contra-Almirante – médica do Corpo de Saúde – em novembro de 2012. O quadro a que ela pertence, contudo, não lhe possibilita a ascensão à patente de Almirante de Esquadra, a mais elevada, de modo que não será possível a ela ou a qualquer outra oficial do sexo feminino ascender à General de quatro estrelas.

A Aeronáutica, por seu turno, admitiu o ingresso feminino em 1982 e, desde 2004, a Academia da Força Aérea passou a oferecer às mulheres o curso de aviação. Na Aeronáutica, sim, a oficial do sexo feminino poderá ser promovida à patente de Tenente Brigadeiro do Ar; a saber, ao último posto do generalato.

Por último, o Exército criou o Quadro Complementar de Oficiais em 1990. Diferentemente da Marinha e da Aeronáutica, onde o corpo feminino concentrava-se num quadro à parte, o complementar do Exército era composto por homens e mulheres, com a finalidade de suprir as necessidades da Organização.

No ano de 1992, a Escola de Administração do Exército formou a primeira turma de 49 mulheres oficiais. Em 1997, o Instituto Militar de Engenharia matriculou as primeiras 10 mulheres, que seriam incluídas no Quadro de Engenheiros Militares. No mesmo ano, a Escola de Saúde do Exército matriculou e formou a primeira turma de oficiais médicas, dentistas, farmacêuticas e enfermeiras de nível superior. E, em 2001, foi permitida a inscrição de mulheres no concurso para preenchimento de vagas no curso de Sargento de Saúde, que passou a funcionar no ano seguinte. Nenhum desses cargos, contudo, possibilita-lhes a ascensão à patente de General de Exército, posto máximo da Força.

Felizmente, o cenário mudará em breve. Isso porque a Lei nº 12.705, de 2012, determinou o ingresso na linha militar bélica de ensino às candidatas do sexo feminino, viabilizado neste ano de 2017. A norma promoverá a alteração da atual condição da mulher no Exército. A razão é que as cadetes oriundas da Academia Militar das Agulhas Negras poderão ingressar nas Armas outrora a elas restrito e, conseqüentemente, disputar o último posto e patente da Arma, em igualdade de condições com os homens.

Incontestável a incorporação feminina nas Forças Armadas espelhar a equidade de gênero, que resulta na ampliação dos direitos civis e políticos na sociedade brasileira pós-moderna.

Daí, a relevância das políticas afirmativas adotadas pela Governança, sabido que a humanidade ainda vive confinada em lugares preestabelecidos na hierarquia social dos seres sexuados. E neste entrelaçamento do mundo natural com o mundo social, muitas vezes injusto e desigual, as mulheres apercebem-se daquilo que carecem e do que gostariam de ser.

A história do feminismo possibilita reflexões sobre a construção coletiva da identidade da mulher apartada da cultura sexista e patriarcal, possibilitando os humanos a imergirem em novas percepções sociais mais justas, legítimas e equânimes³⁰.

³⁰ A historicidade do ideário de libertação feminista latino americana centrou-se na luta contra a subalternidade de gênero que permeou a década de 70 e o movimento social em construção dos anos 80, dando origem a uma nova ordem bissexuada e a uma interlocução das mulheres com os Estados e os organismos regionais e internacionais. GARGALLO, Francesca. *El Feminismo Múltiple: Prácticas e ideas feministas en América Latina*. In: *Perfiles del feminismo iberoamericano*. Buenos Aires: Catálogo, 2002, p. 103.

Definido pelas filósofas mexicanas Eli Bartra e Adriana Valdés, “o feminismo é a luta consciente e organizada das mulheres contra o sistema opressor e explorador, ele subverte todas as esferas possíveis, públicas e privadas, deste sistema que não é somente classista, mas também sexista, racista, que explora e oprime de múltiplas maneiras todos os grupos fora das esferas de poder.” *A Natureza Feminina*. In: *Terceiro Colóquio Nacional de Filosofia*. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 1985, p. 129.

Na Ibero-América, o movimento marcou formas de socialização diferenciadas e novos pactos culturais entre as mulheres, sem embargo da distinção existente entre a militância e a Academia.

Desde os seus primórdios, “o feminismo latino americano preocupou-se em definir limites indefiníveis: eram feministas as mulheres de organizações que se reuniam a margem do movimento popular urbano, dos sindicatos e das associações campesinas? Acusações mútuas foram lançadas por mulheres contra as mulheres que se negaram a considerar feministas aquelas que se organizaram em torno de valores familiares, a exemplo das mães dos desaparecidos políticos, ou daquelas que as consideraram parte de um movimento de mulheres que prejudicavam a radicalidade feminina.” GARGALLO, Francesca. *Op. cit.*, p. 103.

Fato é que o feminismo latino deve ser compreendido como um projeto político das mulheres e como movimento social, afinal não é por mero acaso certa fidelidade do movimento ao pensamento marxista sobre as classes sociais, para contextualizar o conflito das mulheres. A ideia de justiça social recorreu tanto à hermenêutica do direito quanto à afirmação de um modo de pensar e de pensar-se partindo da moral sexo-social. Estava-se diante de uma indignação que atribuía à hegemonia masculina a dominação sobre as forças físicas, econômicas e intelectuais no todo social. *Id.* p. 107.

A *práxis* foi, portanto, uma alavanca, ao lado da teorização, pois, como definia Julieta Kirwood em 1987: “el feminismo es tanto el desarrollo de su teoría, como su práctica y deben interrelacionarse. Es imposible concebir un cuerpo de conocimientos que sea estrictamente no-práctico. El feminismo es, entonces, un conjunto de conocimientos (o intentos) de y desde las mujeres y comprometido con estas, junto con ser un cuerpo de entendimientos es acción transformadora del mundo.” *Feminarios*. Santiago de Chile: *Documentas*, 1987, p. 108. A evolução das ideias feministas está ligada ao pensamento de suas autoras, mulheres que caminharam em revoluções, movimentos nacionalistas, ditaduras e formas de governo exclu-

dentes validadas por eleições que mantiveram a preponderância masculina. Neste contexto, o arcabouço teórico preservou sua autonomia em relação às ideologias partidárias, passando ao largo do próprio Estado. Imprescindível observar que os conceitos e categorias feministas europeias e norte-americanas influenciaram o pensamento latino. A militância no continente transitou e transita no sentido de uma luta emancipatória, seja pela afirmação da essencial diferença positiva das mulheres em relação ao mundo dos homens, seja pela teoria dos gêneros. GARGALLO, Francesca. *Op. cit.*, pp. 109-110.

Conforme pontuou Francesca Gargallo, o feminismo latino americano edificou-se nas i) manifestações na Colômbia, em 1912, a favor dos direitos civis da mulher casada; ii) na demanda judicial, no Equador, em 1928, pela extensão dos direitos políticos; iii) na formação no Brasil, em 1880, das associações de mulheres abolicionistas, responsável pela publicação de um periódico francamente feminista, *A Família*, que propunha uma reforma, inclusive, na indumentária feminina; e ii) no Chile dos anos 60, com a luta das mulheres contra as distintas formas de opressão jurídica, econômica e política, enfatizando-se o surgimento, em 1952, da União das Mulheres do Chile e da eleição, em 1953, de Maria de la Cruz como deputada por Concepción, com 51% dos votos pelo Partido Feminino Chileno, dentre outros exemplos que poderiam ser elencados. *Op. cit.*, pp. 103-129.

Eram movimentos que reivindicavam transformações sociais e políticas tendentes a reverter a opressão e a exploração das mulheres, fundados no pressuposto da igualdade de direitos e num nacionalismo que evocava personagens de culturas pré-hispânicas, quer da época colonial, quer da luta pela independência, como paradigmas para valorização da figura feminina.

Os anos 70 marcaram a construção da mulher e a busca de valores humanísticos, o abandono das táticas explicativas e o fomento do reencontro das mulheres como sujeitos, senão de sua história, ao menos de sua rebelião e de seu processo de liberação.

“Desta forma, no México grupos de feministas de autonomia radical, assim como feministas incapazes de romper com a militância de esquerda, junto a feministas ligadas à academia, reuniram-se para discutir a politização da sexualidade e suas categorias conceituais. No Chile, a vitória eleitoral do projeto socialista de Allende e o posterior golpe de Estado alijaram as mulheres de uma cultura especificamente feminina.” Contudo, “a participação de numerosas mulheres na Unidade Popular e, depois em 1973, na resistência do governo militar, levou as feministas chilenas a postularem a condição da mulher como um novo sujeito social. [...] Entre 1973 e 1976, organizações de mulheres protagonizaram um movimento de defesa da vida, de denúncia à repressão e de sobrevivência física e moral.

No Brasil, onde conviviam feministas liberais, de militância esquerdista, grupos populares de mulheres ligadas aos setores progressistas da Igreja Católica e grupos de feministas radicais, urbanas e cultas, foram deflagradas discussões partindo de uma fronteira absoluta entre a identidade política feminista e as práticas das mulheres não feministas.

Na Argentina, a participação das mulheres na guerrilha impossibilitou o surgimento de um feminismo autorreflexivo, posto ter a militância desqualificado o debate acerca da liberação sexual como uma luta pequena burguesa, profundamente antirrevolucionária. Não obstante, a violência das torturas de natureza sexual durante a ditadura argentina contra as mulheres, levaram-nas a romper com a ideia de igualdade de gêneros na luta armada, obrigando-as a enfrentar a especificidade de sua condição na sociedade.

Na Nicarágua, a presença de 31% de mulheres nas fileiras do Exército Sandinista de Libertação Nacional igualmente dificultou a existência de outras formas de encontro, contudo após a vitória sandinista sobre o regime de Somoza, o histórico revolucionário lhes ofereceu uma rica experiência de política emancipativa.

No Peru, Costa Rica, Colômbia e Venezuela, apesar do enfrentamento de diversas situações políticas e econômicas, o feminismo radical se expressou por meio de grupos, uma vez que importantes segmentos de mulheres se reuniram para discutir as problemáticas de seus países e manifestar solidariedade às lutas femininas nos Estados em guerra ou sob o jugo de governos militares.” GARGALLO, Francesca. *Op. cit.*, p. 116-117. Tradução livre.

Tal como explanado, a História das Mulheres na Ibero-américa transformou a História social em sua generalidade, num percurso particularíssimo e sinuoso de construção de identidades.

CONCLUSÃO

A misoginia e o sexismo no interior das Forças Armadas esbatem-se nos direitos civis e nas garantias individuais. Afastar ou limitar o acesso à ascensão profissional em virtude do sexo é promover a desigualação, quando é dever do Estado coibi-la. Tal postura resulta no agravamento de uma pretensa superposição natural e social entre os indivíduos, oriunda de injustificado preconceito.

Diversas são as formas de manifestação do preconceito coletivo consoante lição de Norberto Bobbio; ele se define como a discriminação de um grupo perante outros que, na maioria das vezes, constitui uma minoria. Sua exteriorização dá-se de maneiras diversas. Há o preconceito racial, o religioso, o cultural, o social, o de gênero, etc.³¹ Os efeitos são nefastos, pois além dos sujeitos sociais estigmatizados serem afastados da fruição de determinados direitos, a marginalização dá azo ao isolamento físico, obstaculizando sua completa integração na comunidade³².

A principal consequência do preconceito de grupo é a discriminação. A etimologia do vocábulo remonta à campanha racial do nazifascismo frente aos judeus, ciganos, homossexuais e minorias étnicas. A discriminação é mais forte do que a mera constatação da diferença por ser utilizada de maneira pejorativa e fundamentar-se em critérios moral e juridicamente ilegítimos, normalmente relacionados à ideia de superioridade entre os homens, ideias que ensejaram o surgimento e a manutenção da escravidão e do holocausto.

“Está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber tratamento isonômico e não o obtém, porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus (...).”³³ Nessa hipótese, viola-se diretamente a dignidade humana, vez negar-se fidedigno direito sob a alegação do grupo ou pessoa não serem merecedores; pior, por não se lhes reconhecerem, sequer, dita subjetividade. A discriminação começa quando os homens não se limitam apenas a

A respeito pondera María Julia Palacios: não fosse a História das Mulheres “de que outra maneira se entenderiam expressões como [...], superação da visão androcêntrica; explicitação dos mecanismos de reprodução do patriarcado; experiência coletiva das mulheres; questionamento de uma historiografia que desconhece a centralidade dos sujeitos nos processos históricos; negação do caráter fixo e permanente da oposição binária; historicização da diferença sexual; representação dos gêneros na sociedade; articulação das regras de relações sociais e constituição de significados da experiência; estudo da vida feminina integrada com demais temas históricos como o poder das ideias ou forças que governam as mudanças culturais e a elaboração de esquemas interpretativos que deem conta da complexidade das relações entre os sexos, das modificações do *status* das mulheres, dos avanços e retrocessos da História.” *Una Mirada Crítica sobre la Historia de las Mujeres*. In: *Perfiles del Feminismo Iberoamericano*. Op. cit, pp. 300-301. Tradução livre.

³¹ Nestes termos, o sexismo exterioriza-se em relação às mulheres, o antissemitismo perante os judeus e a homofobia em face dos homossexuais, o racial frente aos grupos étnicos, etc.

³² *Elogio à serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 114.

³³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 110-111.

constatar a diferença, mas a acrescentar valores que afirmem sua superioridade em relação ao outro. Neste sentido, indaga Bobbio: “Inferior em relação a quê? Para dizer que um ser é superior a outros deve haver algum critério de valor. De onde deriva esse critério?”³⁴ Nessa perspectiva, sob qual paradigma se funda o paradoxo da primazia do androcentrismo a ensejar a sua superiorização? Por que militares mulheres são soldados menos valorosos e sua presença na tropa representaria risco a coesão?

Ora, a tríade liberal fundada nos ideais da **liberdade, igualdade e fraternidade** rendeu ensejo às novas inspirações como **liberdade, diversidade e tolerância**, ideais que informam as virtudes cívicas neste início de século. O princípio da fraternidade, pilar do liberalismo clássico, é concebido não como prática pastoral, mas como quintessência do Humanismo, por excluir o confinamento do indivíduo e despertar nas relações humanas a sensibilidade de **todos para com cada um**. De igual modo, a tolerância sobreleva-se como atitude de respeito, porquanto, onde reina a tolerância, a diferença não mais é estranha ou ameaçadora.

Indiscutivelmente, toda a forma de hegemonia, incluindo a do padrão androcêntrico, vem sendo paulatinamente desconstruída para dar espaço às identidades coletivas e seus modos de ser e de viver, numa fusão de horizontes que une, fragmentando. A modernidade e a contemporaneidade argumentam tanto com o direito das minorias, quanto com o direito à liberdade de desenvolvimento da personalidade humana, buscando a interação entre o eu e a sociedade, num diálogo permanente. Está-se diante de um imperativo axiológico que não se rende ao banalismo do politicamente correto, ao contrário, normatiza conquistas civilizatórias que manejam diretamente com os princípios supremos da Democracia.

Neste diapasão, manifestações que incitam à discriminação em relação a determinados segmentos, na maior parte as minorias, devem ser coibidas pelo aparelho estatal, em especial pela Magistratura, a quem cabe salvaguardar a dignidade e a preservação da diferença em prol do bem comum, posto ser o Poder Judiciário, ao fim e ao cabo, o guardião da racionalidade como critério.

Foucault, em obra clássica, **Vigiar e Punir**, descreve as metamorfoses que ocorreram nos últimos séculos nas formas de castigo e dominação das pessoas, abordando um processo que vai do controle e da disciplinarização em espaços fechados até à atualidade, ao comportamento e às ações em espaços abertos. Ao discorrer sobre as artimanhas da liberdade, afirma que “onde há poder, há resistência, e as resistências ao poder, muitas vezes, têm força irresistível.” A liberdade, por sua condição ontológica, é insubmissa: diz sempre não às forças que procuram controlá-la. E o faz em condições fora do terror e do constrangimento, o faz por meio de um afrontamento contínuo. O que está em jogo é a questão das identidades, do sentimento de pertencimento, afinal, é

³⁴ *Elogio à serenidade e outros escritos morais. Op. cit, p. 115.*

impossível ao indivíduo renunciar às características que compõem a sua personalidade. As lutas de resistência em torno do estatuto da individuação almejam o encontro do “eu” no mundo.

Tal como colocado, o preconceito e a discriminação provocam a dissolução do sujeito em seu sentido individual e coletivo e aniquilam as mais caras conquistas civilizatórias.

A leitura que os pensadores psicanalíticos como Lacan e Freud fazem da identidade é que ela se forma ao longo do tempo, por processos inconscientes. Ela permanece incompleta, sempre sendo construída, e surge não tanto da plenitude da identidade que já está dentro de cada qual enquanto indivíduo, mas de uma falha de inteireza que “é preenchida” a partir do exterior, pelas formas como o indivíduo imagina ser visto pelos outros. Psicanaliticamente, há uma perene busca pela “identidade” e pela construção da autobiografia. Platão sugeriu, em um de seus diálogos, a ideia do “cuidado do si”, mas como cuidar de si e “tornar-te o que tu és” sem subordinar a diferença à identidade? Sem espaços de liberdade que permitam a construção do Homem enquanto Pessoa?

Winnicott enfatiza que “quando se fala de um homem, fala-se dele justamente como a soma de suas experiências culturais. O todo forma uma unidade”. A todo ser humano deve-se assegurar o direito a uma vida digna de ser vivida. Ao Estado e às suas leis compete sustentá-lo de forma a fiançar-lhe a garantia de estar inserido em um lugar de pertencimento, resguardando, acima de tudo, a sua credulidade no Contrato Social³⁵.

Segundo Maria Vitória Mamede Maia, “a constituição do ser humano passa por fatores básicos, quais sejam; fidedignidade, ritmo, confiança e credulidade, fatores esses denominados de ciclo benigno. Explicando melhor, podemos afirmar que o ser humano se distingue do animal não somente pelo atributo da racionalidade, mas, e principalmente, por poder, diante de um ambiente facilitador, se desenvolver como um ser psíquico. Para que não nos tornemos seres embrutecidos e reativos, temos de ter vivido uma constância ambiental de cuidados que acaba por ficar marcada sensivelmente como credulidade e segurança.

O que é ser crédulo? O que é sentir-se seguro? Longe de qualquer menção religiosa, ser crédulo significa acreditar, sendo essa crença um sentimento vital para que o Homem possa ser um sujeito afetado pelo outro, possa pensar-se em segurança, possa pensar-se no lugar do outro e não somente reagir às situações a partir de um egocentrismo exagerado. O senso de crença é o principal do nosso desenvolvimento, seguido pelo de segurança. Se o perdermos, poderemos passar a reagir ao invés de agir operatoricamente no mundo. Porém o sentimento de fidedignidade a traduzir-se na ideia de que o ambiente nos sustenta, nos acolhe e protege; o sentimento de continuidade, que advém do ritmo dos cuidados que temos ao longo de nossa vida e o sentimento de

³⁵ WINNICOTT, D. W. *Conversando com os pais*. São Paulo: Martins Fontes, 1975. p. 137-152.

confiança, a saber: o mundo não me persegue, não me ignora, não me discrimina, ao contrário, considera-me digno, considera-me nos meus movimentos de inclusão, dependem, principalmente, do fato de que as leis, primeiro as da família, depois as da escola e, por último, as do próprio Estado sirvam a todos indiscriminadamente”³⁶.

Ora, a credulidade do *homo sapiens* advém da confiança no aparato normativo estatal. Se o Pacto não abarca a todos indistintamente, está-se diante da exceção; mais grave, da anomia, que implica a ruptura da lei social, da lei edípica, da lei do Pai, representado em instância última pelo próprio Estado, na expressão de Hélio Pellegrino.³⁷ A descontinuidade do senso de segurança, já que a norma fundante da sociedade não mais representa algo constante, e sim algo composto de interpretações várias, descortina o colapso do Contrato Social entre os indivíduos.

Boaventura Sousa Santos sintetiza de maneira especialmente oportuna a exigência de cumprimento dos princípios fundamentais dos direitos humanos em sua pluralidade e diversidade: “temos direito a reivindicar a igualdade sempre que a diferença nos inferioriza e temos direito de reivindicar a diferença sempre que a igualdade nos descaracteriza.”³⁸ Em última análise, os direitos humanos representam o “direito a ter direitos humanos”³⁹ e constroem-se com base na concepção apriorística de que o Homem, antes mesmo de possuir capacidade e condições adequadas para exercê-los, os detém de forma inalienável e universal.

A questão não é opor a igualdade à diferença, mas à desigualdade, e rechaçar a instituição de um *apartheid* social que obstrui a interação entre pessoas pertencentes a universos distintos. Pressuposto para a construção de uma sociedade pluralista, o diálogo com o outro possibilita a concórdia nos confrontos entre os diferentes grupos sociais e culturais. Assim, inadmissível a hierarquização entre humanos ou o seu confinamento em guetos. A mulher não pode ser “eliminada”, mesmo no âmbito simbólico, ao ver rechaçado seu direito cívico de integração plena nas Forças Armadas. Paralelamente, não pode o Direito ser convertido em instrumento de opções segregadoras.

Sua exclusão ou obstrução de determinados postos e patentes do Exército, Marinha e Aeronáutica não tem apenas o condão de estigmatizá-las, desafia o próprio conceito de cidadania ao impedi-la de integrar ou ascender em Instituição Pública de acesso meritório – concurso público de provas e títulos –,

³⁶ *Rios Sem Discursos*. Reflexões sobre a agressividade da infância na contemporaneidade. São Paulo: Vetor, 2007. pp. 48 et seq.

³⁷ PELLEGRINO, Hélio. *Pacto edípico e pacto social*. Py, Luiz Alberto et alli. Grupo sobre Grupo. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, 206 p, p. 195-205.

³⁸ *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 48 (1997), pp. 11-32.

³⁹ A expressão pertence a Norberto Bobbio.

destinada a salvaguarda da Pátria e dos poderes constitucionais, em razão de sua condição de gênero. Usurpação odiosa, inadmissível nos Estados Democráticos, tem o condão de negar à mulher o seu *status civitatis*, erigindo-a à cidadã de segunda categoria. Na historiografia brasileira assemelha-se à subtração do seu direito ao sufrágio, que perdurou durante todo o Império e a República Velha e, até mesmo, à escravatura, quando os negros, inferiorizados, eram considerados *res*.

O foco é a dignidade do Homem concebida como princípio, valor e norma, cerne das garantias fundamentais e meio pelo qual são asseguradas as múltiplas dimensões da vida. Qualidade intrínseca do indivíduo, ela transcende a normatividade, porque dignidade é acima de tudo valor, valor da pessoa humana.

Diante desta tripla dimensão – normativa, principiológica e valorativa – sustenta a doutrina germânica que “a norma consagradora da dignidade da pessoa revela uma diferença estrutural em relação às normas de direitos fundamentais, justamente pelo fato de não admitir uma ponderação no sentido de uma colisão entre princípios, já que a ponderação acaba sendo remetida à esfera da definição do conteúdo da dignidade”⁴⁰.

Sobre o tema, impossível não exaltar Paulo Bonavides quando discorre acerca da dignidade: “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser máxima. Se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”⁴¹.

Bidart Campos, ao versar sobre a universalidade dos Direitos Humanos, remete-os a uma trindade obrigacional para a efetividade de sua prestação; vg: a omissão de condutas violadoras ou impeditivas do direito que titulariza o sujeito ativo, o cumprimento de prestação positiva de dar e o cumprimento de prestação positiva de fazer em favor da implementação do direito de seu detentor. Inescusável ao Poder Público, como *facultas exigendi*, garantir tratamento isonômico aos indivíduos, livrando grupos minoritários de preconceitos segregacionistas. Trata-se de dever irrenunciável de proteção, oponível aos particulares ou aos agentes estatais em hipóteses de vulneração⁴².

Conforme adverte Jellinek, em obra clássica, “chamado a desenvolver determinadas tarefas, o Estado aparece igualmente limitado na sua capacidade de agir, por efeito do dever moral que lhe incumbe de reconhecer a personali-

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 73.

A crítica de T. Geddert-Steinacher à Alexy consiste, precisamente, no fato de que, para o primeiro, Alexy acabou embasando sua tese em decisões que não representam a tendência dominante no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, além de argumentar não ser a dignidade uma norma de direito fundamental, mas, sim, princípio.

⁴¹ *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 233.

⁴² BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989. pp. 11-13.

dade dos súbditos; e a isso fica juridicamente obrigado por força do seu próprio ordenamento (...). A relação entre o Estado e cada pessoa faz-se, assim, de tal sorte que um e outro surgem como duas grandezas que se implicam reciprocamente. Com o desenvolvimento da personalidade individual diminui a extensão do *status* passivo e com isso o campo de autoridade do Estado. A história política moderna tem por conteúdo o constante desenvolvimento da personalidade individual e da limitação do poder.”⁴³ Desta forma, a *majestas* é um poder limitado pela positividade vigente que estabelece a prática de ações negativas e afirmativas a vincularem a estatalidade. Neste universo, a expansão da personalidade há de desenvolver-se à margem do *imperium*, mediante a livre iniciativa do indivíduo.

E não poderia ser diferente. A história do constitucionalismo é a história da emancipação do homem. Inadmissíveis, nestes termos, retrocessos que o privem de garantias personalíssimas. Está-se a lidar com direitos à identidade, enfeixados no rol dos direitos de existência, que demandam a intervenção protetiva do Estado⁴⁴.

O direito fundamental da personalidade, donde decorre o asseguramento de identidades coletivas, concorre com o direito a liberdades subjetivas iguais e o direito humano único e original, provindo, segundo Jorge Miranda, do “simple facto de nascer e de viver (...), condição essencial ao seu ser e devir (...) têm por objecto, não algo de exterior ao sujeito (...)” mas “modos de ser físicos e morais da pessoa, manifestações da personalidade humana (...) defesa da própria dignidade”⁴⁵.

Direito Natural, devido ao homem em razão de sua humanidade, adquiriu consagração formal nas Cartas Políticas de matriz ocidental depois de séculos de absolutismo e totalitarismo.

Sob esta dimensão, mesurar a dignidade sob o enfoque sexual oblitera a liberdade e aniquila a autonomia pessoal num momento em que se discute a juridicização do multiculturalismo como resposta do Direito à diversidade e à diferença nas sociedades pluralistas igualitárias. A política do reconhecimento verte-se como ponto fulcral no liberalismo de John Rawls, na teoria da diversidade de Jürgen Habermas, no democratismo de Charles Taylor, todos convergindo em favor da conjugação isonômica da cidadania.

⁴³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Bs.As: Albatros, 1954, pp. 313 et seq.

⁴⁴ Nessa toada, o papel propedêutico do Judiciário consiste, precisamente, em afirmar o reconhecimento público pleno do respeito pela identidade inconfundível de cada indivíduo, independentemente de raça, sexo, credo, orientação sexual ou procedência étnica. Conforme acentua Bobbio: “o problema fundamental em relação aos direitos do Homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992. p. 25.

⁴⁵ *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 4. ed. Coimbra Editora, 2008. pp. 66-67.

Para além e finalizando, as Constituições compreendidas, em geral, como projetos históricos a serem cumpridos por cada geração articulam com experiências coletivas de integridade ferida. A luta pelo reconhecimento vem sendo protagonizada desde o início da década passada mediante o alargamento das tendências uniformizadoras e homogeneizadoras do liberalismo, em favor de um ideal de autenticidade concebido não como mera cortesia do Estado, mas como um dever. A suplantação da privação de direitos de grupos estigmatizados, como bem pontuou Habermas, tem por objetivo exorcizar a fragmentação da sociedade e possibilitar àqueles que se viram privados de *chances iguais de vida no meio social* a universalização socioestatal dos direitos de cidadania. Daí, imperioso reconhecê-las no contexto de uma cultura majoritária, tal como o tem feito a Sociedade Mundial⁴⁶.

BIBLIOGRAFIA

BARNES II, John L. *Don't Ask, Don't Tell: a costly and wasteful choice*. Tese de Mestrado. Monterey. Califórnia. Naval Postgraduate School. 2004.

BARTRA, Eli e VALDÉS, Adriana. *A Natureza Feminina. In: Terceiro Colóquio Nacional de Filosofia*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1985.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Editora Campus, 1992.

_____. *Elogio à Serenidade e Outros Escritos Morais*. São Paulo: Unesp, 2002.

BONAVIDES, PAULO. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CAIRE, Raymond. *A Mulher Militar. Das origens aos nossos dias*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 2002.

⁴⁶ Efetivamente, o processo de internacionalização dos direitos humanos noticia o atendimento aos anseios de uma ordem contemporânea aberta, diversa e plural. No dizer de Leyza Ferreira Domingues, a utopia “criada desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, transforma-se em (...) esperança de um novo começo histórico com a transformação futura das condições existenciais dos seres humanos.” *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Novos paradigmas ao Direito Internacional e seus limites em um mundo multicultural*. Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Área de Concentração: Direitos das Relações Internacionais, Brasília, 2009, p. 110.

CARREIRAS, Helena. *Mulheres em Armas. A participação militar feminina na Europa do Sul*. Lisboa: Edições Cosmos. Instituto da Defesa Nacional, 2002.

D'ARAÚJO, Maria Celina. Mulheres e questões de gênero nas Forças Armadas brasileiras. *Painel: Women in the Armed Forces I. In: Research and Education in Defense and Security Studies* Chile: 2003.

DOMINGUES, Leyza Ferreira. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Novos paradigmas ao Direito Internacional e seus limites em um mundo multicultural*. Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Área de Concentração: Direitos das Relações Internacionais, Brasília, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARGALLO, Francesca. *El Feminismo Múltiple: Prácticas e ideas feministas en América Latina. In: Perfiles del feminismo iberoamericano*. Buenos Aires: Catálogo, 2002.

GONTIJO, André Pires. *A Sociedade Aberta Universal. A (re) discussão do papel do sujeito perante os sistemas de proteção dos direitos humanos no contexto de uma sociedade pluralista de risco*. Dissertação apresentada como requisito obrigatório para conclusão do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Área de concentração: Direito das Relações Internacionais, Brasília, 2009.

GOULD, Stephen Jay. *The Mismeasure of Man*. Nova York-Londres: Penguin Books, 1966.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Bs.As: Albatros, 1954.

JOHNS, John H. et al. *Cohesion in the U.S Military: Defense Management Study Group on Military Cohesion*. Washington: National Defense University Press, 1984.

KIRWOOD, Julieta. *Feminarios*. Santiago de Chile: Documentas, 1987.

MACCOUN, Robert. *Sexual orientation and military cohesion: A critical review of the evidence*. In: *Sexual Orientation and U.S Military Personnel Policy: Options and Assessment*. Califórnia: RAND, 1993.

MAIA, Maria Vitória Mamede. *Rios Sem Discursos. Reflexões sobre a agressividade da infância na contemporaneidade*. São Paulo: Vetor, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

PELLEGRINO, Hélio. *Pacto edípico e pacto social*. In: Py, Luiz Alberto et alli. *Grupo sobre Grupo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

WINNICOTT, D.W. *Conversando com os pais*. São Paulo: Martins Fontes, 1975.

Nota sobre a autora

Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministra do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora *Honoris Causa* pela Universidad Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica de Lisboa – Portugal. Professora Universitária. Autora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior.

BRAZILIAN FEDERAL MILITARY JUSTICE'S JURISDICTION TO PROSECUTE CIVILIANS

CARLOS AUGUSTO DE SOUSA
Ministro do Superior Tribunal Militar

TABLE OF CONTENTS: 1. Competency of Military Justice to Trial Civilians - Historic Precedents 2. The Trial of Civilians by Military Justices in the World 3. The Brazilian Federal Military Justice 4. The Representation of Society and the Defendant in Military Justice 5. Brazilian Military Justice Procedure for the Investigation and Prosecution of a Military Crime 6. The Brazilian Military Criminal Code and the Military Crime Definition 7. The Mission of the Armed Forces in Brazil and the Role of Military Justice 8. The Trial of Civilians by Military Justice 9. The New Proposal Presented by the Military Justice 10. The Claim of Breach of Fundamental Precept in the Supreme Federal Court 11. The Discussion on Military Crimes Committed by Civilians in the Context of the Guarantee of Law and Order Performed by Brazilian Armed Forces 12. Increasing the Competence of the Military Justice 13. Final Considerations 14. Bibliography.

ABSTRACT: Brazilian Federal Military Justice has received criticism, especially with regard to the jurisdiction to try civilians in peacetime. However, this judgment protects the interests of the military and rests on the most current positivity.

There is no incompatibility between the Constitution and the rule established by Article 9 of the Military Criminal Code. The competence therein derives from the legislature's intention that used the original *ratione legis* and also the *ratione personae* criteria to fix it.

On the other hand, the doctrine and the Supreme Court understand that the protection of the interests of the Armed Forces are not restricted to the hierarchy and discipline, recognizing the competence of military courts to try civilians, also in the light of its peculiarity.

It is important to emphasize the Brazilian Federal Military Justice is neither a martial court nor an administrative tribunal, but a branch of the Judiciary Power. Its guiding principles are in line with the human rights enshrined in the Brazilian legal system and the American Convention on Human Rights.

Under the auspices of the adversarial system, the trial of civilians by federal military court does not violate the guarantee of due process, since every process started respects the superior constitutional principles.

KEYWORDS: Brazilian Military Justice. Military Justice. Civilians. Prosecute Civilians. Civilianization.

1 COMPETENCY OF MILITARY JUSTICE TO TRIAL CIVILIANS – HISTORIC PRECEDENTS

The trial of civilians by the Military Justice in Brazil started with the Brazilian Constitution of 1934, the year that specialized Justice became part of the Judicial Power. The Constitution of 1934 broke with the paradigm of trials especially provided for members of a singular class called “Land and Sea Arms”. Up until then, the jurisdiction of the Supreme Military Court and Special Councils was limited to “the formation of guilt and judgment” in cases of military offenses. With the aforementioned rupture, the criteria for the incidence of military jurisdiction changed from crime authorship to legal assets protection.⁴⁷ Those who violated the legal interests protected by the military law would be prosecuted and tried before the Military Justice, regardless of the condition of the supposed agent, whether military or civilian.

The extended jurisdiction of judges and military courts over civilians did not mean an unrestricted performance, but rather it was delimited by the country’s Constitution. In its Article 84,⁴⁸ the Federal Constitution of 1934 postulated that the military, and those considered similar by law, should have special forum on military offenses. With this constitutional norm, the Legislative Branch reiterated the military jurisdiction over civilians in military crimes, established by the first Military Criminal Code introduced in 1934, and preserved by the current one, adopted in 1969. Today, the Constitution of 1988 (in its Article 124) maintains the protection of legal assets and the absence of an expressed prohibition of civilian trials by Military Justice as a defining element of the Military Justice Jurisdiction, thus corroborating the reception of Art. 9 (paragraph III) of the Military Criminal Code of 1969 and the constitutionality of paragraph 7 of Article 15 of the Complementary Law no. 97 of June 9, 1999⁴⁹.

⁴⁷ “The legal good is a material or immaterial entity (data or social value) originated from the social context, individual or meta-individual ownership reputed as essential to the coexistence and the development of man in society and, therefore, liable to legal protection. (...) The idea of legal good is the base for legal criminal intervention”. (PRADO, Luiz Regis. *Criminal Legal Good and Constitution*. 3rd Ed. São Paulo: The Court Journal, 2003 pp. 52/53).

⁴⁸ BRAZIL. Brazilian Constitution of 1934, Art. 84. “The military and related people shall have special forum on military offenses. This forum can be extended to civilians in cases expressed in law for the suppression of offenses against the external security of the country, or against military institutions”.

⁴⁹ Complementary Law No. 97, dated 9 June 1999, Art. 15. “The role of Armed Forces in the national defense and the guarantee of constitutional powers, law and order, and in participation in peace operations is the responsibility of the President of the Republic, who will determine the Minister of State for defense operational office activation, observed the following form of subordination:

(omissis) § 7 the role of the military in the cases provided for in Arts. 13, 14, 15, 16-A, in sections IV and V of the Art. 17, in item III of Art. 17-A, in sections VI and VII of the Art. 18, civil defense activities referred to in Art. 16 of this Complementary Law and in item XIV of Art. 23 of law no 4,737, of 15 July 1965 (Electoral Code), is considered to be military activity for the purposes of Art. 124 of the Constitution (wording by complementary law No. 136, 2010)”.

Taking into account the outlined legal framework and assuming that both the Constituent and Legislative Powers seek to reflect the society perspectives⁵⁰, it is possible to affirm that the subject of civilian trials by the Federal Military Justice reflects a social yearning, which constantly demands updating and revision for its progress.

2 THE TRIAL OF CIVILIANS BY MILITARY JUSTICES IN THE WORLD

The military jurisdiction is manifested in different ways whenever we compare its *modus operandi* in various countries around the world. In Brazil, the military jurisdiction is integrated into the Judiciary, configuring a constitutional exception to the single jurisdiction. However, it is a common concern to all countries with Armed Forces the need for developing special legal treatment in relation to issues concerning the military to be able to protect their specificities and, therefore, promote national sovereignty.

One of the dimensions of the identified plurality has to do with each nation's political choice to submit civilians to military jurisdiction in peacetime. There are countries in which civilians are not usually subject to trial by a military court. This is the case of Argentina⁵¹, Bulgaria⁵², Colombia⁵³, Denmark⁵⁴, England and Wales⁵⁵, Germany⁵⁶, Greece⁵⁷, Italy⁵⁸, Mexico⁵⁹, Norway⁶⁰, Paraguay⁶¹, Portugal⁶², Sweden⁶³, and Uruguay⁶⁴.

In relation to the United States of America, it is worth remembering the case of "Ex Parte Milligan", in which Lambdin Milligan and four other civilians, in Indiana, were sentenced to die for the crime of treason, by a military court, in the course of the American Civil War. That decision was modified by the Supreme Court in 1866, under the plea to be inadmissible the trial of a civilian by military courts when in full and regular functioning of the judicial bodies of

⁵⁰ BRAZIL. PRADO, 2003, *ibid.*, p. 96.

⁵¹ ARGENTINA. Federal Law nº 26.394/2008.

⁵² Specialised Courts - Bulgaria. European Justice https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-bg-en.do?member=1. Accessed in: 4 October 2016.

⁵³ COLOMBIA. Constitution of 1991, Art. 213.

⁵⁴ BRAZIL. FREITAS. Ricardo de Brito A. P. The Military Penal System in USA. In Scientific Bulletin n. 1 of Higher School of Public Ministry of Union - October/December 2001 – Available in: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-1-2013-outubro-dezembro-de-2001/o-sistema-penal-militar-nos-eua>>. Accessed in: 4 October 2016.

⁵⁵ Specialised Courts - England and Wales. European Justice <https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-ew-en.do?member=1>. Accessed in: 4 October 2016.

⁵⁶ BRAZIL. FREITAS, *ibid.* Accessed in: October 2016.

⁵⁷ Specialised Courts - Greece. European Justice <https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-el-en.do?member=1>. Accessed in: 4 October 2016.

⁵⁸ ITALY. Constitution of 1947, Art. 103.

⁵⁹ MEXICO. Constitution of 1917, Art. 13.

⁶⁰ BRAZIL. FREITAS, *ibid.* Accessed in: 4 October 2016.

⁶¹ PARAGUAY. Constitution of 1992, Art. 174.

⁶² PORTUGAL. Constitution of 1976, Art. 213, Fourth Constitutional Revision of 1997.

⁶³ BRAZIL. FREITAS, *ibid.* Accessed in: 4 October 2016.

⁶⁴ URUGUAY. Constitution of 1967, Art. 253. Law 18.650/2010, Arts. 27 and 28.

Ordinary Justice. It was emphasized, on that occasion, that the Constitution is not suspended in times of crises or national emergency, being the supreme law, whether in war or peacetimes⁶⁵.

France faces an interesting dichotomous situation. Internally, military and civilians are tried by the Ordinary Justice. This nation extinguished its domestic Military Justice, which remains in full operation regarding the troops in operation or deployed in foreign territories, judging the military and even the civilians accompanying them, for any crimes, even those considered of common justice⁶⁶.

The Military Justice jurisdiction in Peru is an exception to the oneness of its justice jurisdiction. Its Constitution prohibits the criminal prosecution of civilians by military courts as a general rule. However, the same Constitution allows civilians to answer for the crimes of terrorism and treason to the motherland to be submitted to this special jurisdiction.⁶⁷ In the same manner, the Spanish Constitution⁶⁸ recognizes the Military Justice jurisdiction as an exception to the oneness of its justice jurisdiction, restraining it to the strictly military scope. Chile, in turn, was recently sentenced by the Inter-American Court of Human Rights⁶⁹ to suit its domestic legislation, and take the necessary measures, to prevent civilians from being tried by military courts.

Unlike the cases previously mentioned, there are nations in which civilians are judged by their military courts. Cyprus⁷⁰, a member state of the European Union, is an example. Civilians in this country are tried when they violate provisions of the Military Criminal Code, before a military court, composed of a presiding judge, from the Republic Judicial Service, and two Army officers. Similarly, a civilian can be brought to the military criminal jurisdiction in Venezuela.⁷¹ The Organic Code of Military Justice defines which crimes are to be judged by the Military Justice, being accepted, in its current wording, the processing and trial of civilians.

Despite the strong trend in a global context to exclude civilians from the military jurisdiction, it is relevant to highlight that the Brazilian Federal Military Justice holds the best features of the systems analyzed herein. It is a permanent

⁶⁵ BRAZIL. Federal Supreme Court. HC 106.171/AM. On behalf of: Joelson Jose Bentes de Oliveira. Minister Celso de Mello, 1 March 2011. Available in <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3983390>>. Accessed in: 4 October 2016.

⁶⁶ BRAZIL. NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Military Criminal Law Manual*. 4th Ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

⁶⁷ PERU. Constitution of 1993, Art. 139, Item 1, and Art. 173.

⁶⁸ Ordinary Courts - Spain. European Justice <https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-ES-en.do?init=true>. Accessed in: 4 October 2016.

⁶⁹ Inter-American Court of Human Rights. Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Judgment of November 22, 2005 (Merits, Reparations, and Costs) <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf>. Accessed in: 4 October 2016.

⁷⁰ Ordinary Courts - Cyprus. European Justice <https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-cy-en.do?init=true&member=>>. Accessed in: 4 October 2016.

⁷¹ VENEZUELA. Federal Constitution of 1999, Art. 261.

institution focused on the legal dictates of ample defense, and all constitutional principles, without neglecting the protection of the rights of society and defendants, providing the necessary balance for achieving the purposes pursued by the Federal Constitution.

Even dealing with laws to some extent in need of update, the Federal Military Justice fulfills its great purpose of serving as tool for maintaining the Armed Forces foundations and contributing for social peace. Therefore, the ability of this specialized Justice lies in performing its assigned mission effectively, judging impartially both the militaries and civilians.

3 THE BRAZILIAN FEDERAL MILITARY JUSTICE

The Military Justice is the oldest among all Brazilian courts, and along with the Labor Court and the Electoral Court, it is part of the specialized branch in the Brazilian Judiciary, as illustrated by Figure 1. The Brazilian Military Justice is organized in the form of *escabinato*, i.e. the mix of court and military judges, both in the trial and circuit courts.

In trial courts, there are Justice Councils comprised of five (5) judges, nominated as follows:

- One (1) court judge, civilian, with legal training and named by specific public contest nationwide; and
- Four (4) military judges, Armed Force officers, not necessarily with legal training.

The Superior Military Court comprises the Circuit Courts and the higher instance of Military Justice, which is composed of 15 (fifteen) Justices, according to the following precedence:

- Ten (10) active duty general officers of the last rank: four (4) from the Army, three (3) from the Navy and three (3) from the Air Force; and
- Five (5) civilian magistrates, being: three (3) from law practice, one (1) from the career of military courts and one (1) from the military public prosecutors.

Justices of military origin remain on active duty, in a special framework, and wear uniform. However, they are not subordinate to the commands of their Forces or the Executive. After their appointment to the post of Justice, they become part of the Judiciary, with the prerogatives and duties of judges, therefore acting with independence and impartiality. They cease to have their conduct ruled by the Military Statute and follow the precepts of the Judiciary Law, similarly to other judges in the country. The Chief Justice of the Superior Military Judiciary Law, similarly to other judges in the country. The Chief Justice of the Superior Military Court is performed by any Justice, through plenary election for a term of two (2) years.

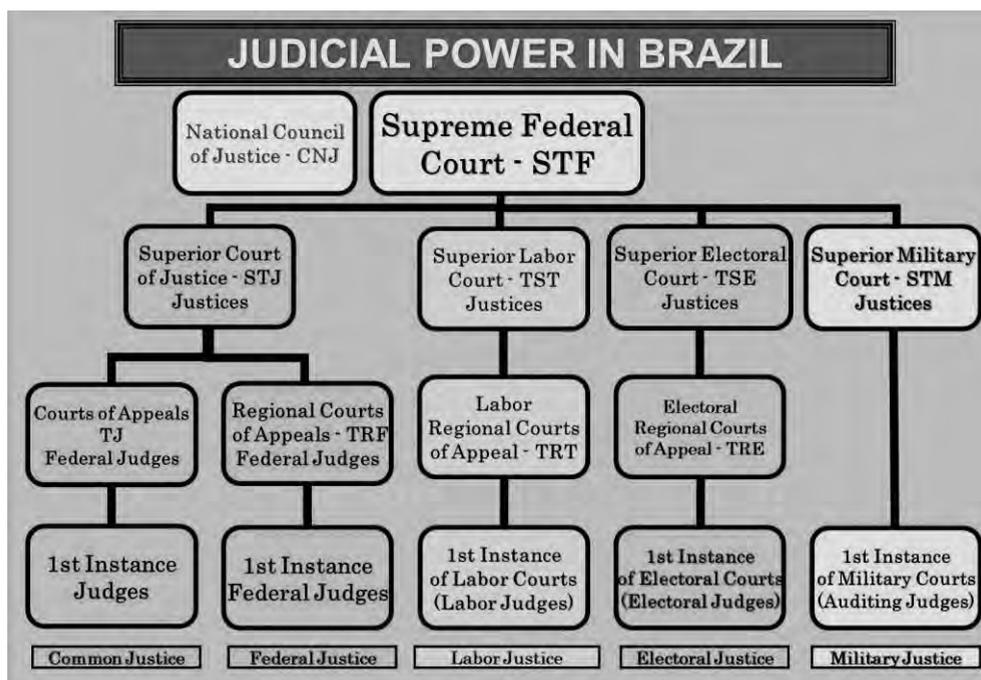


Figure 1 - Judicial Power in Brazil

The Military Justice consists of civilians and military judges in the first instance, aiming at the best justice practices in the circumstances of each case. The decision of each judge is always independent taken into public hearing. In the second instance of the Military Justice, all justices are endowed with all the guarantees of law, making their own decisions in a public hearing, which may be subject for review by the Supreme Federal Court.

4 THE REPRESENTATION OF SOCIETY AND THE DEFENDANT IN MILITARY JUSTICE

In cases handled in Brazilian Military Justice in trial and circuit courts, there is a member of the Military Prosecution and a Public Defender or Lawyer. The military prosecutor has the constitutional and legal role to promote a prosecution in the interests of society. It is a civil career that is not subordinate to any of the powers of the Republic, whose positions are provided by alumni in law approved in tenders and contests.

The public defender provides defense for the defendant with no financial conditions to hire a private counsel. The post of public defender also occurs through approval in national contest, in the same lines of the contest for the Military Prosecution Office. Both the lawyer and the public defender act with functional independence and without any relations to the Armed Forces.

5 BRAZILIAN MILITARY JUSTICE PROCEDURE FOR THE INVESTIGATION AND PROSECUTION OF A MILITARY CRIME

The investigation phase of the military crime is performed by the military judicial police and it is the duty of the military commander of the area where the crime occurred. This attribution is generally delegated to an officer, who takes on the role of military police investigation. After completing the investigation phase, the case is sent to the auditing judge of the military judicial circumscription of the crime scene. The auditing judge assesses the case and returns it to the military public prosecution's representative, which uses the military police investigation for pursuing military criminal lawsuit.

The criminal procedure is, as a rule, unconditioned, promoted by public denunciation of the military prosecution office, without any manifestation of the will of the victim or any person. Such a right arises from the determination provided in Article 129, paragraph I, of the Federal Constitution, according to which the institutional function of the public prosecutor is "promoting public criminal action privately", and it is re-stated in Art. 29 of the Military Criminal Code Procedure: "the criminal action is public and can only be promoted by the military prosecution office".

Criminal proceedings in Military Justice are promoted based on the military police investigation. However, in some cases, the *notitia criminis* can be brought to the attention of the prosecutor, as stated in Art. 33 of the Military Criminal Code Procedure.⁷² After receiving the complaint, the defendant is notified and the military prosecution begins, which may follow the ordinary procedure (for most crimes) or the special procedure (for the crimes of insubmission and desertion).

The ordinary procedure begins with the receipt of the complaint by auditing judge, who in this first moment acts individually, assessing the admissibility of the criminal lawsuit. Upon receipt of the complaint, there is the draw of the officers who will be part of the Special Council or the Permanent Council of Justice, which shall be the judging panel of the lawsuit. The sentence in criminal proceedings of first instance is made by the Council of Justice, drafted by the auditing judge and the results proclaimed by the chief justice of the Council of Military Justice (see Figure 2).

As previously mentioned, the Brazilian Military Justice deals with military crimes, regardless of whether the accused is military or civilian. In this context, it is interesting to notice the peculiarities of two types of Law:

- specifically military crimes are those which could be perpetrated only by the military since they consist in the violation of specific duties, typical of the military. Those would be crimes of the military profession; and

⁷² BRAZIL. The Military Criminal Code Procedure, Art. 33. Any person, in the exercise of the right of representation may lead to the initiative of the public prosecution office, providing information about fact that constitutes military crime and its authorship, and presenting the elements of conviction.

- non-specifically military crimes are those common crimes whose perpetration is possible by any citizen (civilian or military), but that the law considers as military crimes. The exception is the crime of refractoriness⁷³, because it can only be perpetrated by a civilian.



Figure 2 – Councils of Justice

6 THE BRAZILIAN MILITARY CRIMINAL CODE AND THE MILITARY CRIME DEFINITION

The only Brazilian law that defines the military crimes is Decree-Law no. 1,001, of October 21, 1969 - Military Criminal Code. It is considered a military crime any crime expressed in this Code. For quite some time, there was the understanding that the Federal Constitution of 1988 comprehended the Military Criminal Code of 1969. However, there are some conflicting understandings, which foster the debate about possible changes in the infra-constitutional legislation.

The definition of military crime is stated in Articles 9 and 10 of the Military Criminal Code.⁷⁴ It presents a list of situations in which, in war and

⁷³ BRAZIL. Military Criminal Code, Art. 183 (Refractoriness) - In case that conscripted not attends compulsory enlistment, not presenting for incorporation within the deadline that has been marked, or not presenting himself, leaves military service compulsory enlistment before the official act of incorporation. Sentence - imprisonment, from three months to one year.

⁷⁴ BRAZIL. Military Criminal Code, Art. 9. The Military Crimes in peacetime are: I - The crimes of this Code, whenever defined differently than ordinary criminal law or not described in it, whatever the agent, unless in case of special provision; (...) III - The crimes committed by service members, reserve or retired, or by civilian, against military institutions, considering as such not only included in item (I) or (II), in the following cases: a) against the assets under military

peacetime, certain actions must be considered as military in nature. Thus, the Military Criminal Code strengthens the tendency to determine the jurisdiction of Military Justice due to matter.

7 THE MISSION OF THE ARMED FORCES IN BRAZIL AND THE ROLE OF MILITARY JUSTICE

Article 142 of the Brazilian Constitution⁷⁵ provides for the mission of the Brazilian Armed Forces: the defense of sovereignty and internal order. The Military Justice aims to protect the Armed Forces' legal assets. The activities of the Military Justice are, thus, directly related to the maintenance of the Armed Forces and government power.

The importance of the Military Justice is clear: the protection of legal goods affecting the maintenance of the Armed Forces, based on hierarchy and discipline. As a result, its jurisdiction cannot be limited to the trial of service members. Any person who violates those legal assets involved in the preservation of military activities can be tried by the Brazilian Military Justice. Such a legal framework is applied anywhere, including operations abroad, whether in war or peacetime.

The Brazilian Military Justice does not act as a martial court, and as mentioned before, it is not linked to the Armed Forces or the Executive Branch. As part of the Judiciary, it acts independently and their judgments are made with faithful observance of the rights and guarantees of the defendants, respecting the due process, the ample defense and contradictory.

The Brazilian Military Justice is a swift and effective judicial office, which favors freedom and conceives the prison as the *ultima ratio*. The result of a democratic rule of law, it performs accurate jurisdiction within its constitutional limits in perfect harmony with the legislation that represents the interests of Brazilian society. It also safeguards the interests of the citizens, to the extent that it repudiates and punishes any excesses of military authorities.

administration, or against the military administrative order; b) against any location under military administration, against military activity or similar situation, or against military or official of the Armed Force or Military Justice, in the exercise of inherent function to his office; c) against military in formation, or during the period of readiness, vigilance, observation, exploration, exercise, camping, cantonment or maneuvers; and d) even in case it occurs off locations subjected to military administration, against service members in function of military nature or judicial, when legally requested for that purpose, or in obedience to superior legal determination.

⁷⁵ BRAZIL. Brazilian Constitution of 1988, Art. 142. The Armed Forces, comprised of the Navy, the Army and the Air Force, are permanent and regular national institutions, organized on the basis of hierarchy and discipline, under the supreme authority of the President of the Republic, and are intended for the defense of the Country, for the guarantee of the constitutional powers, and, on the initiative of any of these, of law and order.

8 THE TRIAL OF CIVILIANS BY MILITARY JUSTICE

Crime and violence plaguing large urban centers led the Brazilian Government to enact complementary law that enable the Armed Forces, in given situations, to undertake activities of public security that are typical of the police. The maintenance of internal order is, thus, a secondary constitutional mission of the Armed Forces. Not surprisingly, a growing involvement of the militaries in matters of internal security has led to a noticeable increase in the number of civilians involved in the practice of military crimes.

In this context, some experts, mainly in academia, have called for a removal of the Military Justice's jurisdiction for the trial of civilians, even if there is strict observance of the rights and guarantees. One of their main arguments is that the Military Criminal Code is much more severe than the common criminal law. In the current days, it is not uncommon to face crimes committed by civilians, such as contempt, drugs, larceny, misappropriation, receiving stolen property and stellionate, which have a milder treatment in the common legislation, such as the criminal transaction, the conditional suspension of proceedings and the adoption of alternative sentences, which are not present in the military legislation.

Two other arguments give support for the calls to remove the Military Justice's jurisdiction over civilians. On the one hand, civilians are not subject to the military hierarchy and discipline. As a result, they should not be subordinated to the same legal treatment given to the military. On the other hand, the trial of civilians by the Military Justice is not so common in peacetime. Thus, Brazil should follow global trends.

9 THE NEW PROPOSAL PRESENTED BY THE MILITARY JUSTICE

In the current system, all lawsuits subjected to Military Justice are judged by the *escabinato* according to the Brazilian Military Judicial Organization Law (Act No. 8,457/1992). However, encouraged by the criticism in relation to the jurisdiction of Military Justice over civilians, the Parliament is analyzing a Bill originated in the Superior Military Court that transfers to the Auditing Judge of trial courts (civil judge) the competence to trial individually the civilian accused of a military crime.

Some Justices of the Superior Military Court, in anticipation of the legislative change, have already positioned themselves in order to give to the Military Judicial Organization Law an interpretation according to the Constitution to grant the civil judge the jurisdiction conferred by the mentioned Bill. Yet, the theme continues to be under debate.

This Bill also states that the judge takes on the role of chief justice of the Justice Councils in trial courts. In the assessment of the Superior Military Court, the proposal is in line with the constitutional principles ruling the military

activities, without losing the preservation of fundamental rights, therefore representing the starting point of modernization of military legislation and its quest for full adaptation to the postulates of the democratic government based on the rule of law.

10 THE CLAIM OF BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT IN THE SUPREME FEDERAL COURT

Currently, there are several pending lawsuits under the Brazilian Federal Supreme Court questioning the competence of Military Justice to trial civilians. In the context of these discussions, the Attorney General's Office proposed a Complaint of Breach of Fundamental Precept, which discusses the exact competence of Military Justice to judge civilians in peacetime. He argues that there is a contradiction in the legal system in subjecting civilians to the same treatment as the military, subjected to the rigors of hierarchy and discipline, basic principles of the Armed Forces, and concluding that the natural judge appropriate for their judgment would not be the Military Court but the common justice.

In view of the importance of the constitutional issue, associations representing civil and military offices are now being accepted on condition of *amicus curiae*, so the Constitutional Court can promote a better judgment supported by an amplified dialectic of the discussion. This lawsuit is at the table for discussion in the Plenary of the Supreme Federal Court and it may be decided at any time.

11 THE DISCUSSION ON MILITARY CRIMES COMMITTED BY CIVILIANS IN THE CONTEXT OF THE GUARANTEE OF LAW AND ORDER PERFORMED BY BRAZILIAN ARMED FORCES

The Military Justice's jurisdiction over civilians remains an open ended-question. An example of this highly debated issue is a case that is currently in discussion in the Supreme Federal Court. Through an *habeas corpus*, a public defender questioned the competence of the Military Justice to trial a civilian denounced by crimes of violent resistance and assault, allegedly committed against Brazilian Army officers who worked in the process of pacification in the slums, in Rio de Janeiro.

In a first assessment of the case, the *habeas corpus* was granted by the Chief Justice who determined the cancellation of the entire process, with the consignment of the files to the common justice. In his understanding, there is no need to talk about military crime whenever someone is arrested for confronting the military acting in replacement or complement to the police activities.

Another Justice in the Supreme Federal Court requested to analyze the files and manifested a contrary interpretation. He considered the factual situation as exceptional and allowed for the submission of civilians to the

Military Justice with one caveat. According to this Justice, the current system based on permanent councils lacked independence and impartiality, because they were formed partly by service members acting temporarily as judges. He emphasized: "The military judge member of the Permanent Council of Justice is not protected by tenure and remains subject to constant command of his superiors. The independent and impartial jurisdiction may be clearly committed". As a result, he proposed an interpretation of the Law of Organization of Military Justice according to the Federal Constitution so the civilian could be judged by the Auditing Judge and no longer by the Justice Councils as a whole.

After these events, the Rapporteur Justice suggested that the aforementioned *habeas corpus* should be trialed by all of the members of the Supreme Court, which was approved unanimously; the process, however, has not yet been tried.

12 INCREASING THE COMPETENCE OF THE MILITARY JUSTICE

Parallel to all this discussion related to the trial of civilians by the Military Justice, there is a Proposed Amendment to the Constitution for expanding the jurisdiction of the Military Justice. The proposal stems from studies conducted in the framework of the National Council of Brazilian Justice, which produced a diagnosis of Federal and State Military Justices. In its report, published in 2014, it is recommended the expansion of the competence of this specialized justice in order to facilitate the processing and the trial of other matters related to the military administrative law, such as the entry into military service, career, promotions, disciplinary infractions and other military matters.

A working group was established with representatives from various institutions of the judiciary, including two Justices of the Superior Military Court, to assess the question of the increase of competence of Military Justice under various approaches, including the civil trial. The works are in progress, but have not yet produced any conclusive results.

13 FINAL CONSIDERATIONS

Civilians' trials by the Military Justice has been the target of continuing assessment. Given its recognized importance, this theme has been prevalent in debates observed in various seminars, conferences and symposia, where the progress of the Military Law has been discussed. Moreover, the concern with the strict observance of the principles of legal process, the ample right of defense and the full development of the contradictory in judicial activities has evolved.

In relation to the Brazilian Military Justice, unlike what is done in many other countries, there has been a full subordination of this specialized Justice to the Brazilian Judicial Power. Since 1934, the Federal Constitution and all other

related legislation have prescribed the trial of civilians who committed military crimes, either specifically or non-specifically military offenses. Crimes committed by civilians and classified as military receive a milder treatment in the common legislation even if they are of the same type.

In a global context, two patterns can be observed. On the one hand, there is a strong tendency of excluding civilians from military jurisdictions. On the other hand, it is perceptible a growing involvement of the militaries in matters of internal security around the world, particularly in Brazil. Not surprisingly, an increase in the number of civilians involved in the practice of military crimes has been observed.

Most recently, there are several pending lawsuits under the Brazilian Federal Supreme Court questioning the competence of the Military Justice in the trial of civilians. Regardless of contradictory opinions, it is true that the military criminal and procedural legislation demands changes. Any legislative amendment shall be guided by the maintenance of the constitutional mission of the Armed Forces and the need to comply with the fundamental rights and guarantees of law.

Within the Brazilian context, the trial of civilians by the Military Justice is democratic, given that it is defined constitutionally and it meets the need for specialization. Such a specialization increases the quality and the speed of jurisdictional provision, since it causes the deepening and enhancement of the judges on a particular branch of law.

The issue of the trial of crimes committed by civilians by auditing judge in trial courts, the position of the Supreme Court on these and other sensitive topics of major legal repercussions, will only be clarified and defined over the years and with advancements in discussions, either in the working group in the context of the National Justice Council or in specific cases. In conclusion, these are the main ideas that I hope may promote a healthy and promising environment for future debates on the topic and, in this sense, could contribute to the improvement of military law as a whole. Surely, we are far from exhaust this relevant subject.

14 BIBLIOGRAPHY

ARGENTINA. Federal Law nº 26.394/2008.

BRAZIL. Complementary Law nº 97, 9 June 1999.

_____. Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

_____. Constitution of the United States of Brazil of 1934.

_____. Federal Supreme Court. *HC 106.171/AM*. On behalf of: Joelson Jose Bentes de Oliveira. Minister Celso de Mello, 1^a/3/2011. Available in <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3983390>>. Accessed in: 4 October 2016.

_____. FREITAS. Ricardo de Brito A. P. *The Military Penal System in USA*. In Scientific Bulletin n. 1 of Higher School of Public Ministry of Union - October/December 2001 - Available in: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-1-2013-outubro-dezembro-de-2001/o-sistema-penal-militar-nos-eua>>. Accessed in: 4 October 2016.

_____. Military Criminal Code. Decree-Law nº 1.001, 21 October 1969.

_____. Military Criminal Code Procedure. Decree-Law nº 1.002, 21 October 1969.

_____. NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Military Criminal Law Manual*. 4th. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

_____. PRADO, Luiz Regis. *Criminal Legal Good and Constitution*. 3rd Ed. São Paulo: The Court Journal, 2003, pp. 52/53).

COLOMBIA. Constitution of 1991.

Inter-American Court of Human Rights. *Case of Palamara-Iribarne v. Chile*. Judgment of November 22, 2005 (Merits, Reparations, and Costs) <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf>. Accessed in: 4 October 2016.

ITALY. Constitution of 1947.

MEXICO. Constitution of 1917.

Ordinary Courts - Cyprus. *European Justice* <https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-cy-en.do?init=true&member=>>. Accessed in: 4 October 2016.

Ordinary Courts - Spain. *European Justice* <https://e-justice.europa.eu/content_ordinary_courts-18-ES-en.do?init=true>. Accessed in: 4 October 2016.

PARAGUAY. Constitution of 1992.

PERU. Constitution of 1993.

PORTUGAL. Constitution of 1976, Fourth Constitutional Revision of 1997.

Specialised Courts - Bulgaria. *European Justice* <https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-bg-en.do?member=1>. Accessed in: 4 October 2016.

Specialised Courts - England and Wales. *European Justice* <https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-ew-en.do?member=1>. Accessed in: 4 October 2016.

Specialised Courts - Greece. European Justice <https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-el-en.do?member=1>. Accessed in: 4 October 2016.

URUGUAY. Constitution of 1967. Law 18.650/2010.

VENEZUELA. Federal Constitution of 1999.

Nota sobre o autor

Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

mincarlosaugusto@stm.jus.br

Justice Carlos Augusto de Sousa is a four-star admiral, with more than forty eight years of duty, and Minister of the Superior Military Court since December 2014. Previously, he was appointed Chief of Naval Staff, with the honoured mission of advising the Commander of the Brazilian Navy on Naval Force leadership; Chief of Strategic Affairs of the Armed Forces Joint Staff, at the Ministry of Defense; Director of the Department of Naval Personnel; Deputy Chief of the Navy Staff; and Coordinator of the Navy for Acquisition and Modernization Programs. As flag officer, he commanded the Sixth Naval District, the Second Fleet Division and the First Naval District. Among his three ship commands, he is proud to be the second Captain of the Frigate "Greenhalgh", in 1996. He was awarded the Navy, Army and Air Force Distinguished Service medals as well as other relevant Brazilian institutions, in particular the Military Justice and the Military Public Ministry, and other foreign decorations. He graduated from the Brazilian Naval Academy in 1972, and has all the career courses of the Brazilian Navy.



JURISPRUDÊNCIA



Agravo Regimental

AGRAVO REGIMENTAL (2) Nº 31-71.2016.7.00.0000-DF

Relator: Min. Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo.

Agravante: O Ministério Público Militar.

Agravada: A Decisão do Exmo. Sr. Ministro-Relator, de 15/8/2016, proferida nos autos do Agravo Regimental nº 31-71.2016.7.00.0000 (1), referente a Marcelo Villela da Silva, 1º Sgt Ex.

Advogados: Drs. Barbara Maria de Souza Aires Alencar e Luis Carlos da Silva Martins.

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL *IN* AGRAVO INTERNO. CONHECIMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSTAGEM VIA CORREIOS. COMPROVAÇÃO DE FERIADO LOCAL. APLICAÇÃO DO NOVO CPC. TEMPESTIVIDADE CONFIRMADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU OS DECLARATÓRIOS. DECISÃO UNÂNIME.

A sistemática processual prevista no § 4º do art. 1.003 do novo Código de Processo Civil estabelece que, para aferição da tempestividade de recurso remetido pelos correios, será considerado como data de interposição o momento da postagem.

Em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, aplica-se, subsidiariamente, o novo CPC, quando não houver regra processual penal regulando a matéria. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

Segundo a inteligência do § 6º do art. 1.003 do novo CPC, feriado local suspende o prazo para interposição de recurso, desde que comprovado pela parte. Precedente do STF.

Agravo Interno desprovido.

Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e não acolheu o Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público Militar, para manter inalterada a Decisão agravada, que conheceu dos Embargos de Declaração acostados às fls. 141/145. Presente o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Roberto Coutinho.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausentes, justificadamente, os Ministros Artur Vidigal de Oliveira e Carlos Augusto de Sousa. (Extrato da Ata da 69ª Sessão, 22/9/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de AGRAVO INTERNO, interposto pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, com o objetivo de desconstituir a Decisão de fl. 167/168, que deu seguimento aos Embargos de Declaração acostados às fls. 141/145, que pretendiam esclarecer tópicos e prequestionar matérias constantes do Acórdão proferido nos autos da Revisão Criminal nº 31-71.2016.7.00.0000/PE, julgada em 8 de junho de 2016.

Após a publicação do referido acórdão, o ilustre advogado de Defesa protocolou os Embargos Declaratórios de fls. 141/145, aos quais neguei seguimento por serem manifestamente intempestivos, conforme a minha decisão acostada à fl. 148.

Inconformada, a Defesa opôs novos Embargos de Declaração (fls. 154/159), que foram recebidos como Agravo Interno, conforme o Despacho de fl. 162. Em suma, a Defesa requereu a aplicação do Novo Código de Processo Civil para aferição da tempestividade recursal.

Em Decisão de fls. 167/168, reconsiderarei o *decisum* de fl. 148 e dei seguimento aos primeiros declaratórios, sob o argumento de serem tempestivos, haja vista ter acatado o argumento da Defesa de que a tempestividade é aferida conforme a nova sistemática processual prevista no § 4º do art. 1.003 do novo CPC, que considera a data da remessa pelo correio, e não a data de registro no protocolo da secretaria deste Tribunal, afastando-se, assim, a aplicação da Súmula 216 do Superior Tribunal de Justiça.

Considerarei, também, a suspensão do prazo, em decorrência do feriado de São João, em Petrolina (PE), conforme a Lei Municipal nº 2.361, de 12 de abril de 2011, indicada pela Defesa.

Inconformada com a Decisão de fls. 167/168, a PGJM interpôs o presente Agravo Interno (fls. 176/181).

O Agravante requer a modificação da Decisão (de fls. 167/168), para que seja negado seguimento aos Embargos de Declaração de fls. 141/145. Aduz que o Acórdão embargado foi publicado em 17 de junho de 2016 (sexta-feira) e os declaratórios foram protocolados somente no dia 30 imediatamente posterior, entretanto, o *dies ad quem* do prazo recursal ocorreria em 24 de junho de 2016.

O ilustre representante da PGJM argumentou que:

a) A data da postagem não poderia ser considerada para aferição da tempestividade recursal, pois “[...] o recurso deve ser interposto perante o STM, sobretudo porque, como dito, trata-se de réu que se defendeu solto e se trata de defensor constituído” (fl. 178);

b) “[...] feriado local (estadual ou municipal) não afeta prazos do E. STM, mormente em se tratando de ação penal originária.” (fl. 179); e,

c) “[...] não se concebe com o advento da lei que rege o processo eletrônico a permanência jurídica da intimação pessoal de defensor constituído de réu que se defendeu solto” (fl. 179).

Em juízo de retratação (fls. 184/186), manteve integralmente a decisão agravada por seus fáticos e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, submeto os presentes autos de Agravo Interno à apreciação do Plenário da Corte, nos termos do art. 118, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Os argumentos do *Parquet* das Armas para que os Embargos Declaratórios não sejam conhecidos, por serem intempestivos, não merecem prosperar.

Primeiro, quanto à tese ministerial de que o recurso deveria ser interposto perante o STM e, por isso, seria irrelevante a **data da postagem**, não se aplica ao caso em testilha, pois sua interposição poderia ser realizada pelos correios ou fax, não necessariamente na sede deste Tribunal.

Ademais, aplica-se a inovadora sistemática processual prevista no art. 1.003, § 4º, do novo Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

[...]

§ 4º Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem.

A propósito, a própria PGJM reconhece a aplicação subsidiária do CPC ao afirmar em sua manifestação (fls. 176/181) que “[...] com a devida vênia, após a vigência do novo CPC, cujas regras podem e devem ser aplicadas ao vetusto CPPM [...]”.

O Supremo Tribunal Federal, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório, reconhece que pode ser aplicado, subsidiariamente, o novo CPC, quando não houver regra processual penal regulando a matéria⁷⁶.

No tocante à suspensão do prazo recursal em decorrência de **feriado municipal**, aplica-se a regra insculpida no art. 1.003, § 6º, do novo CPC, com a seguinte disposição: “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso”.

A propósito, a Corte Maior já debateu o tema e decidiu que:

[...] A tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou de suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal *a quo*, que não sejam de conhecimento obrigatório da instância *ad quem*, deve ser comprovada no momento de sua interposição. Precedentes [...]⁷⁷.

Portanto, o feriado local, desde que comprovado pela parte, suspende o prazo para interposição de recurso.

Considerando que a publicação no DJE do acórdão embargado ocorreu dia 17 de junho de 2016 (sexta-feira), o início do prazo recursal foi dia 20 imediatamente posterior (segunda-feira), com término em 24/6/2016 (sexta-feira), porém, em razão do feriado municipal de São João, em Petrolina (PE), de acordo com a Lei Municipal nº 2.361, de 12/4/2011, o término do prazo foi postergado para o primeiro dia útil subsequente, qual seja, dia 27/6/2016 (segunda-feira).

Os Embargos de Declaração foram postados em 27 de junho de 2016, conforme o comprovante dos correios acostados à fl. 141-verso. Por conseguinte, são tempestivos, de acordo com a nova sistemática processual.

Quanto à insurgência invocada a respeito da **intimação pessoal** de defensor constituído de réu que se defendeu solto, mister se faz ressaltar que a intimação do acórdão embargado (fls. 127/135) realizou-se por meio eletrônico, e não pessoalmente, conforme a certidão acostada à fl. 136. Assim, não assiste razão ao recorrente.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e não acolhimento do Agravo Interno interposto pelo Ministério Público Militar, para manter inalterada a Decisão agravada que conheceu dos Embargos de Declaração acostados às fls. 141/145.

⁷⁶ STF Embargos de Divergência no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 948.239/RS. *Relator Ministro EDSON FACHIN*. Decisão Monocrática de 30/6/2016.

⁷⁷ STF Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 623.717/SP. *Relatora Ministra ELLEN GRACIE*. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe 20/4/2007. Unânime.

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 não acolher o Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público Militar, para manter inalterada a Decisão agravada, que conheceu dos Embargos de Declaração acostados às fls. 141/145.

Brasília, 22 de setembro de 2016 – Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro-Relator.



Apelação

APELAÇÃO Nº 4-58.2012.7.12.0012-AM

Relator: Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Manoel Marques Filho, Cel RRm Ex, do crime previsto no art. 308, § 1º, do CPM, e à absolvição de Pedro Zeferino Souza Assis, Civil, do crime previsto no art. 309, parágrafo único, do citado dispositivo legal.

Apelada: A Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 12ª CJM, de 16/11/2015.

Advogados: Dr. Antonio Delano Soares Cruz e Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ARTS. 308 E 309, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPM. AUSÊNCIA DE CONTRARRAZÕES RECURSAIS. MERA FACULDADE DA DEFESA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CONDUTAS DOS RÉUS. VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA SUPERIOR AO VALOR DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS DO NEXO DE CAUSALIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNANIMIDADE.

Intimada a Parte para se contrapor às Razões recursais, a não apresentação das Contrarrazões, por ser mera faculdade, não obsta a análise do mérito da Apelação.

A configuração dos delitos de corrupção ativa e passiva exige que o agente entregue, ofereça ou prometa vantagem indevida para que o militar pratique, omita ou retarde ato de ofício. Em consequência, as condutas do corrupto e do corruptor devem ser analisadas em conjunto.

A divergência entre a vantagem patrimonial recebida pelo agente e o valor contratado pela Administração acarreta dúvida razoável na comprovação das condutas delituosas imputadas aos acusados.

Ausente, portanto, o necessário nexos de causalidade entre as práticas delituosas supostamente perpetradas, impõe-se a manutenção da absolvição.

Negado provimento ao Apelo. Unanimidade.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Apelo ministerial, para manter na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros Luis Carlos Gomes Mattos e José Barroso Filho não participaram do julgamento. Presidência do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente. Na forma regimental, usaram da palavra a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes e o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 66ª Sessão, 15/9/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça para o Exército da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, de 16 de novembro de 2015 (fls. 972/991), que absolveu o Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO da prática delituosa descrita no artigo 308, § 1º, do CPM, e o Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS do crime tipificado no artigo 309, parágrafo único, do referido Códex.

O *Parquet* Castrense ofereceu Denúncia em 27 de agosto de 2013, nos seguintes termos (fls. 1-A/1-D):

(...) Consta do incluso Inquérito Policial Militar que em 20 de dezembro de 2002 o civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, qualificado à fl. 370, deu dinheiro ao então Ten Cel MANOEL MARQUES FILHO, qualificado à fl. 175, por ter praticado ato com infração de dever funcional, e que o referido militar recebeu para si, em razão de sua função, vantagem indevida, pela prática de ato com infração do dever funcional.

Segundo restou apurado, em meados de 2002 existiam no 12º Batalhão de Suprimentos (12º B Sup), nesta cidade, aproximadamente 150 armários que necessitavam de manutenção. Desta feita, o então Chefe do Centro de Operações de Suprimentos, MARQUES FILHO, emitiu a Parte nº 40/2002 de 01/10/2002 onde solicitava ao sr. Comandante do 12º B Sup a aquisição do serviço de pintura dos referidos armários (fls. 22/23).

Autorizada a aquisição do serviço de pintura, iniciou-se o processo licitatório através da Carta Convite nº 36/2002 (fls. 20/87).

Sagrou-se como vencedora do processo a empresa individual de nome fantasia J.C. CONSTRUCOES (sic), cujo nome empresarial é PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS – ME, CNPJ 02.734.111/0001-57, que pertencia ao denunciado PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS (fls. 77, 82, 84, 161/162 e 223/225).

Após o trâmite, em 29/10/2002 foi emitida a Nota de Empenho nº 2002NE900161 referente a manutenção de 180 armários (acréscimo de 30 armários aos 150 inicialmente previstos, conforme permissão do art. 65, § 1º da Lei 8.666/93) no valor total de R\$ 14.040,00 (catorze mil e quarenta reais) (fl. 82).

No mesmo dia da emissão da referida Nota de Empenho – 29/10/2002 – foi emitida pela empresa PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS – ME a Nota Fiscal nº 000085 referente ao serviço de manutenção dos 180 armários (fl. 84).

Ocorre que o serviço de manutenção de 180 armários não foi prestado pela referida empresa, mas sim pelo então Cabo ANTONIO DA SILVA OLIVEIRA, haja vista a farta prova testemunhal nesse sentido e a impossibilidade material da manutenção de 180 armários em 1 dia, dado que a nota fiscal foi emitida pela referida empresa no mesmo dia da nota de empenho – 29/10/2002.

Em 18/11/2002 a Nota Fiscal nº 000085 foi atestada e em 21/11/2002 houve a autorização de pagamento pelo então Ordenador de Despesas do 12º B Sup, Cel JULIO (sic) CESAR (sic) PINHEIRO CHAVES, que foi efetivamente paga em 27/11/2002 através da Ordem Bancária nº 2002OB000145 (fl. (sic) 84v e 85).

A quebra de sigilo bancário do denunciado MANOEL MARQUES FILHO mostra que no dia 20/12/2002 o referido militar recebeu um depósito no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) da Empresa Individual de PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS – ME, CNPJ 02.734.111/0001-57 de propriedade do denunciado PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS (fls. 8 e 10 do apenso 1) (sic)

Destarte, o serviço de manutenção dos armários do 12º B Sup foi efetivamente prestado pelo então Cabo ANTONIO DA SILVA OLIVEIRA, sendo que o valor de R\$ 14.040,00 (catorze mil e quarenta reais) foi pago pela OM em 27/11/2002 ao denunciado PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS através de sua empresa individual por um serviço que não foi prestado.

Menos de 1 (um) mês após o pagamento feito pela OM, PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS depositou, em 20/12/2002, o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) na conta do então Chefe do Centro de Operações e Suprimento do 12º B Sup, tudo em razão da prática de atos com infração de dever funcional realizados por MANOEL MARQUES FILHO, o qual recebeu diretamente para si, em razão de sua função, vantagem indevida, pela prática de tais atos – realização de procedimento licitatório simulado.

Costa (sic) dos autos Laudo Pericial Contábil que quantificou o prejuízo causado ao Erário, devidamente atualizado, e, (sic) R\$ 28.692,34 (vinte e oito mil, seiscentos e noventa e dois reais e trinta e quatro centavos) (fls. 309/313) (sic)

Isto posto, DENUNCIO PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS E MANOEL MARQUES FILHO como incurso, o primeiro, nas sanções do art. 309, § único (sic), do Código Penal Militar, e o segundo nas sanções do art. 308, § 1º, do mesmo Código (...).

Constam dos autos os seguintes documentos:

1) Parte nº 40/2002 – COS, de 1º de outubro de 2002, na qual o Acusado Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO solicitou “(...) providências junto ao Ordenador de Despesas no sentido de aprovar aquisição dos serviços de pintura dos armários (...)” (fl. 22) objetos de apuração na presente Ação Penal Militar, tendo sido autorizada “(...) a contratação dos serviços (...)” (fl. 22) pelo Despacho do Cel Ex Júlio César Pinheiro Chaves, Comandante e Ordenador de Despesas do 12º B Sup;

2) Discriminação do serviço de “(...) recuperação de 150 (cento e cinquenta (sic)) armários, com serviço de solda, pintura na cor verde oliva e substituição de peças danificadas (...)” (fl. 23);

3) Termo de Abertura de Licitação para contratação dos serviços objetos de apuração nos presentes autos (fl. 26), tendo sido designado como Presidente da Comissão Permanente de Licitação o Réu Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, conforme publicação no Boletim Interno Nr 145, de 31 de julho de 2002 (fl. 27);

4) Carta-Convite nº 36/2002 – Sec Lic/12º B Sup, de 9 de outubro de 2002 (fl. 28), que convocou as empresas A. JB. de Avilar e Cia. Ltda. ME (fl. 42), J. C. Construções (fl. 43), Marcodiesel Importação e Exportação Ltda. (fl. 44), Auto Peças e Ferragens Pereira Ltda. (fl. 45), Marinho Comércio Serv. Ltda (fl. 46) e M. Comércio, Representação, Serviços e Empreendimento Ltda. (fl. 47) a participarem do certame licitatório nos termos do objeto de contratação;

5) Propostas de Preços apresentadas pelas seguintes empresas: J. C. Construções (fl. 72); Marcodiesel Importação e Exportação Ltda. (fl. 73); Marinho Comércio Serv. Ltda. (fl. 74); M. Comércio, Representação, Serviços e Empreendimento Ltda. (fl. 75); Auto Peças e Ferragens Pereira Ltda. (fl. 76), tendo

a Ata da reunião para julgamento das propostas consignado que “(...) a empresa PEDRO ZEFERINO SOUSA (sic) ASSIS apresentou o menor preço (...) do presente certame licitatório (...)” (fl. 77);

6) Mapa de Adjudicação dos serviços de “(...) recuperação de 150 armários, com serviço de solda (sic) pintura na cor verde oliva e substituição de peças danificadas (...)” (fl. 80) com a empresa J. C. Construções, de propriedade do Réu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS;

7) Nota de Empenho nº 2002NE900161, emitida em 29 de outubro de 2002, no valor de R\$ 14.040,00 (quatorze mil e quarenta reais), para realização de “(...) recuperação de 180 (cento e oitenta) armários (sic), com serviço de solda, pintura, cor verde oliva e substituição de peças danificadas (...)” (fl. 82), tendo como credor o Acusado Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS;

8) Nota Fiscal nº 000085, de 29 de outubro de 2002, no valor de R\$ 14.040,00 (quatorze mil e quarenta reais), emitida pela empresa J. C. Construções, de propriedade do Réu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, consignando a realização dos serviços objetos de apuração nos presentes autos (fl. 84);

9) Ordem Bancária nº 2002OB000145, de 27 de novembro de 2002, atestando o pagamento da Nota de Empenho nº 2002NE900161, no valor original de R\$ 14.040,00 (quatorze mil e quarenta reais), emitida em favor do Réu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS (fl. 85).

Em Despacho de 24 de janeiro de 2012, o Juízo *a quo* determinou “(...) a juntada a um procedimento apartado aos presentes autos, como prova emprestada, da quebra de sigilo bancário (...)” do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO (fl. 243), autuando-se o Anexo 1.

O Laudo Pericial Contábil (fls. 309/313), elaborado por duas Peritas compromissadas do Comando Militar da Amazônia (fl. 279), quantificou o prejuízo ao Erário no “(...) valor corrigido (...) em Junho/2012 R\$ 28.692,34 (vinte e oito mil, seiscentos e noventa e dois reais e trinta e quatro centavos) (sic) (...)”.

A Denúncia foi recebida em 23 de setembro de 2013 (fl. 445).

Os Acusados foram citados, qualificados e interrogados na seguinte ordem:

1) Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, citado em 28 de outubro de 2013 (fls. 484/484-v), declarou que (fls. 486/488):

(...) não é verdadeira a imputação da denúncia (...) ao seu ver o fato de ter sido denunciado prende-se a ter recebido um depósito em dinheiro na sua conta bancária, no valor de quinze mil reais, precisamente no dia 20.12.2002; foi o Presidente da Comissão de Licitação referente ao serviço de pintura dos armários do Batalhão; em todo o processo licitatório foi aplicada a Lei nº 8.666/93 (...) em referência à acusação da denúncia reitera que em nenhum momento recebeu qualquer valor do acusado Pedro Zeferino Sousa Assis (...) quer esclarecer que recebeu valores

entregues pelo outro acusado, mas que se referiam a outro objeto; o interrogando comprou um terreno em 2002, em Ponta Negra e contratou o outro acusado para fazer serviços nesse terreno, e pagou pela execução desses serviços, após dois meses de contratado o serviço o outro acusado não o executou, e devolveu ao interrogando o valor que este havia adiantado; o serviço a ser prestado era condizente com o valor pago; seria feito apimentamento do terreno, derrubada de árvores, cercamento do muro e aterramento; nesse serviço seria usado trator e caminhões; contratou o Sr. Pedro Zeferino porque havia recém chegado em Manaus, e não conhecia ninguém; o Sr. Pedro Zeferino foi indicado no próprio quartel, onde já prestava serviço há vários anos (...) embora negando que tenha praticado o fato da denúncia o depoente se apressa em contestar o valor que é dito na denúncia que teria recebido como propina; lembra-se que o valor do empenho foi de quatorze mil reais (...) quer esclarecer que uma parte do serviço foi feita pela empresa nos armários da 2ª Companhia, e foi a tinta para que o Cb Oliveira pintasse os armários da 1ª Companhia de Suprimentos e parte da Companhia de Comando de serviços; isso se deu por ordem do Sr. Comandante Cel Júlio César; não foi ordem do interrogando; ele não exercia a função de ordenador de despesas, não fazia parte da administração direta, não tinha influência nas decisões do Comando (...) quanto a assertiva da denúncia de que o serviço teria sido executado em um dia, a verdade é que a data que consta da nota fiscal está na mesma data do empenho, o que é permitido por lei; o serviço só foi liquidado e atestado vinte e três dias após a data do empenho através da nota de lançamento 2002NL00239, de 21/11/2002 (...) quer justificar o porquê de ter pago adiantado o serviço acima referido a ser feito no terreno que comprou: como precisava (sic) caminhões e tratores e a firma do Sr. Pedro não tinha recursos para antecipar o pagamento, solicitou ao interrogando que pagasse adiantado, e ele concordou na base da confiança (...).

2) Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, citado em 6 de dezembro de 2013 (fls. 688/688-v), declarou que (fls. 707/709):

(...) a acusação que está sendo feita não é verdadeira; que a empresa J. C. Construções e Comércio era de propriedade do interrogando (...) que confirma que a empresa J. C. Construções e Comércio foi a vencedora de uma licitação realizada no 12º B Sup em outubro de 2002 para reforma e pintura de 180 armários de alvenaria; que em 2006 o interrogando sofreu um AVC e, assim, como os fatos ocorreram em 2002, não se recorda, com exatidão e detalhes, do que aconteceu, mas lembra que sua empresa executou a reforma de 70 ou 80 armários da 2ª Companhia; que o dinheiro que recebeu não foi suficiente para completar o serviço, razão pela qual o fiscal administrativo determinou a devolução de parte do dinheiro para que o próprio pessoal do Batalhão realizasse a obra; que o interrogando devolveu o correspondente a cerca de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) em material, como lixa, pincéis, massa corrida, tintas etc.; que entregou o material no almoxarifado ao Ten ROBSON; que o fiscal administrativo à época era o segundo acusado, Cel MANOEL MARQUES FILHO; que o interrogando havia recebido o valor combinado na licitação

antes do início das reformas, pois, como já atuava há algum tempo no quartel sem problemas, o fiscal administrativo, Cel MARQUES FILHO, concordou com tal procedimento; que, logo depois de haver recebido o dinheiro correspondente ao total da obra, o interrogando designou seis funcionários para a execução do serviço; que, no período mencionado, não utilizou mão-de-obra de militar do Batalhão; que, quando o Ten ROBSON, do almoxarifado, atestou o cumprimento dos serviços no verso da nota fiscal, a equipe do interrogando já havia concluído a reforma dos armários da 2ª Companhia, e já havia sido acertada com o Cel MARQUES FILHO a devolução de parte dos valores em material ao batalhão (...) que foi o próprio interrogando que fez os cálculos que resultaram no valor licitado, R\$ 1404,00 (sic) (quatorze mil reais); que os cálculos estavam incorretos, por isso não era possível concluir a reforma de todos os armários (180) por aquele valor; que confirma ter feito depósito na conta corrente do Cel MARQUES FILHO no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em dezembro de 2002; que o valor correspondia à restituição de um pagamento adiantado pelo Cel MARQUES FILHO ao depoente; que o valor era referente a um serviço que o Cel MARQUES FILHO tinha combinado com o interrogando para realização de terraplenagem, rede de esgoto e construção de muro em um terreno que (sic) mencionado oficial tinha no bairro da Ponta Negra, nesta cidade; que, quando fez o orçamento para o coronel, o interrogando procurou uma pessoa que possuía máquina para terraplenagem que cobrou R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pelo serviço; que o restante (R\$ 7.000,00) correspondia à parte do serviço que caberia ao interrogando; que na época o interrogando queria R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo serviço, mas chegou a um acordo com o Cel MARQUES FILHO para fazer o serviço por R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); que na época o interrogando também prestava serviço ao CMA e, tendo constatado que não poderia fazer o serviço combinado com o Cel MARQUES FILHO sem prejudicar o andamento do serviço no CMA, o interrogando desistiu de fazer o serviço e devolveu o dinheiro (R\$ 15.000,00) ao coronel; que havia recebido o dinheiro (R\$ 15.000,00) em espécie, depositando-o na conta corrente de sua empresa, mas a devolução foi feita por um depósito na conta corrente do coronel; que não houve nenhum contrato escrito com o Cel MARQUES FILHO (...).

A Defesa do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, objetivando corroborar o depoimento do Acusado colhido em Juízo, colacionou aos autos os seguintes documentos:

1) Roteiro para análise de Nota de Fiscal ou documento equivalente, elaborado pela 11ª Inspeção de Contabilidade e Finanças do Exército – ICFEx, atestando que a data de emissão da Nota Fiscal deve ser "(...) igual ou posterior à da emissão da NE (...)" (fl. 538);

2) Acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União nos autos da TC 009.542/2003-3, consignando que "(...) é defeso imputar-lhe responsabilidade, pois se encontrava afastado do serviço por motivo de férias exatamente na data em que lhe foi atribuído débito na TCE que repercutiu nestas contas (...)" (fls. 543/544);

3) Relatório de Tomada de Contas Especial da 12ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças do Exército – ICFEx, que analisou o procedimento licitatório para aquisição dos serviços de pintura e recuperação dos armários da Unidade Militar, concluindo que “(...) O referido processo foi posto à disposição desta perícia, onde examinamos as formalidades extrínsecas e intrínsecas, concluindo que foram cumpridas as formalidades legais (...)” (fl. 548) e que “(...) não houve dano ao erário, visto que o supracitado crédito recebido foi empregado em serviço específico na finalidade a qual se destinava (...)” (fl. 549);

4) Registro aquisitivo de propriedade em favor do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO em relação ao “(...) lote de terras nº 26, da Quadra nº 02, Núcleo 02, situado na Rua ‘B’, do Loteamento denominado ‘NÚCLEO RESIDENCIAL INTEGRADO PONTA NEGRA’, Bairro da Ponta Negra (...)” (fl. 580), localizado na cidade de Manaus/AM.

O Ministério Público Militar arrolou as seguintes testemunhas:

1) 2º Sgt Ex Antonio da Silva Oliveira, que afirmou (fls. 779/780):

(...) que a testemunha se recorda de que no ano de dois mil e dois executou serviços de pintura em armários no 12º BSup; que se tratava de armários de aço; que em alguns armários também foram realizados serviços de solda; que os armários eram pintados na cor verde-oliva; que tanto os serviços de solda quanto os de pintura foram executados pelo depoente; que não se recorda da quantidade exata de armários pintados, mas pode afirmar que eram cerca de cento e cinquenta armários; que recebeu a ordem para executar os serviços de pintura do Comandante do Pelotão de Manutenção, cujo nome não se recorda, podendo afirmar que se tratava de um 2º Tenente; que sabe que o Comandante do Pelotão havia recebido ordens no mesmo sentido do fiscal administrativo, Major Gadelha; que os serviços foram executados na área do pelotão de Manutenção, mais especificamente na garagem; que o depoente executou os serviços sozinho; que o depoente recebeu ordens para executar os serviços sem ter conhecimento de que o mesmo pudesse ter sido contratado a terceiros; que viu o acusado Pedro Zeferino trabalhando no Batalhão em outros serviços e obras, mas não na pintura dos armários; que não foi remunerado especificamente pelos serviços de pintura dos armários; que na época o coronel Manoel Marques Filho era o comandante do Batalhão (...) que confirma seu depoimento prestado ao encarregado do inquérito (...).

2) 3º Sgt RRm Ex Ginaldo Silva Pires, que afirmou (fls. 781/782):

(...) que a testemunha não viu nenhum funcionário da empresa de Pedro Zeferino Sousa (sic) Assis trabalhando na pintura dos armários; que viu apenas o, à época, Cabo Antonio da Silva Oliveira realizando os serviços de pintura; que se lembra bem do fato (...) que confirma seu depoimento prestado ao encarregado do inquérito (...) que, pelo que se recorda, só militares executavam pintura nos armários (...).

3) Cap Ex Robson José Oliveira afirmou que “(...) não lembra nada da época (...)”, conforme conteúdo de mídia audiovisual acostada aos autos (fl. 810).

4) 1º Sgt Ex Whintney Fernandes de Souza, conforme conteúdo de mídia audiovisual acostada aos autos (fl. 864), afirmou que:

(...) especificamente no ano de 2002, o senhor se recorda de uma manutenção, uma pintura, que foram dadas nos armários, 150 armários, lá do local onde o senhor trabalhava?

Testemunha: Sim, me recordo.

Ministério Público: O senhor se recorda quem foi que fez essa pintura?

Testemunha: Foi um militar da Unidade por nome de Cabo Oliveira (...)

Ministério Público: Ele que fez todas as pinturas dos armários?

Testemunha: Sim.

Ministério Público: Não foi feita por nenhuma empresa?

Testemunha: Não, ele pegava as tintas comigo e realizava as pinturas.

Ministério Público: Essas tintas foi o senhor mesmo que comprou com o suprimento da Unidade?

Testemunha: Foi suprimento da Unidade (...)

Ministério Público: O senhor ouviu falar da empresa J. C. Construções e do Senhor Pedro Zeferino Souza Assis?

Testemunha: Sim, me lembro (...)

Ministério Público: (...) Especificamente na reforma desses armários não foi feita por essa empresa, foi feita pelo Cabo?

Testemunha: Quem pintou foi o Cabo (...) nas Notas de Empenho eu me lembro que foi empenhado para essa firma, mas que o serviço quem realizou foi o cabo (...).

A Defensoria Pública da União, no interesse do Réu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, arrolou como testemunha o Civil João Batista da Conceição (fl. 875), que afirmou (fls. 909/910):

(...) que a testemunha trabalhou para o acusado Pedro Zeferino há alguns anos, executando serviços e armários no Quartel do 12º Batalhão de Suprimentos, inclusive serviços de pintura (...) que não participou de serviços de pintura em armários de aço (...).

O Ministério Público Militar e as Defesas nada requereram na fase do art. 427 do CPPM (fls. 911/912).

Na fase do art. 428 do Código de Processo Penal Militar (fls. 913/919), o Ministério Público Militar requereu a condenação dos Réus nos termos da Exordial Acusatória.

Nessa mesma fase, assim se pronunciaram as Defesas:

1) A Defensoria Pública da União, no interesse do Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS (fls. 921/927), pugnou, preliminarmente, para que “(...) seja o requerente intimado para, querendo, ser novamente interrogado (...)” (fl. 921), aplicando-se “(...) o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008 (...)” (fl. 922). Ainda em sede preliminar, arguiu a nulidade do feito por incompetência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar Réu civil. No mérito, requereu a absolvição do Acusado.

2) A Defesa do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO (fls. 940/946) requereu “(...) que a denúncia seja julgada improcedente em todos os seus termos (...)” (fl. 946), pugnando pela absolvição do Réu.

Em Sessão de 16 de novembro de 2015 (fls. 972/974), o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por unanimidade de votos, absolveu os Acusados “(...) com base no art. 439, alínea ‘a’, segunda parte, do Código de Processo Penal Militar (...)” (fl. 974).

A Sentença foi lida, assinada e publicada em 24 de novembro de 2015 (fl. 992), tendo a Defesa do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO sido intimada em 30 de novembro de 2015 (fl. 995) e a Defensoria Pública da União, no interesse do Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, em 4 de dezembro de 2015.

Em 9 de dezembro de 2015, a Sentença absolutória transitou em julgado para a Defesa do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO (fl. 995) e, em 17 de dezembro de 2015 (fl. 996), para o Órgão defensivo (fl. 996), no interesse do Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS.

O Ministério Público Militar, intimado em 30 de novembro de 2015 (fl. 993), interpôs, tempestivamente, o presente Recurso de Apelação em 2 de dezembro de 2015 (fl. 994).

Em suas Razões (fls. 1.000/1.004), o *Parquet* Castrense requereu que o Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO “(...) seja condenado nas penas previstas para o art. 308, § 1º, do CPM, com o aumento de pena-base (...)” (fl. 1.004) e que o Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS “(...) seja condenado nas penas previstas para o art. 309, parágrafo único, do CPM (...)” (fl. 1.004).

Para tanto, sustentou que os Réus teriam “(...) iludido a própria Administração Militar e a sociedade (...)”, o que caracterizaria o elemento subjetivo dos tipos penais pelos quais foram denunciados, merecendo reforma a Sentença hostilizada, uma vez que (fl. 1.002):

(...) O único e frágil argumento empregado pelo Colendo Conselho Especial de Justiça para o Exército para absolver os acusados foi a diferença

entre o valor liquidado em favor da empresa do acusado PEDRO ZEFERINO para realizar o serviço que acabou não fazendo (...) e o valor depositado a título de propina na conta do acusado Ten Cel (sic) MARQUES FILHO, mas se sabe que as negociações escusas não são feitas às claras e a empresa do acusado PEDRO ZEFERINO realizava diversas tarefas naquele aquartelamento, razão pela qual é plenamente plausível supor que esse valor possa abranger outros acertos escusos (...).

Em Contrarrazões, a Defensoria Pública da União, no interesse do Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS (fls. 1.006/1.008), requereu “(...) que seja negado provimento à apelação, sendo mantida a sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos (...)” (fl. 1.008), sustentando que (fls. 1.007-v/1.008):

(...) como muito bem explicitado na respeitável decisão, “probabilidade” não é certeza, acrescentando-se que, diferentemente da ação penal, não bastam indícios, pois para a condenação é preciso mais.

Não restou comprovada com total exclusão de dúvida terem os acusados praticado os delitos a eles imputados na denúncia.

O conjunto probatório é frágil, sem consistência para sustentar uma condenação (...)

Reitera-se a existência de inconsistência e insuficiência probatória, clamando-se pela observância dos princípios constitucionais da presunção de inocência e de seu correlato *in dubio pro reo* (...).

Em 10 de março de 2016, o Juízo de primeiro grau certificou que “(...) expirou o prazo para a Defesa do acusado Manoel Marques Filho apresentar contrarrazões ao recurso de Apelação do MPM (...)” (fl. 1.025), tendo o Juiz-Auditor Substituto determinado a remessa dos presentes autos a esta Corte Castrense nos seguintes termos (fl. 1.011): “(...) ainda que não apresentadas Contrarrazões pelo advogado constituído, embora devidamente intimado, encaminhem-se os autos ao E. STM, nos termos do art. 534 do CPM (...)”.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar (fls. 1.034/1.041), em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Edmar Jorge de Almeida, opinou pela (fls. 1.040/1.041):

(...) reforma da sentença, condenando o Cel Rrm (sic) Ex MANOEL MARQUES FILHO à pena prevista para o art. 308, § 1º, do CPM, com o aumento de pena-base conforme requerido pelo Órgão Acusatório *a quo*; e o civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, como incurso na *sanctio iuris* do art. 309, parágrafo único, do Estatuto Repressivo Castrense.

Intimada da colocação do feito em mesa para julgamento, a Defensoria Pública da União, atuando na Defesa do Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, apresentou Manifestação Judicial (fls. 1.055/1.056-v) aduzindo que “(...) caso se caminhe para reformar a Sentença, cabe a esta Corte de Recursos a retomada de todas as teses defensivas descritas (...) em Alegações Escritas (...)” (fl. 1.056).

Requeru, ainda, a “(...) manifestação sobre a não apresentação de Contrarrazões pelo outro Apelado nestes autos, o Cel RRM Ex Manoel Marques Filho (...)” (fl. 1.056-v).

O eminente Ministro-Revisor teve vista dos autos.

É o Relatório.

VOTO

Os requisitos de admissibilidade do Recurso foram preenchidos, razão pela qual merece ser conhecido.

A propósito do conhecimento do presente Apelo, impende salientar que a Defensoria Pública da União, por ocasião de sua intimação da colocação do feito em mesa para julgamento, apresentou Manifestação Judicial (fls. 1.055/1.056-v) aduzindo que “(...) caso se caminhe para reformar a Sentença, cabe a esta Corte de Recursos a retomada de todas as teses defensivas descritas (...) em Alegações Escritas (...)” (fl. 1.056). Requeru, ainda, a “(...) manifestação sobre a não apresentação de Contrarrazões pelo outro Apelado nestes autos, o Cel RRM Ex Manoel Marques Filho (...)” (fl. 1.056-v).

A mera remissão aos temas abordados em Alegações Escritas não se perfaz em matéria de ordem pública apta a ensejar a apreciação desta Corte Castrense. Em consequência, incide na espécie o primado do *tantum devolutum quantum appellatum*, segundo o qual a análise pelo Juízo *ad quem* fica limitada à insurgência descrita no Recurso.

Acerca do tema, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, ao comentarem o art. 599 do Código de Processo Penal comum, afirmam que (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 4ª ed. Atlas. 2012. p. 1.161):

(...) As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele (...) A matéria objeto do presente dispositivo está relacionada também diretamente à questão do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. É dizer: a matéria que será submetida à revisão será unicamente aquela objeto de impugnação (pedido), independentemente dos fundamentos utilizados (que não vinculam o órgão revisional) (Grifo nosso).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se nesse sentido, conforme se verifica no julgamento do Habeas Corpus nº 71.822/DF, da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello (DJ: 4/11/1994), segundo o qual “O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* condiciona a atividade processual dos Tribunais em sede recursal”.

Conclui-se, pois, que o Princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* direciona a Corte *ad quem* apenas à apreciação dos temas abordados nas Razões e nas Contrarrazões do Recurso de Apelação.

Além disso, a Defensoria Pública da União afirmou em sua Manifestação Judicial que “(...) a retomada de todas as teses defensivas descritas (...) em Alegações Escritas (...)” (fl. 1.056) somente ocorreria “(...) caso se caminhe para reformar a Sentença (...)” (fl. 1.056).

No entanto, a necessidade ou não de reforma do Decreto proferido pelo Juízo de primeiro grau somente se configurará após a análise do mérito recursal, razão pela qual resta inviável a análise de pleitos preliminares, na esteira do entendimento desta Corte Castrense no sentido de que: “(...) O apelado, absolvido em primeira instância (...) não pode (...) formular pedido (...) condicionado a eventual provimento do apelo ministerial (...)” (Apelação nº 88-71.2012.7.01.0301/RJ, Relator: Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, DJe: 28/8/2013).

Quanto à ausência de apresentação das Contrarrazões recursais pela Defesa do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, destaco que, em 10 de março de 2016, o Juízo de primeiro grau certificou que “(...) expirou o prazo para a Defesa do acusado Manoel Marques Filho apresentar contrarrazões ao recurso de Apelação do MPM (...)” (fl. 1.025), tendo o Juiz-Auditor Substituto determinado a remessa dos presente autos a esta Corte Castrense nos seguintes termos (fl. 1.011): “(...) ainda que não apresentadas Contrarrazões pelo advogado constituído, embora devidamente intimado, encaminhem-se os autos ao E. STM (...)”.

O Defensor constituído pelo Acusado Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO foi pessoalmente intimado para “(...) apresentar contrarrazões da defesa (...) ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Militar, nos autos do Processo nº 0000004-58.2012.7.12.0012 (...)” (fl. 1.021), tendo assinado o Mandado de Intimação em 26 de fevereiro de 2016 (fl. 1.021), constituindo-se, pois, a omissão defensiva em ausência de interesse da Parte para apresentar Contrarrazões ao Recurso interposto pelo Ministério Público Militar.

Em consequência, torna-se necessário ratificar que o presente Recurso pode ser apreciado por esta Corte, independentemente da constatação de que as Contrarrazões não foram apresentadas, haja vista que “(...) não substanciam ônus processual, ou seja, meio sem o qual não se possa chegar a um certo resultado. Revelam-se como simples faculdade (...)” (Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 71.757/SP, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ: 26/5/1995).

Em caso semelhante ao dos presentes autos, aquela Excelsa Corte assim se pronunciou:

(...) A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a ausência de (...) contra-razões (sic) à apelação do Ministério Público não é causa de nulidade por cerceamento de defesa, se o defensor constituído pelo réu foi devidamente intimado para apresentá-las. Precedentes (...) (Habeas Corpus nº 91.251/RJ, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, DJe: 16/8/2007).

Não bastasse essa constatação, a própria Defensoria Pública da União apresentou argumentos em defesa de ambos os Réus, ao aduzir que “(...) Não restou comprovada com total exclusão de dúvida terem os acusados praticado os delitos a eles imputados na denúncia (...) (fls. 1.007-v/1.008), não sendo possível alegar qualquer prejuízo para o Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO.

Feitas essas considerações, passo à análise do mérito do presente Recurso.

MÉRITO

Insurge-se o Ministério Público Militar contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça para o Exército da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, de 16 de novembro de 2015 (fls. 972/991), que absolveu o Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO da prática delituosa descrita no artigo 308, § 1º, do CPM, e o Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS do crime tipificado no artigo 309, parágrafo único, do referido Códex.

Inicialmente, para melhor entendimento da controvérsia apurada nos presentes autos, faz-se necessário estabelecer a cronologia dos fatos narrados na Exordial Acusatória.

Em 1º de outubro de 2002, o Oficial Acusado subscreveu a Parte nº 40/2002 – COS, na qual solicitou “(...) providências junto ao Ordenador de Despesas no sentido de aprovar aquisição dos Serviços de pintura dos armários (...)” (fl. 22) da Unidade Militar em que servia, tendo sido autorizada “(...) a contratação dos Serviços (...)” (fl. 22) pelo Despacho do Cel Ex Júlio César Pinheiro Chaves, Comandante e Ordenador de Despesas do 12º B Sup.

Os serviços a serem realizados foram assim discriminados (fl. 23):

(...) 1. Recuperação de 150 (cento e cinquenta (sic)) armários, com serviço de solda, pintura na cor verde oliva e substituição de peças danificadas.

2. Os armários são de 02 (duas) portas e com as seguintes medidas (1,87m de altura X 1m de largura X 50 cm de profundidade (...)).

O processo licitatório para aquisição desse serviço foi instaurado pelo Termo de Abertura de Licitação (fl. 26), tendo o Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO sido designado como Presidente da Comissão que realizou o certame, conforme publicação no BI Nr 145, de 31 de julho de 2002 (fl. 27).

Ao final da licitação, a Ata da Reunião para Julgamento das Propostas consignou que “(...) a empresa PEDRO ZEFERINO SOUSA (sic) ASSIS, apresentou o menor preço (...) do presente certame licitatório (...)” (fl. 77), razão pela qual foi contratada para a execução do serviço (fl. 80).

Em consequência, em 29 de outubro de 2002, foi emitida a Nota de Empenho nº 2002NE900161, no valor de R\$ 14.040,00 (quatorze mil e quarenta reais), em favor do Acusado Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, para (fl. 82):

(...) recuperação de 180 (cento e oitenta) armários (sic), com serviço de solda, pintura, cor verde oliva e substituição de peças danificadas. Os armários são (sic) de 02 (duas) portas e com as seguintes medidas (1,87m de altura X 1m de largura X 50 cm de profundidade (...)).

O acréscimo de 30 (trinta) armários em relação ao objeto inicial da licitação foi realizado nos termos do artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, resultando no montante final destinado a recuperação de 180 (cento e oitenta) armários.

Em 29 de outubro de 2002, mesmo dia da lavratura da Nota de Empenho, a empresa J. C. Construções, de propriedade do Réu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, emitiu a Nota Fiscal nº 000085, no valor de R\$ 14.040,00 (quatorze mil e quarenta reais), consignando a realização dos serviços objetos de apuração nos presentes autos (fl. 84), os quais foram pagos ao Acusado Civil pela Ordem Bancária nº 2002OB000145, de 27 de novembro de 2002 (fl. 85).

Os autos revelam que a Administração Militar, em licitação solicitada e presidida pelo Cel RRM Ex MANOEL MARQUES FILHO, contratou a empresa do Corréu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS para prestação de serviços de recuperação de 180 (cento e oitenta) armários da Unidade Castrense, pagando ao referido Acusado o valor correspondente à execução do serviço.

Contudo a pintura e a recuperação dos mencionados armários não foram realizadas integralmente pela empresa do Corréu Civil, tendo sido executadas parcialmente pelo 2º Sgt Ex Antonio da Silva Oliveira que, à época dos acontecimentos, era Cabo da Força Terrestre, servindo junto à Unidade Militar.

Comprova esta assertiva o depoimento do Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS (fls. 707/709):

(...) que a empresa J. C. Construções e Comércio era de propriedade do interrogando (...) que confirma que a empresa J. C. Construções e Comércio foi a vencedora de uma licitação realizada no 12º B Sup em outubro de 2002 para reforma e pintura de 180 armários de alvenaria (...) lembra que sua empresa executou a reforma de 70 ou 80 armários da 2ª Companhia; que o dinheiro que recebeu não foi suficiente para completar o serviço, razão pela qual o fiscal administrativo determinou a devolução de parte do dinheiro para que o próprio pessoal do Batalhão realizasse a obra; que o interrogando devolveu o correspondente a cerca de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) em material, como lixa, pincéis, massa corrida, tintas etc.; que entregou o material no almoxarifado ao Ten ROBSON; que o fiscal administrativo à época era o segundo acusado, Cel MANOEL MARQUES FILHO; que o interrogando havia recebido o valor combinado na licitação antes do início das reformas, pois, como já atuava há algum tempo no quartel sem problemas, o fiscal administrativo, Cel MARQUES FILHO, concordou com tal procedimento; que, logo depois de haver recebido o dinheiro correspondente ao total da obra, o interrogando designou seis funcionários para a execução do serviço; que no período mencionado, não utilizou mão-de-obra de militar do Batalhão; que, quando o

Ten ROBSON, do almoxarifado, atestou o cumprimento dos serviços no verso da nota fiscal, a equipe do interrogando já havia concluído a reforma dos armários da 2ª Companhia, e já havia sido acertada com o Cel MARQUES FILHO a devolução de parte dos valores em material ao batalhão (...) que foi o próprio interrogando que fez os cálculos que resultaram no valor licitado, R\$ 1404,00 (sic) (quatorze mil reais); que os cálculos estavam incorretos, por isso não era possível concluir a reforma de todos os armários (180) por aquele valor (...) (Grifo nosso).

As declarações do Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS são corroboradas pelo depoimento prestado em Juízo pela testemunha 2º Sgt Ex Antonio da Silva Oliveira (fls. 779/780):

(...) que a testemunha se recorda de que no ano de dois mil e dois executou serviços de pintura em armários no 12º BSup; que se tratavam de armários de aço; que em alguns armários também foram realizados serviços de solda; que os armários eram pintados na cor verde-oliva; que tanto os serviços de solda quanto os de pintura foram executados pelo depoente; que não se recorda da quantidade exata de armários pintados (...) que o depoente recebeu ordens para executar os serviços sem ter conhecimento de que o mesmo pudesse ter sido contratado a terceiros; que viu o acusado Pedro Zeferino trabalhando no Batalhão (...) (Grifo nosso).

Conclui-se, portanto, que o Corréu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS não prestou integralmente o serviço para o qual foi contratado, ainda que tenha recebido antecipadamente da Unidade Castrense a quantia líquida de R\$ 12.516,66 (doze mil, quinhentos e dezesseis reais e sessenta e seis centavos), considerando o valor total de R\$ 14.040,00 (quatorze mil e quarenta reais), descontados os tributos, da ordem de R\$ 821,34 (oitocentos e vinte e um reais e trinta e quatro centavos) e de R\$ 702,00 (setecentos e dois reais).

Entretanto, o Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS devolveu à Administração Militar "(...) o correspondente a cerca de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) em material, como lixa, pincéis, massa corrida, tintas etc. (...)" (fls. 779/780).

Por outro lado, conforme consta da quebra de sigilo bancário do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, o Oficial Acusado recebeu, em 20 de dezembro de 2002, do Corréu Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, a importância de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), cujo montante, segundo o *Parquet* Castrense, corresponderia a uma vantagem indevida decorrente da contratação da empresa do Corréu para a execução de serviços de pintura e recuperação dos armários da Unidade Militar, configurando-se, pois, os delitos de corrupção ativa e passiva perpetrados pelos Acusados.

Estabelecida a cronologia dos acontecimentos narrados na Peça Vestibular, passo à análise do Recurso ministerial.

Em suas Razões, o MPM pugnou pela condenação do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO "(...) nas penas previstas para o art. 308, § 1º, do CPM,

com o aumento de pena-base (...)” (fl. 1.004) e que o Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS “(...) seja condenado nas penas previstas para o art. 309, parágrafo único, do CPM (...)” (fl. 1.004).

Não assiste razão ao Órgão de Acusação, porquanto não comprovada, na conduta dos Acusados, a prática delituosa descrita nos arts. 308 e 309 do CPM.

Acerca das condutas nucleares do referido tipo penal, cito o escólio de Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Militar Comentado*. 2ª ed. Forense. 2014. p. 411):

(...) Dar (entregar algo a alguém), oferecer (propor ou apresentar para que seja aceito) ou prometer (obrigar-se a dar algo a alguém) (...) cujo objeto é o dinheiro (...) ou outra vantagem; conjuga-se com praticar (executar ou levar a efeito), omitir (não fazer) ou retardar (atrasar), cujo objeto é o ato de ofício (...).

Para a configuração do delito em análise, exige-se que o agente entregue, ofereça ou prometa vantagem indevida para que o militar pratique, omita ou retarde ato de ofício. Em consequência, as condutas do corrupto e do corruptor devem ser analisadas em conjunto, a teor do que dispõe o escólio doutrinário de Jorge César de Assis, segundo o qual (*Comentários ao Código Penal Militar*. 7ª ed. Juruá. 2012. p. 688):

(...) é, via de regra, crime de mão dupla, pois não é crível que o servidor militar ou civil receba, para si ou outrem, a vantagem indevida, se não existir aquele que dá, oferece ou promete, o dinheiro ou a vantagem indevida. Ou seja: para que haja um corrompido, é necessário que haja um corruptor (...) (Grifo nosso).

Corroborado por precedente do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Nas formas de “dar” e “receber” – como também de “prometer” e “aceitar promessa” –, os tipos penais da corrupção ativa e passiva são interdependentes, ainda que o legislador tenha definido cada conduta em figura autônoma. Trata-se de hipótese de concurso necessário – diz-se necessário porque integra a própria definição típica, diferentemente do concurso eventual (...) (Recurso Especial nº 440.106/RJ, Relator: Ministro Paulo Medina, DJ: 9/10/2006).

Seguindo essa linha de entendimento, para a efetiva condenação dos Acusados, seria necessária a demonstração inequívoca de que o montante depositado pelo Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS na conta-corrente do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), teria sido resultado de vantagem indevida decorrente da contratação da empresa do Corréu Civil.

O Ministério Público Militar, no entanto, não logrou demonstrar a prática delituosa, até mesmo porque não seria crível imaginar que o valor deposi-

tado pelo Corréu Civil na conta-corrente do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO corresponderia a uma suposta vantagem indevida, porquanto superior ao valor da própria contratação.

Afinal, o valor da recuperação e pintura dos armários da Unidade Militar correspondia a R\$ 14.040,00 (quatorze mil e quarenta reais), montante que, descontados os impostos, resultou na importância líquida de R\$ 12.516,66 (doze mil e quinhentos e dezesseis reais e sessenta e seis reais).

Deve-se considerar que, segundo depoimento do próprio Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, foi devolvido à Unidade Militar o valor correspondente "(...) a cerca de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) em material, como lixa, pin-céis, massa corrida, tintas etc. (...)” (fls. 779/780), fato que reforça a verossimilhança das alegações do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, dando conta de que o montante depositado em sua conta-corrente adveio de uma contratação de ordem particular, o que foi corroborado pelo Corréu Civil.

Confiram-se, a respeito, os seguintes trechos dos depoimentos dos Réus:

1) Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, que declarou (fls. 486/488):

(...) não é verdadeira a imputação da denúncia (...) ao seu ver o fato de ter sido denunciado prende-se a ter recebido um depósito em dinheiro na sua conta bancária, no valor de quinze mil reais, precisamente no dia 20.12.2002 (...) quer esclarecer que recebeu valores entregues pelo outro acusado, mas que se referiam a outro objeto; o interrogando comprou um terreno em 2002, em Ponta Negra e contratou o outro acusado para fazer serviços nesse terreno, e pagou pela execução desses serviços, após dois meses de contratado o serviço o outro acusado não o executou, e devolveu ao interrogando o valor que este havia adiantado; o serviço a ser prestado era condizente com o valor pago; seria feito apilantamento do terreno, derrubada de árvores, cercamento do muro e aterramento; nesse serviço seria usado trator e caminhões; contratou o Sr. Pedro Zeferino porque havia recém chegado em Manaus, e não conhecia ninguém; o Sr. Pedro Zeferino foi indicado no próprio quartel, onde já prestava serviço há vários anos (...) quer justificar o porquê de ter pago adiantado o serviço acima referido a ser feito no terreno que comprou: como precisava (sic) caminhões e tratores e a firma do Sr. Pedro não tinha recursos para antecipar o pagamento, solicitou ao interrogando que pagasse adiantado, e ele concordou na base da confiança (...) (Grifo nosso).

2) Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, que declarou (fls. 707/709):

(...) a acusação que está sendo feita não é verdadeira (...) que confirma ter feito depósito na conta corrente do Cel MARQUES FILHO no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em dezembro de 2002; que o valor correspondia à restituição de um pagamento adiantado pelo Cel MARQUES FILHO ao depoente; que o valor era referente a um serviço que o Cel MARQUES FILHO tinha combinado com o interrogando para realização de terraplenagem, rede de esgoto e construção de muro em

um terreno que (sic) mencionado oficial tinha no bairro da Ponta Negra, nesta cidade; que, quando fez o orçamento para o coronel, o interrogando procurou uma pessoa que possuía máquina para terraplanagem que cobrou R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pelo serviço; que o restante (R\$ 7.000,00) correspondia à parte do serviço que caberia ao interrogando; que na época o interrogando queria R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo serviço, mas chegou a um acordo com o Cel MARQUES FILHO para fazer o serviço por R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); que na época o interrogando também prestava serviço ao CMA e, tendo constatado que não poderia fazer o serviço combinado com o Cel MARQUES FILHO sem prejudicar o andamento do serviço no CMA, o interrogando desistiu de fazer o serviço e devolveu o dinheiro (R\$ 15.000,00) ao coronel; que havia recebido o dinheiro (R\$ 15.000,00) em espécie, depositando-o na conta corrente de sua empresa, mas a devolução foi feita por um depósito na conta corrente do coronel (...) (Grifo nosso).

Embora não conste dos autos contrato escrito que comprove essas alegações, em Juízo, a Defesa do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO colacionou o Registro aquisitivo de propriedade em relação ao “(...) lote de terras nº 26, da Quadra nº 02, Núcleo 02, situado na Rua ‘B’, do Loteamento denominado ‘NÚCLEO RESIDENCIAL INTEGRADO PONTA NEGRA’, Bairro da Ponta Negra (...)” (fl. 580), terreno no qual seria realizado o serviço de terraplanagem pelo Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS, o que, aliado à ausência de provas da origem ilícita do depósito, confere maior verossimilhança aos depoimentos dos Acusados.

A empresa do corrêu Civil foi declarada vencedora do certame licitatório para execução dos serviços de pintura e recuperação dos armários da Unidade Militar, uma vez que apresentou a proposta com o menor preço para a realização do objeto contratado, tendo o Relatório de Tomada de Contas Especial da 12ª Inspetoria de Contabilidade e Finanças do Exército – ICFEx, que analisou a mencionada licitação, consignado que “(...) O referido processo foi posto à disposição desta perícia, onde examinamos as formalidades extrínsecas e intrínsecas, concluindo que foram cumpridas as formalidades legais (...)” (fl. 548).

Em consequência, não identifico o necessário nexo de causalidade entre o depósito efetuado pelo Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS e a conduta do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, apto a configurar os delitos nos quais os Acusados foram denunciados pelo Órgão de Acusação, haja vista não ter sido demonstrada qualquer fraude que justificasse o pagamento e o recebimento de vantagem indevida.

Para Enio Luiz Rossetto, a configuração do delito de corrupção assim se caracteriza (*Código Penal Militar Comentado*. Revista dos Tribunais. 2012. p. 1.047/1.048):

(...) A ação de dar, oferecer ou prometer vantagem indevida deve estar vinculada a uma contraprestação do militar ou do funcionário público de praticar, omitir ou retardar o ato funcional. O ato de ofício é

aquele incluído na esfera de competência do militar ou do funcionário. Deve haver nexó entre a conduta do corruptor e a do corrompido (...) (Grifo nosso).

Irretocável, portanto, a conclusão expendida pelo Colegiado Julgador *a quo* que, ao fundamentar o Decreto absolutório imposto aos Acusados, por unanimidade de votos, assim se manifestou (fls. 989/990):

(...) existe uma significativa diferença entre o que o Sr. Pedro Zeferrino recebeu da administração para os serviços de pintura (R\$ 12.516,66 líquidos, considerando os descontos legais) e o valor que o Cel Marques Filho teria recebido (R\$ 15.000,00). Sem dúvida, não seria razoável a uma empresa contratada repassar para o representante da administração contratante, a título de propina, um valor maior que o recebido daquela administração (...).

Em situação semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo enfrentou o tema relativo à divergência de valores entregues e recebidos, tendo firmado entendimento segundo o qual, em delitos de corrupção, a "(...) Divergência sobre o valor da vantagem oferecida (...)" acarreta "(...) Dúvida razoável – Absolvição decretada (...)" (Apelação nº 0111597-04.2012.8.26.0050, Relator: Desembargador Alexandre Almeida, DJe: 17/11/2015).

Em conclusão, os autos não comprovam que o Oficial Acusado recebeu vantagem indevida do Corréu Civil, restando prejudicada a demonstração da autoria delitiva.

Acerca dessa conclusão, esta Corte Castrense assim se pronunciou:

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 miliciens que o Graduado aceitou receber depósito em dinheiro na conta bancária (...) Não restou comprovado que o dinheiro depositado realmente tenha sido fruto de suborno, tampouco que o Sargento tenha exigido este valor (...) Autoria e materialidade do delito não caracterizadas. Apelo ministerial a que se nega provimento. Mantida a absolvição. Unânime (...) (Apelação nº 16-77.2009.7.12.0012/AM, Relator: Ministro Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, DJe: 8/10/2015) (Grifo nosso).

Não merece reparo, portanto, a Sentença vergastada, devendo ser mantida a absolvição dos Réus "(...) com base no art. 439, alínea 'a', segunda parte, do Código de Processo Penal Militar (...)" (fl. 974), haja vista a ausência de provas da existência do fato típico.

Diante da manutenção da Sentença absolutória, passo à análise dos argumentos expendidos pelo Órgão de Acusação, limitados à afirmação segundo a qual (fl. 1.002):

(...) O único e frágil argumento empregado pelo Colendo Conselho Especial de Justiça para o Exército para absolver os acusados foi a diferença

entre o valor liquidado em favor da empresa do acusado PEDRO ZEFERINO para realizar o serviço que acabou não fazendo (...) e o valor depositado a título de propina na conta do acusado Ten Cel (sic) MARQUES FILHO, mas se sabe que as negociações escusas não são feitas às claras e a empresa do acusado PEDRO ZEFERINO realizava diversas tarefas naquele aquartelamento, razão pela qual é plenamente plausível supor que esse valor possa abranger outros acertos escusos (...).

Não assiste razão ao Ministério Público Militar.

O Órgão ministerial requereu e teve deferida a quebra do sigilo bancário do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO, a qual revelou um depósito de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em sua conta-corrente, efetuado pelo Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS.

Era de se esperar que o Ministério Público Militar, até mesmo para comprovar que a importância depositada na conta-corrente do Oficial Acusado referia-se a “(...) outros acertos escusos (...)” (fl. 1.002), buscasse elementos comprobatórios dessa afirmação. Afinal, a imposição de um Decreto condenatório exige provas acerca da conduta delituosa perpetrada pelos agentes.

Entretanto, os autos não apresentam elementos concretos que conduzam ao entendimento segundo o qual o Corréu Civil tenha formalizado contratos fraudulentos com a Administração Militar no âmbito daquela Unidade, tampouco que, dessas contratações, tenha auferido vantagem indevida. Assim, é de se concluir que as assertivas ministeriais tratam, quando muito, de meras suposições, incapazes de subsidiar a condenação requerida, tendo constado do próprio arrazoado ministerial que seria uma hipótese, tão somente, “(...) plausível (...)” (fl. 1.002).

Acerca do crime apurado nos presentes autos, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual:

(...) O delito de corrupção via de regra permite que seus autores, mercê da falta de suficiente lastro probatório, escapem pelos desvãos, em manifesta apologia do fantasma da impunidade [...] Bem por isso, vem se entendendo que indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados, por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente (...) (Ação Penal nº 481/PA, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe: 28/6/2012) (Grifo nosso).

Nos delitos descritos nos presentes autos, indícios e presunções somente podem subsidiar um decreto condenatório se não forem contrariados por contraindícios ou por provas produzidas no decorrer da instrução processual.

In casu, a alegada origem ilícita do valor depositado pelo Civil PEDRO ZEFERINO SOUZA ASSIS na conta-corrente do Cel RRm Ex MANOEL MARQUES FILHO não foi comprovada pelo Órgão ministerial, tendo sido contradi-

tada pelas versões apresentadas em Juízo pelos Acusados, os quais demonstraram, por provas documentais, a verossimilhança de suas alegações, impondo-se a manutenção do Decreto absolutório.

O próprio Acórdão prolatado pelo Tribunal de Contas da União na TC 009.542/2003-3, que apurou as irregularidades objeto do presente feito, ressaltou que, no tocante às contas apresentadas pelo Cel RRM Ex MANOEL MARQUES FILHO, "(...) é defeso imputar-lhe responsabilidade (...)" (fl. 543).

Não demonstrada, portanto, a prática delituosa perpetrada pelos Acusados e refutados os argumentos ministeriais, não merece reparo a Sentença absolutória proferida pelo Colegiado Julgador de primeiro grau.

Diante do exposto, nego provimento ao Apelo ministerial, para manter na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo ministerial, para manter na íntegra a Sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Brasília, 15 de setembro de 2016 – Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 26-35.2015.7.11.0111-DF

Relator: Min. Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: Edilson Pereira de Sousa, ex-2º Ten Temp Ex, condenado à pena de 8 meses de detenção, como incurso no art. 213, *caput*, e 319, *c/c* o art. 79, todos 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 Especial de Justiça da 1ª Auditoria da 11ª CJM, de 22/3/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. CRIMES DE MAUS-TRATOS E PREVARICAÇÃO. PRELIMINAR SUSCITADA PELA PGJM RECONHECENDO O CRIME DE TORTURA. REJEIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO APELO DEFENSIVO EM SEU MÉRITO.

No delito de maus-tratos, o elemento subjetivo do tipo é o dolo, o qual se expressa na vontade livre e consciente de sujeitar a vítima a trabalhos excessivos e inadequados, pondo-a, propositalmente, em situação de risco físico ou psíquico.

Diferente é a previsão contida no inciso II do art. 1º da Lei de Tortura, no qual consta que o resultado se dá com o efetivo dano, que é o “*intenso sofrimento*” físico ou mental da vítima, agindo, assim, o sujeito ativo com o dolo de dano.

Na hipótese, a conduta perpetrada pelo **Apelante** amolda-se ao delito tipificado no art. 213 do CPM, pois é possível depreender que o **Acusado** não tinha o dolo específico de torturar o militar, mas tão somente o de corrigi-lo, ainda que de forma abusiva, chegando, inclusive, a submetê-lo irresponsavelmente a perigo de vida em lugar sujeito à Administração Militar.

Preliminar rejeitada por unanimidade.

No mérito, firme é o contingente probatório a autorizar a formação de um diagnóstico de certeza quanto a ter o **Acusado** efetivamente cometido os delitos que lhes foram imputados, em razão do que a sua condenação deve ser mantida por incursão nos artigos 213, *caput*, e 319, *c/c* o artigo 79, todos do Código Penal Militar, nos exatos termos da **Sentença** hostilizada.

Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhecimento do Apelo. **No mérito, por unanimidade**, negou provimento ao Apelo da defesa, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Jaime de Cássio Miranda. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 98ª Sessão, 19/12/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação** formulada pelo ex-2º Ten Temp Ex EDILSON PEREIRA DE SOUSA, inconformado com a **Sentença** do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 11ª CJM, de 22/3/2016.

In casu, o ex 2º Ten Temp Ex EDILSON PEREIRA DE SOUSA foi condenado à pena de 8 meses de detenção, como incurso no art. 213, *caput*, e 319, c/c o art. 79, todos do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, o direito de apelar em liberdade e o regime prisional inicialmente aberto.

Narra a **Denúncia** de fls. 2 a 6, *in verbis*:

No dia 1º de agosto de 2014, sexta-feira, por volta da 01 h, o Soldado WELITON BERNARDO LEITE JÚNIOR, sentinela da hora no Posto P2 do CCOMGEX, em contato visual com Soldado WALYSSON ALVES VAZ permanência da EsCOM, informou que precisaria ir ao banheiro.

Decorrido certo tempo, o SD LEITE entrou no alojamento dos Oficiais da EsCOM, colocou seu equipamento de rádio e seu armamento na parte de cima de um beliche e dormiu na parte de baixo deste.

Por volta das 02h, o Cabo da Guarda ALEXANDRE OLIVEIRA BARROSO, ao iniciar a sua ronda pelo CCOMGEX para executar a troca dos postos, chamou, por várias vezes, o Soldado LEITE pelo rádio, mas não obteve resposta deste.

Diante disso, o referido Cabo resolveu, juntamente com o Soldado EDIVAN FRANCISCO FERREIRA, motorista-de-dia, e o Soldado WEMERSON PATRICK NERES DA SILVA, outra sentinela, procurar o Soldado LEITE, encontrando-o dormindo no alojamento dos Oficiais da EsCOM.

Ato contínuo, o Cabo ALEXANDRE deu voz de prisão ao Soldado LEITE e comunicou o ocorrido ao Oficial-de-Dia, 2º Tenente EDILSON PEREIRA DE SOUSA, ora Denunciado, que estava do lado de fora do alojamento.

Ao entrar no local, por volta das 2h15, o Tenente SOUSA se recusou a fazer o Auto de Prisão em Flagrante e começou a punir fisicamente o Soldado LEITE, que havia abandonado o posto de sentinela para dormir, determinando que o referido recruta executasse os comandos de “sentado um dois, flexões e frente para retaguarda”.

Nesse momento, o Tenente SOUSA liberou, para retorno ao Corpo da Guarda, o Cabo ALEXANDRE e os Soldados EDIVAN e WEMERSON, ficando somente o referido Oficial e o Soldado LEITE no alojamento.

Após certo tempo, o Tenente SOUSA retornou ao Corpo da Guarda, juntamente com o Soldado LEITE, e ordenou que o recruta desse uma volta correndo no quartel em um prazo de 10 (dez) minutos.

No entanto, as sentinelas da hora não foram avisadas, mesmo por rádio, que o Soldado LEITE faria uma corrida no meio madrugada em toda a organização militar.

O medo do Soldado LEITE de ser atingido por alguma sentinela restou comprovado quando, de acordo com das testemunhas, que ele, ao passar por cada posto, gritava para a sentinela para não ser confundido com uma ameaça externa.

Após a corrida, o Tenente SOUSA recomeçou a punir fisicamente o referido soldado. A partir desse momento, o Soldado LEITE pediu chorando e reiteradamente que o mencionado Oficial o prendesse, não sendo atendido.

O 3º Sargento NEMER ALBANO MAGALHÃES MOLLON, permanência das 02h às 04h, sob ordens do Tenente, pegou o Soldado LEITE pela gandola e o sacudiu, colocando-o para pagar flexões com comandos de “sentado um dois, flexões e frente para retaguarda”. Essas punições físicas perduraram por cerca de 30 (trinta) minutos.

Diante de tais punições, o Soldado LEITE suplicou inúmeras vezes ao Tenente SOUSA para que o prendesse, mas o oficial se recusou a efetuar a prisão, dizendo que não perderia a sexta-feira lavrando o Auto de Prisão em Flagrante.

Seguidamente, o ora Denunciado ordenou que o Soldado LEITE corresse ao lado da viatura de dia nas trocas de postos e, quando retornasse ao Corpo da Guarda, que ficasse de pé em posição de descansar, revezando com a posição de sentido, até entrar no seu horário de sentinela, que seria às 06h.

O Cabo ALEXANDRE obedeceu parcialmente a ordem do Tenente, porque, no percurso que poderia ser visto pelo referido oficial, o mencionado Cabo ordenou que o Soldado LEITE corresse ao lado da viatura, mas, no trecho em que não poderia ser visto pelo Tenente, o Cabo ALEXANDRE ordenou que o Soldado entrasse na viatura e retirou o armamento do recruta para evitar reação deste.

Após isso, a 3º Sargento DISOLENTE ALZIRA UCHÔA CARVALHO, permanência das 04h às 06h, também cumprindo ordens do Te-

nente SOUSA, manteve o Soldado LEITE na posição de descansar, revezando com a posição de sentido.

Todos os fatos ocorreram entre 1h às 10 horas do dia 1º de agosto de 2014 e o Comandante da Guarda não foi acordado em momento algum para tomar conhecimento do ocorrido.

Ao ordenar que o Soldado LEITE, pessoa sob sua autoridade, fizesse uma “corrida” pelo perímetro do quartel, durante a madrugada, abusando dos meios de correção e disciplina, sem avisar as sentinelas por rádio de tal determinação, o ora Denunciado, 2º Tenente SOUSA, expôs a perigo a vida do referido recruta, porque, qualquer sentinela desavisada poderia ceifar a vida do Soldado LEITE ao confundi-lo como ameaça externa.

Além do mais, conforme foi apurado, a conduta do 2º Tenente SOUSA de não prender em flagrante delito o Soldado LEITE pela prática do crime de abandono de posto, alegando o Oficial que não queria perder a sua sexta-feira lavrando o Auto de Prisão em Flagrante, amolda-se ao crime de prevaricação, porque o Denunciado deixou de praticar ato de ofício, inerente da sua autoridade de polícia judiciária militar, para satisfazer o seu interesse pessoal de punir e humilhar o mencionado Soldado diante dos outros militares de serviço.

Desse modo, sendo objetiva e subjetivamente típicas as condutas do Denunciado, bem como comprovadas a autoria e a materialidade dos tipos penais, o 2º Tenente SOUSA está incurso nas sanções do artigo 213 (maus-tratos) e 319 (prevaricação), todos do Código Penal Militar.

Com relação à conduta de abandono de posto praticada pelo Soldado WELITON BERNARDO LEITE JÚNIOR, este Órgão Ministerial ofereceu, em apartado, denúncia em desfavor do referido militar.

Por todo o exposto; o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR protesta pelo recebimento da presente Exordial Acusatória, com a citação do Denunciado 2º Ten EDILSON PEREIRA DE SOUSA para se ver processar e julgar até final condenação, perante esse Juízo, como incurso nas sanções dos crimes tipificados nos artigos 213 e 319 c/c artigo 79, todos do Código Penal Militar, sob pena de revelia.

A **Exordial** encontra-se lastreada no Inquérito Policial Militar de fls. 25 a 447 (**Solução** às fls. 448 a 450) e nos resultados das diligências requeridas pelo *Parquet*, de fls. 453 e 454 e 461 a 475, todas do Anexo.

A **Acusatória** foi recebida à fl. 8.

As **Testemunhas** do **MPM** foram ouvidas: 3º Sgt NEMER ALBANO MAGALHÃES às fls. 54 a 56; Cb ALEXANDRE OLIVEIRA BARROSO às fls. 58 a 60; Sd EDVAN FRANCISCO FERREIRA às fls. 63 a 65; Sd WESLEY LUCAS RODRIGUES DA SILVA às fls. 67 a 69; Sd MATHEUS FELLIPE PEREIRA BARBOSA às fls. 71 e 72.

O **Ofendido**, Sd WELITON BERNARDO LEITE JÚNIOR, foi ouvido às fls. 89 a 91.

A **Testemunha** da **Defesa** do Sd WALYSSON ALVES VAZ foi inquirida às fls. 105 e 106.

O **Acusado** foi devidamente citado, qualificado e interrogado às fls. 39v e 114 a 117.

No prazo do art. 427 do Código de Processo Penal Militar, as **Partes** nada requereram, consoante dito às fls. 121 e 122v.

O **MPM** ofertou as suas **Alegações Escritas** às fls. 130 a 135v.

A **Defesa** apresentou as suas **Alegações Escritas** às fls. 138 a 146.

O **Acusado** foi licenciado das fileiras do Exército em 25/2/2016 (fl. 180).

O **Julgamento** foi realizado nos termos da **Ata** de fls. 182 e 183, com a prolação do veredito condenatório por unanimidade de votos.

A **Sentença** encontra-se às fls. 184 a 193, tendo sido lida, assinada e publicada nos termos da **Ata** à fl. 194.

O **Apelo** da **Defesa** está à fl. 197.

Em suas **Razões** de fls. 203 a 211, a **Defesa** sustenta, de início, a tese da atipicidade, na medida em que, a seu aviso, a conduta do **Acusado** não caracteriza o crime de prevaricação, em razão da ausência do elemento subjetivo do referido delito. No ponto, afirma que a alegação do **Apelante** de que não perderia a sua sexta-feira para praticar ato de ofício teria sido testemunhada apenas pelos soldados que estavam dentro do alojamento com a suposta vítima, sendo nítida a presença de conluio entre eles. Assevera, adiante, que, pelo fato do **MPM** ter requerido a absolvição do **Ofendido** quanto ao crime de abandono de posto, é demonstrado que o **Apelante** não poderia ter instaurado o **Auto de Prisão em Flagrante**, conseqüentemente agindo conforme a lei. Aduz, quanto ao crime de maus-tratos, que o **Apelante** apenas determinou que a suposta vítima praticasse por alguns minutos atividades físicas inerentes ao serviço militar, não havendo, desse modo, a vontade e a consciência de maltratar o ex-Sd Leite. Sustenta, ainda, que em nenhum momento foram comprovadas atitudes vexatórias e humilhantes por parte do **Acusado**. Requer, quanto ao *sursis*, o afastamento da condição imposta na **Sentença** de “não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender”, tendo em vista o **Apelante** em nenhum momento nas suas condutas ter se utilizado de armas. Pede, ao fim, a aplicação da atenuante de confissão, caso se entenda que a conduta praticada pelo **Apelante** consiste em crime.

Em suas **Contrarrazões** de fls. 221 a 228v, o **MPM** sustenta que, diante do conjunto probatório dos autos, a **Sentença** deve ser mantida por suas próprias razões. Aponta, quanto ao crime de prevaricação, que o delito encontra-se perfeitamente caracterizado em razão do preenchimento das elementares do referido tipo. Aduz, quanto ao crime de maus-tratos, que o referido delito também restou plenamente configurado. No ponto, salienta que, ao decidir punir

o **Ofendido** de outra forma que não a prevista na lei, o **Apelante**, na condição de Oficial de Dia, abusou dos meios de correção e disciplina, expondo a perigo de vida um militar sob sua autoridade. Assevera, ainda, que é descabido o pedido da **Defesa** para aplicação da atenuante em virtude de confissão, uma vez que não houve confissão espontânea e, ainda que existisse, não poderia haver a atenuação, tendo em vista o **Acusado** ter sido condenado às penas mínimas em ambos os crimes. Requer, afinal, o desprovimento do **Recurso de Apelação**.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em **Parecer** de fls. 239 a 246, da lavra do Subprocurador-Geral Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira, manifesta-se, preliminarmente, pela anulação da **Sentença** quanto ao crime de maus-tratos, por entender que os fatos se amoldam ao delito de tortura, regido pela Lei nº 9.455/97. No mérito, opina pelo não provimento do **Apelo** defensivo.

É o Relatório.

VOTO

Examina-se, em primeiro lugar, a preliminar suscitada pela **PGJM** no sentido do não conhecimento do crime de maus-tratos, por entender que os fatos se amoldam ao delito de tortura, regido pela Lei nº 9.455/97, de competência da Justiça Federal.

Inicialmente, há que se diferenciar o crime de maus-tratos do delito de tortura quanto aos elementos do tipo penal.

No ponto, tem-se que, no delito de maus-tratos, o elemento subjetivo do tipo é o dolo, o qual se expressa na vontade livre e consciente de sujeitar a vítima a trabalhos excessivos e inadequados, pondo-a, propositalmente, em situação de risco físico ou psíquico. O resultado se dá com a exposição ao dano.

Nesse sentido, citando Julio Fabbrini Mirabete, o julgado do Tribunal de Alçada Criminal do Rio Grande do Sul:

O crime de maus-tratos é exclusivamente doloso e o crime exige a vontade do agente de praticar qualquer um dos atos descritos no tipo. **Faz-se necessário o *animus corrigendi* ou *disciplinandi*, mas não se exige a intenção lesiva e sim apenas a consciência de está colocando em risco a saúde física ou psicológica da vítima.** (In: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 144).

Em outro giro, diferente é a previsão contida no inciso II do art. 1º da Lei de Tortura, no qual consta que o resultado se dá com o efetivo dano, que é o "**intenso sofrimento**" físico ou mental da vítima, agindo, assim, o sujeito ativo com o dolo de dano. Veja-se:

LEI Nº 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997.

Art. 1º Constitui crime de tortura:

(...)

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a **intenso sofrimento físico ou mental**, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Assim, verifica-se que a diferença entre os dois delitos deve ser analisada de acordo com a intenção do sujeito ativo.

Nesse sentido, a propósito, é o magistério do jurista e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo Alberto Silva Franco⁷⁸:

Se a intenção do agente era corrigir, mesmo com uso de meio abusivo ou até mesmo cruel, sua conduta ajusta-se à figura dos maus-tratos. Se atuou com o fim de provocar na vítima sofrimento físico ou mental, movido por sentimento subalterno ou até mesmo vil, configura-se o delito de tortura.

Não há dúvidas de que os fatos ocorreram da forma como foi descrita pelo MPM, porquanto há nos autos depoimentos de testemunhas presenciais.

Nesse sentido, cita-se a **Decisão** recorrida, *in verbis*:

O delito de Maus-Tratos, ao qual o acusado responde, exige que a vítima seja exposta a perigo em lugar sujeito à administração militar ou no exercício da função militar, sendo que a vítima deve estar vinculada obrigatoriamente ao agente.

Nítido é que existia o vínculo obrigacional entre ofendido e o agente, haja vista que o Tenente era o Oficial de Dia no dia dos fatos, sendo possível observar o vínculo, ainda, pelo posto que possui ambos os militares.

É possível vislumbrar, através dos depoimentos, que o ofendido teve sua vida exposta a perigo, pois o Oficial determinou que o recruta corresse em volta do quartel, passando por cada posto de serviço, durante a madrugada, sem que as sentinelas soubessem que esse fato iria acontecer....

Assim, a conduta perpetrada pelo **Apelante** amolda-se ao delito tipificado no art. 213 do CPM, pois é possível depreender que o **Acusado** não tinha o dolo específico de torturar o ex-Sd Leite, mas tão somente o de corrigi-lo, ainda que de forma abusiva, chegando, inclusive, a submetê-lo irresponsavelmente a perigo de vida em lugar sujeito à Administração Militar.

Nesse sentido apontam os seguintes precedentes do Superior Tribunal Militar:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE INDEFERE ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA SUSCITADA PELO MPM, ADUZINDO QUE A CONDOTA DOS MILITARES INSTRUTORES CONTRA OS INSTRUENDOS SE SUBSUME AO CRIME DE TORTURA, PREVISTO NA LEI Nº 9.455/97. RECURSO DESPROVIDO. Maus-tratos, violência contra

⁷⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

inferior e excessos na imposição de castigos durante treinamento de militares são condutas que estão previstas no Código Penal Militar e, como tais, são da competência da Justiça Castrense. Recurso não provido. Decisão unânime. (RSE nº 73-74.2014.7.01.0301/RJ, Relator Ministro José Coêlho Ferreira, 12/5/2015).

RECURSO INOMINADO. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO FEITA PELO MPM. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO. AUSÊNCIA DA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TORTURA. INDÍCIOS DE MAUS-TRATOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. RECURSO DESPROVIDO. *In casu*, as condutas perpetradas pelos Oficiais amoldam-se ao delito tipificado no art. 213 do CPM, porquanto houve, em tese, a exposição a perigo da vida ou saúde do Ofendido, em lugar sujeito à Administração Militar, por pessoa que detinha autoridade para fins de instrução, abusando de meios de correção ou disciplina. Destarte, embora grave o fato que, em tese, configura crime militar, deverá ser apreciado por esta Justiça Especializada em momento oportuno. Recurso ministerial desprovido. Decisão unânime. (RSE nº 109-46.2015.7.05.0005/PR, Relator Ministro José Barroso Filho, 27/4/2016).

É o quanto basta.

Posto isso, rejeita-se a **preliminar**.

No mérito, a **Sentença** não merece reparos.

Como é cediço, o delito de maus-tratos, previsto no Código Penal Militar, exige que a exposição ao perigo seja levada a efeito em local sujeito à Administração Militar. Além disso, o art. 213 do CPM prevê para a vítima mais uma situação, que é a de estar submetida à autoridade do agente.

Consoante a doutrina e a jurisprudência dominantes, o citado crime, como dito alhures, é exclusivamente doloso, exigindo-se, para o seu perfazimento, que o agente atue com vontade desembaraçada de expor a perigo a vida ou a saúde da vítima ou que, conscientemente, assuma o risco de fazê-lo.

Como decorrência, o perigo de dano à vida ou à saúde deverá ser concreto, sob pena de, em não sendo comprovado, a conduta ser considerada atípica.

A propósito, com propriedade, leciona Fernando Capez que, no crime de maus-tratos,

o elemento subjetivo do tipo é o **ânimo** de maltratar o sujeito passivo, que se encontra em uma das condições previstas no artigo e, assim, **expor a perigo a sua incolumidade física ou psíquica**. (*in Curso de Direito Penal. Parte Especial*. Volume II. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 259).

In casu, em que pese o denodado esforço da **Defesa** para tentar provar o contrário, dúvida não há de que o **Acusado**, com seu proceder, desenhou a figura típica de **Maus-Tratos**, conforme recortado no art. 213 do CPM.

Nesse sentido aponta a prova testemunhal em **Juízo**:

3º Sgt NEMER ALBANO MAGALHÃES MOLLON

Que, na data do fato em questão, estava de serviço escalado para a **função de Sargento-de-Dia**, quando o Tenente SOUSA era o Oficial-de-Dia; [...] **que o Tenente SOUSA lhe determinou que continuasse a ordenar ao Soldado LEITE a alternar o sentido e descansar ou seja o Soldado deveria ficar de pé com os braços para trás na posição de descansar e sentido**, com um intervalo de tempo para não ficar na mesma posição; que isso durou até mais ou menos o término do quarto de hora, que seria às 4 horas da manhã. [...] **que durante o tempo em que o Depoente aplicava as punições o Soldado LEITE pediu para ser preso**; que o Tenente disse que achava melhor não prender; **que viu o Tenente falar ao Soldado LEITE que iria colocá-lo para correr ao lado da viatura de dia nas trocas de postos**; que quando o Soldado LEITE retornou ao Corpo da Guarda. (grifo nosso) (fls. 54 e 55).

Cb ALEXANDRE OLIVEIRA BARROSO

que **o Tenente disse que ia “ralar” o Soldado LEITE** e depois de ouvir isso o cabo saiu do local porque não queria participar; que o Depoente foi para o Corpo da Guarda e algum tempo depois lá chegou Tenente e o Soldado LEITE; **que o Tenente ordenou que o Soldado LEITE corresse em volta do perímetro do Quartel e depois que o Soldado pagasse flexão, ficasse em posição e sentar e descansar correto, sentado dois, flexões em frente para retaguarda**; que isso durou até às 4 horas da manhã; **que na rendição de 4 horas o Tenente ordenou que o Soldado LEITE corresse ao lado da viatura de dia nas trocas de postos**; que quando terminou essa corrida o Tenente mandou que o Soldado ficasse na posição de descansar em frente a porta da guarda; que umas 4 horas e trinta minutos. [...] que o Soldado LEITE chorava e pedia para ser preso durante as punições; **que as sentinelas não foram avisadas que havia um Soldado correndo sozinho na madrugada; que não ouviu gritos do Soldado LEITE para avisar aos Sentinelas que estava correndo**. (grifo nosso) (fls. 58 e 59).

Sd EDIVAN FRANCISCO FERREIRA

Às perguntas da Dra. Juíza-Auditora, respondeu [...] que viu quando o cabo da guarda disse ao Oficial-de-Dia que o Soldado LEITE estaria preso por estar dormindo; **que o tenente respondeu que não era o caso de prisão e que ia “ralar ele”**, porque se não ficaria até o dia seguinte fazendo a parte para prender o Soldado. [...] **que viu também o Tenente dá ordem ao cabo da Guarda para que em todas as rendições o Soldado LEITE corresse ao lado da viatura de dia; que o Soldado correu ao lado da viatura até determinado momento em que era visto pelo oficial** e no local onde havia uma curva, o Cabo pediu ao Depoente para parar a viatura e mandou que o Soldado entrasse na mesma e que quando voltou ao local onde era visto pelo tenente o Soldado LEITE desceu da viatura e continuou correndo ao lado; **que o percurso da corrida é de mais ou menos 4 km**; que a ordem para pagar a

flexão, no momento em que o Sargento NEMER aplicava as punições, foi do próprio Sargento que tinha recebido ordem do Tenente para “ralar o Soldado”, de forma que não precisasse prendê-lo. [...] que o Depoente foi dormir por volta de 2 horas e 40 minutos e acordou às 3 horas e 50 minutos **e quando acordou o Soldado LEITE ainda estava sendo punido.** (grifo nosso) (fls. 63 e 64).

Sd WESLEY LUCAS RODRIGUES DA SILVA

que, na data do fato em questão, estava de serviço e era sentinela do quarto de hora que renderia o Soldado LEITE, no horário das 2 horas às 4 horas da manhã; **que uns 40 minutos depois que assumiu seu quarto de hora, viu o Soldado LEITE passando pelo seu posto, correndo;** que não sabia da punição **e não reconheceu o Soldado LEITE e por isso fez a abordagem padrão: “alto lá, identifique-se”,** tendo o Soldado respondido, mas o Depoente não entendeu o que foi dito por que o Soldado estava ofegante, mas no dia seguinte conversando com o Soldado LEITE o mesmo lhe disse que havia respondido “LEITE”; **que o Soldado LEITE estava correndo na direção do seu posto, pela pista, e no momento que o mesmo fez a curva o Depoente trocou de posição no posto, deu o golpe no armamento, momento em que o Soldado LEITE parou, falou de novo, mas o Depoente não entendeu, entretanto o reconheceu;** que o Soldado LEITE continuou correndo; que às 4 horas da manhã, horário da nova rendição, viu o Soldado LEITE dentro da marruá, como é chamada a viatura, e ali naquele posto o Soldado desceu da viatura e continuou correndo em frente da viatura. [...] que quando o Depoente foi para o corpo da guarda, depois do seu quarto de hora, **viu o Soldado LEITE pagando flexão, sentando e levantando e uma hora pediu para ser preso, dizendo que preferia ser preso porque não aguentava mais continuar ser humilhado e o Soldado estava chorando;** que isso continuou até mais ou menos umas 5 horas da manhã. (grifo nosso) (fls. 67 e 68).

Sd MATHEUS FELLIPE PEREIRA BARBOSA

que na data do fato em questão estava de serviço e escalado para sentinela no P8; que seu quarto de hora era das 2 horas às 4 horas da manhã; **que mais ou menos na metade do seu quarto de hora o Soldado LEITE passou correndo pelo posto e não foi reconhecido pelo Depoente;** [...] **que o Depoente o mandou parar, mas o Soldado não obedeceu e continuou correndo** em direção aos outros postos; que nada fez porque o Soldado não estava indo na sua direção. [...] **que nenhuma sentinela foi avisada da corrida do Soldado LEITE pelo Quartel.** (grifo nosso) (fls. 71 e 72).

Nesse passo, pois, indubitosa é a prática, pelo **Acusado**, do delito de maus-tratos previsto no art. 213 do CPM, restando ausentes causas de qualquer natureza que o exculpem ou justifiquem licitamente.

Por outro lado, quanto ao delito de prevaricação pelo qual também restou o **Apelante** condenado, precisa foi a **Sentença** em sua fundamentação,

conforme bem denota o fragmento que segue transcrito e que, inclusive, se prestigia como razão de decidir, *ipsis litteris*:

No que versa ao delito de Prevaricação, acusação também imputada ao Oficial, dispõe o artigo 319 do Código Penal Militar: “**Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal**”.

Segundo depoimento das testemunhas, o 2º Tenente EDILSON SOUSA recusou-se a lavrar o Auto de Prisão em Flagrante, mesmo tendo sido dada a voz de prisão ao soldado, pois estaria preocupado em ocupar-se, em uma sexta-feira, com procedimentos administrativos que seriam de sua competência, conforme relatado em depoimento.

Nemer Albano Magalhães Mollon:

(...) o Depoente ouviu o tenente SOUSA dizer que não iria fazer o APF, por umas três vezes, “por conta de ser mais trabalhoso e por achar que o Soldado já entenderia que fez besteira” (...)

Alexandre Oliveira Barroso:

(...) que o tenente respondeu que não ia prender o Soldado porque não ficar fazendo APF numa sexta-feira (...)

Edivan Francisco Ferreira:

(...) que o tenente respondeu que não era o caso de prisão e que ia “rala ele”, porque se não ficaria até o dia seguinte fazendo “a parte para prender o Soldado” (...)

Wesley Lucas Rodrigues da Silva:

(...) que o Depoente não ouviu o tenente SOUSA dizer que não lavraria APF para não perder a sexta-feira, mas que ouviu o pessoal do mesmo quarto de hora do Soldado LEITE dizer que havia ouvido isso (...)

Ofendido **Welinton Bernardo Leite Júnior:**

(...) que foi acordado pelo Cabo ALEXANDRE, no alojamento, quando lhe deu ordem de prisão e logo em seguida chegou ao local o Tenente SOUSA, que foi informado pelo cabo sobre a voz de prisão ao Soldado e disse que não iria fazer a prisão, porque o Auto de Prisão em Flagrante iria demorar muito (...)

Assim, o Tenente omitiu-se dolosamente, deixando de praticar um ato de ofício que era de sua esfera de atribuição, tendo esse comportamento ocorrido indevidamente, infringindo seu dever funcional.

Deixou de praticar o ato de ofício justamente porque considerava que seria trabalhoso realizá-lo na sexta-feira vindoura, satisfazendo interesse e sentimento pessoal.

Em outro giro, também não procede o pedido da **Defesa** pela não aplicação da condição do **sursis** que versa sobre porte de armas ou instrumentos capazes de ofender, alegando que tal condição possui caráter facultativo.

No ponto, claras são as redações do § 2º do art. 608 e do art. 626, todos do CPPM, em que a condição de não portar armas ou instrumentos capazes de ofender é de caráter obrigatório, e não facultativo. Confira-se:

Art. 608 (...)

§ 2º - Poderão ser impostas, como normas de conduta e obrigações, **além das previstas no art. 626** deste Código, as seguintes condições:

Normas obrigatórias para obtenção do livramento

Art. 626. Serão normas obrigatórias impostas ao sentenciado que obtiver o livramento condicional:

- a) tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;
- b) não se ausentar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização;
- c) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender;** (grifo nosso)
- d) não frequentar casas de bebidas alcoólicas ou de tavernagem;
- e) não mudar de habitação, sem aviso prévio à autoridade competente.

Por fim, também, não deve prosperar o pedido da **Defesa** pela aplicação da atenuante em virtude da confissão do **Apelante**; a uma porque não houve, por parte do **Acusado**, a confissão espontânea, haja vista ter negado, em seus interrogatórios, a maioria dos fatos a ele imputados; a duas porque as penas aplicadas foram dosadas no mínimo legal, não cabendo, pois, reduzi-las ainda mais.

O Superior Tribunal Militar já decidiu nesse mesmo sentido, consoante denota, à guisa de referência, o precedente a seguir ementado:

APELAÇÃO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. DELITO DELINEADO E PROVADO EM TODAS AS SUAS ELEMENTARES. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE MATERIAL QUE NÃO ENCONTRA ARRIMO NA DOUTRINA NEM NO CADERNO PROBATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA, *IN CASU*, DA ATENUAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. Delito de **Falsificação de documento** delineado e provado em todas as suas elementares. (...) Também não há como aplicar, na hipótese, a atenuação genérica prevista no artigo 72, inciso III, alínea “d”, do CPM: **a uma** porque, à evidência, ainda que o **Acusado** tenha confessado espontaneamente a prática do delito, essa sua atitude não teve significado determinante para o desvelamento da autoria, que, desde o início da **Inquisição**, encontrava-se anunciada pela

própria dinâmica do fato delituoso; e, **a duas**, porque, **ainda que só para argumentar se admitisse que houve efetivamente a confissão espontânea de que trata o precitado dispositivo legal**, descabida seria a sua aplicação na espécie, na medida em que a reprimenda já foi fixada no mínimo legal previsto no preceito secundário do artigo 311 do CPM para a hipótese de falsificação de documento público, mínimo esse que não pode ser descaracterizado por força da incidência de atenuantes genéricas, conforme, com clareza meridiana, deixam entrever o artigo 73 do CPM – o qual dita que **“quando a lei determina a agravação ou atenuação, sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”** – e o artigo 76 do mesmo códex – que estabelece que **o juiz não fica adstrito ao limite da pena “somente quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição”**. No mérito, provimento parcial do **Apelo** por unanimidade de votos. (**Apelação nº 48-36.2013.7.09.0009/MS, Relator Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, DJE de 6/11/2014**).

Posto isso.

Nego provimento ao **Apelo** da **Defesa**, mantendo íntegra a **Sentença** hostilizada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em rejeitar a preliminar arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de não conhecimento do Apelo. **No mérito, por unanimidade**, em negar provimento ao Apelo da defesa, mantendo na íntegra a Sentença hostilizada.

Brasília, 19 de dezembro de 2016 – Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, Ministro-Relator.

APELAÇÃO Nº 29-70.2014.7.03.0103-RS

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

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: Dioser Matos de Melo, ex 3º Sgt Ex, condenado à pena de 1 ano e 6 meses de detenção, como incurso nos arts. 206 e 352, ambos 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 3ª Circunscrição Judiciária Militar, de 15/3/2016.

Advogado: Dr. Rafael Scherer Politano.

EMENTA

APELAÇÃO. ARTS. 206 e 352 DO CPM. HOMICÍDIO CULPOSO E DESCAMINHO DE MATERIAL PROBANTE. RECURSO DA DEFESA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDUÇÃO DE VEÍCULO MILITAR EM VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA. ALEGAÇÃO DE OBSTRUÇÃO DE PLACA SINALIZADORA NA VIA. MORTE DE CIVIL. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. NÃO EXCLUSÃO DO CRIME. DESCAMINHO DO TACÓGRAFO DA VIATURA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

O Acusado, motorista de viatura militar, provocou acidente automobilístico que resultou na morte de civil que conduzia uma motocicleta, em razão da imprudência, caracterizada nos autos pela condução de veículo acima da velocidade permitida em via secundária e pela ausência de parada obrigatória em cruzamento entre vias.

Cabia ao Acusado, ainda que não pudesse visualizar a placa de *PARE*, o dever de trafegar com os cuidados necessários a um motorista que estivesse prestes a ultrapassar um cruzamento, o que, inclusive, é determinado pelas normas em vigor. Correta, portanto, a Sentença condenatória.

Alegações de que a vítima concorreu para o evento porque trafegava acima do permitido para a via e não utilizava de forma correta o equipamento de segurança obrigatório (capacete) não excluem o crime. A concorrência de culpas pode ser utilizada apenas na análise das circunstâncias judiciais, por ocasião da aplicação de pena.

O Acusado, ao verificar que deu causa a um grave acidente, agiu dolosamente para dar descaminho à prova que identificaria a velocidade da viatura no momento do acidente, incidindo também no crime do artigo 352 do CPM.

Negado provimento ao recurso defensivo. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso para manter inalterada a Sentença *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos. Os Ministros José Barroso Filho e Péricles Aurélio Lima de Queiroz não participaram do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira. 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, 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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. O Ministro William de Oliveira Barros encontra-se em gozo de férias. (Extrato da Ata da 71ª Sessão, 4/10/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo ex 3º Sgt Ex DIOSER MATOS DE MELO, inconformado com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, de 15 de março de 2016, que, por unanimidade, condenou-o, como incurso nos arts. 206⁷⁹ e 352⁸⁰ do Código Penal Militar, à pena unificada de 1 ano e 6 meses de detenção.

A Defesa, em seu Recurso, pugna pela absolvição do Réu ou, alternativamente, por novo cálculo de pena.

A Denúncia foi oferecida em 26 de maio de 2014 nos seguintes termos (fls. 182/183):

(...) Na data de 8 de janeiro de 2014, no cumprimento de escala de serviço, o ora denunciado 3º Sargento do Exército Dioser Matos de Melo veio a causar, de forma culposa, acidente de trânsito, do qual resultou o óbito do civil Jocemar Marques Gomes e, no seguimento, deu descaminho a material com valor probatório (“tacógrafo” da viatura militar) do delito antecedente que praticou.

Com efeito, na citada data de 8 de janeiro de 2014, o ora denunciado 3º Sargento Matos estava regularmente escalado de Motorista Responsável pelo Transporte de Oficiais, ou “Motorista do Transporte”, como fez constar o Aditamento nº 004, de 7 de janeiro de 2014, da Companhia de Comando da 6ª Divisão de Exército, cabendo-lhe, no desempenho de

⁷⁹ Art. 206. Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a quatro anos.

⁸⁰ Art. 352. Inutilizar, total ou parcialmente, sonegar ou dar descaminho a autos, documento ou objeto de valor probante, que tem sob guarda ou recebe para exame: Pena - detenção, de seis meses a três anos, se o fato não constitui crime mais grave.

tal serviço de escala, apanhar os Oficiais do Estado-Maior da 6ª Divisão de Exército, no Próprio Nacional Residencial (PNR) localizado na Rua Monsenhor Veras, nº 94, Bairro Santana, em Porto Alegre/RS, e conduzi-los até o Quartel-General Integrado, na Rua dos Andradas, em Porto Alegre/RS.

Para realização de tal atividade, o ora denunciado conduzia a viatura militar VTP VAN EMP GE Jumper Citroën, 2011/2012, de cor branca, com capacidade para 16 passageiros, de registro EB 3471138280, placa ISX 0320, da carga da Companhia de Comando da 6ª Divisão de Exército, sendo acompanhado pelo Soldado do Exército Alisson Martins Godoy, tendo saído do aquartelamento da citada Companhia às 7 horas e 11 minutos.

Por volta das 07 horas e 16 minutos, quando trafegava pela Rua Plácido de Castro, nas proximidades do cruzamento com a Rua Vicente da Fontoura, o Sargento Matos, deixando de empregar cautela, atenção e diligência ordinária, em face das circunstâncias que se lhe apresentavam, eis que empreendendo velocidade acima do permitido para tal local (40 Km/h), desrespeitando placa de sinalização de "PARE" existente no local e sem frear ou reduzir a velocidade que empreendia (acima de 50Km/h), invadiu a via preferencial, qual seja a Rua Vicente da Fontoura, com o que acabou por fazer colidir a viatura militar com a motocicleta marca Yamaha, YBR 125ED, 2001/2002, de cor prata, placa IKI 5364, conduzida pelo civil Jocemar Marques Gomes, brasileiro, solteiro, com 23 anos de idade (nascimento em 21 de janeiro de 1990), filho de Luiz Carlos Marques Gomes e de Ana Maria Marques, de profissão Porteiro e que, na ocasião, dirigia-se ao trabalho.

Com a violência do choque (instrumento contundente), o motociclista civil Jocemar Marques Gomes veio a sofrer inúmeros ferimentos, com choque hemorrágico, traumatismo craniano de alta magnitude energética e secção de vasos na perna direita, falecendo no local do acidente.

No seguimento, enquanto aguardava, no local do acidente, socorro à vítima, o ora denunciado 3º Sargento Matos aproveitou para retirar e dar descaminho a material de importância probatória, qual seja o tacógrafo da viatura que conduzia e que estava sob sua guarda. Grife-se que o tacógrafo é um disco diagrama, com função de registrar, de forma instantânea e inalterável, a velocidade, tempo e distância percorrida por um veículo, o que possibilita um controle efetivo e prático de sua movimentação e, no caso concreto, seu descaminho impossibilitou que fossem aferidos tais dados, inclusive a exata velocidade empreendida pela viatura militar no momento em que, inadvertidamente, o ora denunciado Sargento Matos fê-la adentrar a via preferencial e causar o acidente que vitimou o motociclista civil.

Diante do exposto, verifica-se que, na data de 08 de janeiro de 2014, o ora denunciado 3º Sargento do Exército Dioser Matos de Melo, enquanto no cumprimento de serviço de escala, deixou, na direção de veículo militar, de empregar cautela, atenção e diligência ordinária, em face das circunstâncias que se apresentavam, vindo a causar, culposamente, a

morte do civil Jocemar Marques Gomes e, na mesma data e logo após o acidente, deu descaminho ao tacógrafo da viatura militar, objeto de valor probante, pelo que cometeu os delitos militares de homicídio culposo e descaminho de material probante, nos termos do Art. 206, c/c Art. 33, inciso II, e Art. 352 do Código Penal Militar, restando como ofendidos a vida de Jocemar Marques Gomes e a administração da Justiça Militar.

Isso posto, espera o Ministério Público Militar ver recebida e autuada a presente DENÚNCIA, instaurando-se a indispensável ação penal militar, a ser efetivada com a posterior citação do denunciado, para responder à ação penal militar em todos os seus termos, inclusive submissão a interrogatório e comparecimento ao depoimento das testemunhas constantes do rol abaixo, sob pena de revelia, prosseguindo o feito até final julgamento e condenação. (...).

Constam dos autos, entre outros, os seguintes documentos: Boletim de Ocorrência nº 136/2014 (fls. 77/81); Certidão de Óbito (fl. 100); Laudo de Exame de Corpo de Delito – Exame Necroscópico da vítima (fls. 105/133); Relatório do IPM (fls. 83/86); Levantamentos Técnicos Periciais em Local de Acidente de Trânsito – Laudo nº 03/14 (fls. 57/74) e Laudo Complementar nº 015/2015 (fls. 340/351), ambos do Pelotão de Investigações Criminais – PIC do 3º Batalhão de Polícia do Exército e Laudo Pericial nº 3.034/2014 do Departamento de Criminalística do Instituto Geral de Perícias do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 276/299).

A Denúncia foi recebida em 3 de junho de 2014 (fl.183).

O Apelante, ex-Sgt Ex DIOSER MATOS DE MELO, foi devidamente citado, qualificado e interrogado, declarando em Juízo que, *in verbis*:

(...) como dito na seara administrativa, não lembra da velocidade que estava no momento do sinistro (“devia ser uns 40, 50 km/h”); que confirma o quanto dito em sede inquisitorial no sentido de não ter visto a placa “pare” no cruzamento onde ocorreu o acidente (entre a rua Plácido de Castro e a Av. Vicente da Fontoura); que não se recorda se pouco antes do acidente estava ou não conversando com o outro passageiro da viatura militar (Sd Godoy); que durante o trajeto estava ouvindo música (“a música não estava alta”); que, como dito em IPM, o interrogando entendeu que estava na via preferencial, razão pela qual não olhou para o lado, no sentido da avenida Vicente da Fontoura (“eu pensei que era preferencial minha e mantive a direção”); que na rua Plácido de Castro, pouco antes do cruzamento, havia um caminhão baú parado à direita da pista (“não havia ninguém dentro, ele estava estacionado”); que não fez uso de qualquer bebida alcoólica naquela ocasião; que confirma o quanto dito em sede inquisitorial no sentido de ter retirado o disco de papel do tacógrafo após o acidente; que o interrogando não sabe explicar o motivo pelo qual tirou o aludido disco (“não sei, acho que foi por medo, não sei de quê”); que o interrogando não sabe dizer onde colocou o referido disco; que não acredita que estivesse em uma velocidade alta para o local; que não acredita que

estava dirigindo de maneira imprudente; que, mesmo depois de conversar com a psicóloga, o interrogando ainda não sabe dizer por qual motivo tirou o disco do tacógrafo e não sabe informar em que local se encontra o aludido disco; que o interrogando já conduzia viaturas militares há aproximadamente três ou quatro anos antes dos fatos; que tem ciência das normas aludidas à condução de viaturas militares; que o interrogando não sabe exatamente o horário que saiu do aquartelamento para ir buscar os oficiais do Estado-Maior da 6ª DE, mas em nenhum momento foi tecida qualquer consideração a respeito de eventual atraso, razão pela qual o interrogando, em nenhum momento, teve a sensação de que estaria atrasado para cumprir a aludida missão (...).

O Apelante foi licenciado das fileiras do Exército em 25 de janeiro de 2015 (fls. 328).

O Ministério Público Militar arrolou como testemunhas o Terceiro-Sargento do Exército NELSON PORTES e o Soldado do Exército ALISSON MARTINS GODOY.

Em depoimento, as testemunhas alegaram que o Acusado confessou ter retirado o tacógrafo da viatura e que dirigia com velocidade superior ao limite máximo permitido da via, conforme demonstram as transcrições a seguir.

O Terceiro-Sargento NELSON PORTES declarou que (fls. 217/220):

(...) não se encontrava na Cia de Comando por ocasião da saída da viatura envolvida no sinistro narrado na exordial; que pelo horário constante na guarda da aludida OM, o horário de saída da viatura naquela manhã de 08/01/2014 foi 07h11min; que o réu, à época dos fatos, trabalhava com o depoente, e era um bom motorista (“nunca teve problema”); que o depoente já participou de missão em viatura conduzida pelo acusado, e nunca presenciou qualquer tipo de irregularidade feita pelo réu na direção; **que em conversa posterior com o réu, o mesmo disse ao depoente que havia retirado o tacógrafo, bem como estava com medo de perder o emprego (“ele não me disse o motivo pelo qual tirou o tacógrafo”); que, ao ser questionado pelo depoente onde estaria esse tacógrafo, o réu respondeu que não sabia, que achava que havia jogado fora, ou que havia perdido;** que o depoente possui 26 anos de caserna e avalia o acusado como um bom militar; que, na época do acidente, o acusado exercia a função de mecânico e de motorista de viatura; que é praxe o reconhecimento da área a ser utilizada nas missões de apanha, com a participação de um motorista mais experiente passando orientações àquele motorista menos experiente; que o depoente não sabe informar se tal prática foi utilizada com o réu, pois quando o depoente chegou na Cia de Comando, o acusado já se encontrava lotado na aludida OM; que não é ensinado aos motoristas militares um procedimento de retirada do tacógrafo; que o depoente não se recorda se, em alguma dessas missões que afirmou já ter cumprido com o acusado, a viatura militar passou pelo cruzamento da rua Plácido de Castro e a Av. Vicente da Fontoura; que existiam três roteiros entre a Cia de Comando da 6ª DE e os PNR’s dos oficiais, sendo que o aludido cruzamento fazia parte de um

desses roteiros (“ao motorista caberia escolher qual dos três roteiros seguir, a depender do horário da missão”); que atualmente, não existem mais os três roteiros, e sim apenas um (“sai do Menino Deus, cruza pela Av. Azenha e vai até a Av. Santana, um caminho reto, sem curva e os cruzamentos possuem sinaleiras”). (grifos nossos).

O Soldado ALISSON MARTINS GODOY declarou que (fls. 221/223):

(...) o acusado não conversava com o depoente por ocasião do sinistro; que o rádio da viatura não estava ligado por ocasião do sinistro; **que havia uma placa “pare” situada à direita da Rua Plácido de Castro; que havia, naquela ocasião, um caminhão baú estacionado na parte direita e este veículo não permitia a visualização da placa;** que a moto envolvida no sinistro veio do lado esquerdo; que não sabe dizer se no cruzamento entre as ruas Plácido de Castro e Vicente da Fontoura é comum a ocorrência de acidentes; que não havia semáforo no local; **que o depoente confirma o quanto dito na seara administrativa, no sentido de ter visto o réu com o disco do tacógrafo da viatura nas mãos, amassando-o (“mas eu não vi, como disse, o momento em que ele retirou o aludido disco”);** que o depoente já participou de missões em que o acusado era condutor de viaturas, sendo que o mesmo não costumava dirigir em alta velocidade; que por ocasião do sinistro, o acusado não usava nenhum tipo de fone de ouvido ou escutava música em algum tipo de aparelho portátil; que o depoente não tem certeza, mas acredita que nas missões feitas tendo o réu como motorista, a viatura militar não passou pelo cruzamento onde ocorreu o sinistro; **que, na ocasião, a viatura estava entre 50 e 60km/h; que, quando o depoente viu o acusado amassar o disco do tacógrafo, não perguntou ao mesmo o que ele iria fazer com aquele disco amassado.** (...) (grifos nossos).

A Defesa arrolou como testemunhas os civis DIOGENES DA CRUZ SILVA e WILLIAM EHLERT e o Sargento do Exército JONATAN MACHADO DOS SANTOS.

As testemunhas arroladas pela Defesa alegaram não ter presenciado o acidente. Acerca das características profissionais, ambas afirmaram que o acusado sempre demonstrou ser um motorista tranquilo e cauteloso, conforme a transcrição dos seguintes trechos.

O Civil DIOGENES DA CRUZ SILVA declarou (fl. 248).

(...) que não presenciou o acidente; que ficou sabendo do evento apenas por ouvir dizer na unidade em que servia, que era a mesma do acusado; que serviu com o acusado por cerca de dois anos; que o acusado sempre teve um comportamento militar responsável; que jamais presenciou o acusado faltando com seus deveres funcionais; que era raro o acusado tirar serviço como motorista, porém, todas as vezes em que o fez, demonstrou ser cauteloso; que serviu com o acusado de 2012 até fevereiro de 2014; que já efetuou a tarefa de segurança de viatura para buscar oficiais no PNR; que não havia determinação para que seguisse uma rota específica; que cada motorista seguia o fluxo de trânsito. (...).

O Civil WILLIAM EHLERT declarou (fl. 250):

(...) que serviu com o acusado durante um ano; que exercia a função de mecânico e motorista; que o acusado sempre teve um ótimo comportamento militar, orientando seus subordinados sobre as funções a desempenhar; que, como motorista, tinha por função buscar os oficiais no PNR; que não havia determinação para que seguisse uma rota específica nessa função, que iam de acordo com o fluxo de trânsito; que o acusado, como motorista, era cauteloso e tranquilo; que fizeram juntos o curso para tirar carteira “D”; que nunca presenciou o acusado fazendo manobras imprudentes no trânsito; que deviam apanhar os oficiais nos PNR’s às 07h30min; que para cumprir o horário, saíam da OM às 07h15min. (...).

O Sargento JONATAN MACHADO DOS SANTOS declarou (fl. 252).

(...) que não presenciou o acidente; que ouviu falar no Quartel por outras pessoas e pelo próprio Matos; que o acusado apenas relatou ter se envolvido em um acidente; que o acusado não relatou que havia uma vítima fatal; que passou a trabalhar em contato diário com o acusado aproximadamente em abril de 2014; que antes o acusado trabalhava na garagem; que o acusado tem um comportamento exemplar, sempre orientando seus colegas e subordinados sobre as funções a serem exercidas e procurando se aprimorar profissionalmente; que, aproximadamente no mês de maio de 2012, o depoente teve um problema no tornozelo e o acusado, em seu veículo particular, o buscava e levava para a OM; que o acusado era um motorista tranquilo e cauteloso; que nunca presenciou o acusado fazer manobras impróprias no trânsito.(...).

Em Alegações Escritas, o Ministério Público Militar pugnou pela procedência da Ação Penal para condenar o Réu pela prática dos delitos previstos nos arts. 206 e 352, ambos do CPM (fls. 363/368).

A Defesa, por seu turno, pugnou pela absolvição, alegando ausência de culpabilidade no acidente (fls. 372/380).

Em 15 de março de 2016, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 1ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, por unanimidade, julgou procedente a Ação Penal e condenou o Réu à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção.

É da Sentença:

(...) A autoria e a materialidade de ambos os crimes imputados ao acusado são incontroversas. De fato, a materialidade do delito de homicídio culposo praticado na direção de viatura militar em serviço (fls. 12 e 82) está comprovada pela certidão de óbito (fl. 100) e pelo laudo de necropsia (fl. 105/133), que indicam como causa da morte do civil Jocemar Marques Gomes: “choque hemorrágico e traumatismo craniano de alta magnitude energética; secção vasos da perna direita” (fl. 106).

A autoria igualmente restou demonstrada pelo Boletim de Ocorrência Policial 136/2014 (fls. 77/79), pela confissão do acusado (fls. 213/216) e pelos depoimentos das testemunhas (fls. 217/219 e 221/223).

Por seu turno, a existência do fato e a autoria do delito de descaminho de material probante também restaram inequívocas pelo Auto de Infração de Trânsito – AIT (fl. 08), pelo Boletim de Ocorrência Policial 136/2014 (fls. 77/79), pela confissão do acusado (fl. 213/216) e pelo depoimento das testemunhas (fl. 217/219 e 221/223), não sendo a suposta “forte emoção” causa de exclusão do crime, nem da culpabilidade, pois do acusado era exigível conduta diversa. No ponto, frise-se que o tipo abarca qualquer material que tenha valor de prova ou que já seja parte de autos processuais. Ademais, o sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa, configurando, portanto, crime impropriamente militar (art. 9º, I, do CPM).

(...)

Entretanto, o que se infere dos autos é que o acusado trafegava em velocidade de 53 a 66km/h no momento da colisão (Laudo Pericial do PIC do 3º BEP – fls. 66, 71 e Laudo Pericial do IGP – fl. 279), ou seja, muito acima da permitida para a via, que era de 40km/h, considerando o 61, § 1º, alínea “c”, do CTB⁸¹, conforme informado pela EPTC (fls. 321/322), inobservando, portanto, o dever objetivo de cuidado exigido, especialmente considerando que era motorista profissional.

(...)

Dessa forma, demonstrada a ocorrência dos fatos e sua autoria, as condutas do réu subsumem-se objetiva e subjetivamente às hipóteses normativas dos arts. 206 e 352 do CPM, configurando, portanto, fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, uma vez que não demonstrada a existência de nenhuma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

(...)

Individualização da pena.

Homicídio culposo (art. 206. CPM)

Inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis. O réu possui bons antecedentes. Por essas razões, a pena-base é fixada no mínimo legal de 1 (um) ano de detenção.

Inexistindo circunstâncias agravantes e atenuantes, ou causas de aumento ou diminuição da pena, torna-se definitivo o *quantum* de 1 (um) ano de detenção.

Descaminho de material probante (art. 352. CPM)

Inexistem circunstâncias judiciais desfavoráveis. O réu possui bons antecedentes. Por essa razão, a pena-base é fixada no mínimo legal de 6 (seis) meses de detenção.

Inexistindo circunstâncias agravantes e atenuantes, ou causas de aumento ou diminuição da pena, torna-se definitivo o *quantum* de 6 (seis) meses de detenção.

⁸¹ Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/97.

Por fim, considerando que houve concurso material de crimes, previsto no artigo 79 do CPM, as penas aplicadas são somadas, tornando-as definitivas em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, que deverão ser cumpridas em regime inicialmente aberto, na forma do artigo 33, § 2º, alínea c, do CP Comum.

Concede-se ao réu o benefício da suspensão condicional da execução da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, com fulcro no art. 84 do CPM, c/c art. 606 do CPPM, mediante a aceitação das condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuando-se a alínea "a", mais o comparecimento trimestral na sede deste Juízo, ou em outro Juízo que lhe venha a ser designado, se for o caso.

Por fim, concede-se ao réu o direito de apelar em liberdade, conforme previsto no art. 527 do CPPM, pois assim respondeu ao processo, não havendo motivos para a decretação da preventiva.

(...)

Diante do exposto, decide o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, julgar procedente a pretensão punitiva estatal, para CONDENAR o acusado DIOSER MATOS DE MELO pela prática dos delitos previstos nos arts. 206 e 352, ambos do CPM, à pena unificada de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicialmente aberto. Concedido o *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, nos termos da fundamentação, e o direito de apelar em liberdade. (...).

A Sentença foi publicada em audiência em 21 de março de 2016 (fl. 405), presente o MPM, ficando de logo intimado. Foi determinada a intimação da Defesa, o que ocorreu no dia 29 seguinte (fl. 418).

Em 30 de março a Defesa interpôs Recurso de Apelação e, intimada em 6 de abril, apresentou suas Razões no dia 15 daquele mês (fls. 421/432).

Em Razões de Apelação, a Defesa traz os seguintes argumentos: que a placa afixada em um dos lados da via com a indicação de "PARE" estava obstruída por um caminhão, não permitindo a visualização e a conseqüente ação de parada; que houve a concorrência da vítima para o acidente, pois conduzia a motocicleta em velocidade acima do permitido para a via e sem o equipamento de segurança (capacete) corretamente afixado; e que o elemento da previsibilidade para o resultado não se faz presente para a caracterização do delito culposos.

Requer, ao final, a absolvição do acusado na forma do art. 439, alínea "d", do CPPM e, em caso de manutenção da Sentença, a efetivação de novo cálculo de pena, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Requer, ainda, a designação de data futura para julgamento, a fim de sustentar oralmente suas Razões.

Em Contrarrazões, o Ministério Público Militar requereu que fosse negado provimento ao apelo defensivo, mantendo-se na íntegra a decisão a quo (fls. 434/440).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer de fls. 450/461, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. MÁRIO SÉRGIO MARQUES SOARES, manifesta-se pelo conhecimento e pela improcedência do Apelo, com a manutenção da Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É do Parecer:

(...) Conforme restou comprovado nos autos, em 8 de janeiro de 2014, no cumprimento de escala de serviço, o ora Apelante 3º Sargento do Exército DIOSER MATOS DE MELO conduzia viatura militar quando, nas proximidades do cruzamento com a rua Vicente da Fontoura, deixando de empregar cautela, atenção e diligência ordinária, uma vez que estava em velocidade acima da permitida no local, desrespeitando a placa de "PARE" existente e sem frear ou reduzir a velocidade, invadiu a via preferencial e colidiu com o motociclista do civil Jocemar Marques Gomes causando seu óbito. Além disso, logo em seguida ao acidente, o militar confessou ter retirado o tacógrafo da viatura militar, objeto de valor probante, impedindo a análise dos registros ali constantes, cometendo ainda, dessa forma, o crime de descaminho de material probante.

Portanto, ao contrário do alegado pela Defesa, o resultado de sua conduta, longe de ter sido desejado ou pretendido pelo ora Apelante, era previsível e poderia ter sido evitado se tivesse empregado cautela e diligência necessárias às circunstâncias.

Quanto à alegada culpa concorrente da vítima, consoante entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência, ainda que ela existisse, não teria o condão de afastar a conduta delitiva. Como bem destacado na r. Sentença condenatória, "ainda que a vítima tenha concorrido para o evento, seja por trafegar em velocidade acima da permitida, seja por não utilizar corretamente o equipamento de segurança, essa concorrência não afasta a conduta culposa do acusado, que cruzou via que podia saber ser preferencial, em alta velocidade." (...)

Apesar de a Defesa não ter se insurgido quanto à condenação em relação ao crime de descaminho de material probante, imperioso registrar ter restado fartamente demonstrada sua ocorrência.

(...) *Ex positis*, opina esta Procuradoria-Geral pelo conhecimento e pela improcedência do Apelo, mantendo-se a r. Sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o Relatório.

VOTO

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

A Defesa foi intimada no dia 29 de março de 2016 (fl. 418) e interpôs Recurso de Apelação no dia seguinte.

No mérito, requer o provimento do presente Apelo para absolver o ex 3º Sgt Ex DIOSER MATOS DE MELO das penas dos arts. 206 e 352 do Código Penal Militar, com fundamento no art. 439, alínea “d”, do Código de Processo Penal Militar.

O Recurso não merece acolhida.

Autoria e materialidade do delito de homicídio culposo restam robustamente comprovadas nos autos.

A Certidão de Óbito e o Laudo de Exame Necroscópico indicam como causa da morte do civil Jocemar Marques Gomes: “choque hemorrágico e traumatismo craniano de alta magnitude energética; secção vasos da perna direita” (fl. 106).

De acordo com o Laudo Pericial nº 03/14 (fls. 57/74), a viatura imprimia velocidade acima de 53 km/h, superior à velocidade máxima permitida para a via, que era de 40 km/h (fl. 322). Ainda, conclui o laudo que não houve diminuição de velocidade ou sinais de parada da viatura ao se aproximar do cruzamento.

As citadas conclusões foram corroboradas pelo Laudo Complementar nº 015/2015 (fls. 340/351) e pelo Laudo Pericial nº 3.034/2014 (fls. 276/299), dos quais transcrevo os seguintes trechos:

(...) A análise dos vestígios anteriormente descritos nos permite inferir que na ocasião em que a moto YBR placa IKI-5364 trafegava pela Av. Vicente da Fontoura, via preferencial, no sentido centro-bairro, e que a Van Jumper placas ISX-0320 trafegava na Rua Plácido de Castro, via secundária, devidamente sinalizada, no sentido centro-bairro e com excesso de velocidade (superior e próxima a 66 km/h), ocorrera uma colisão transversal entre os veículos, tendo como sede o setor lateral esquerdo anterior da Van Jumper placas ISX-0320 e o setor angular anterior direito da moto YBR placa 1KI-5364, dando causa ao evento o condutor da Van Jumper placas ISX-0320. Laudo Pericial nº 3.034/2014. (fl. 280).

(...) Tendo em vista aos trabalhos periciais realizados no Local da Ocorrência de tráfego e a tudo o mais quanto ficou explícito no corpo do presente Laudo, os Peritos Signatários por ele responsáveis, concluem que: Apesar de não conseguirem responder alguns dos quesitos formulados pelo Senhor Magistrado, o acidente ocorrido envolvendo a viatura militar Van Citroën Jumper e a motocicleta YBR 125cc, poderia ter sido evitado se o condutor da viatura militar estivesse atento às sinalizações existentes na via e trafegasse na velocidade máxima permitida pela mesma. Laudo Complementar nº 015/2015. (fl. 351).

As provas periciais carreadas aos autos demonstram, de forma indene de dúvida, que houve inobservância do dever de cuidado objetivo por parte do Apelante.

Acerca do dever de cuidado, lecionam Zaffaroni e Pierangeli, para quem:

Não há um dever de cuidado geral, mas a cada conduta corresponde um dever de cuidado. Um é o dever de cuidado ao conduzir um veículo, outro ao demolir um edifício, outro ao acender um fogão, outro ao derrubar uma árvore. Daí que seja inevitável que os tipos penais culposos sejam abertos e a única maneira de fechá-los é sabendo de que conduta se trata: dirigir, demolir, acender ou cerrar⁸².

Em razão da imprudência, caracterizada nos autos pela condução de veículo acima da velocidade permitida em via secundária (fls. 57/63), e pela ausência de parada obrigatória em cruzamento entre vias, o Apelante provocou o acidente que resultou na morte do civil Jocemar Marques Gomes, condutor da motocicleta marca Yamaha, YBR 125ED, 2001/2002, de cor prata, placa IKI 5364 (fl.106).

À vista disso, a conduta do agente se amolda ao que a doutrina classifica como culpa inconsciente, conforme explica Guilherme Rocha:

A culpa inconsciente é a culpa sem previsão, ou seja, aquela em que o sujeito age ou se omite imprudente, negligente ou imperitamente, causando um resultado involuntário e não previsto pelo próprio agente⁸³.

Conforme atesta o Laudo Pericial nº 3.034/2014, na data do acidente “havia obstrução física (da placa PARE) devido à presença de um caminhão baú estacionado” (fl. 280). No entanto, os laudos acostados são inconclusivos para afirmar se a obstrução causada pelo caminhão impediu o Apelante de avistar a referida placa quando se aproximava do cruzamento (fls. 60, 342 e 349).

No entanto, cabia ao Apelante, ainda que não pudesse visualizar a placa, o dever de trafegar com os cuidados necessários a um motorista que estivesse prestes a ultrapassar um cruzamento, o que inclusive é determinado pelas normas em vigor.

Dessa forma, encontra-se escorreita a fundamentação do *decisum* recorrido, *in verbis*:

Não bastasse isso, ainda que se aceitasse como verdadeira a alegação defensiva de que o acusado não conhecia o itinerário e que acreditava estar na preferencial, **o art. 44 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece que “Ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência”**, ou seja, ainda que o acusado tivesse dúvida sobre a preferência da via, deveria ter reduzido a velocidade ao se aproximar do cruzamento com a Rua Vicente da Fontoura. (Grifo nosso).

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 508, § 2º.

⁸³ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Ed. Método, 2015. p. 510.

Argumenta ainda a Defesa que a vítima concorreu para o evento quando trafegava na velocidade média de 56 Km/h⁸⁴, acima do permitido para a via⁸⁵, além de não estar utilizando o equipamento de segurança obrigatório (capacete) de forma correta, estando ele sem a presilha afixada.

Quanto à compensação de culpas, tal pleito não merece acolhida, uma vez que não existe no Direito Penal previsão de tal instituto. E, ainda que existisse, não teria o condão de afastar a conduta delitiva.

A falta de precaução da vítima em tomar medidas de segurança, no caso em questão, não ter afivelado corretamente o capacete, e a inobservância da velocidade máxima permitida na via, não afastam a culpa do Apelante, pois o acidente não teria ocorrido caso o Réu tivesse tomado os devidos cuidados.

A concorrência de culpas, no processo penal, é utilizada na ocasião de aplicação de pena, e não como excludente do tipo penal, como bem ponderou a Sentença recorrida.

Sobre o tema, veja-se manifestação desta Corte, com unanimidade, na Ap nº 161-14.2010.7.01.0301/RJ, cujo Relator foi o Ministro OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR, julgada em 12 de março de 2013 e publicada no DJe de 9 de janeiro de 2014, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO DA DEFESA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. INOBSERVÂNCIA DOS CUIDADOS DEVIDOS E OMISSÃO DE SOCORRO. COMPENSAÇÃO DE CULPA. IMPOSSIBILIDADE.

Presentes as provas conclusivas da responsabilidade do condutor do veículo em acidente do qual resultou vítima fatal, justifica-se a condenação em conformidade com o art. 206 do CPM.

Mantém-se a condenação em homicídio culposo, agravada pelo § 1º do artigo 206 do CPM, quando caracterizadas a imprudência e a negligência do motorista, que não tomou os devidos cuidados para evitar a consumação do delito, bem como por evadir-se do local do acidente sem prestar socorro à vítima.

A alegação de comportamento culposo da vítima não elide a responsabilidade penal do condutor, pois o direito penal pátrio não admite a compensação de culpa (...).

Aduz a Defesa que não seria possível atribuir ao Apelante conduta culposa haja vista a falta de previsibilidade do resultado.

A previsibilidade é um dos elementos do tipo culposo que se define pela possibilidade do indivíduo cauteloso antever um resultado, devendo ser analisada caso a caso, levando em consideração as condições da pessoa.

⁸⁴ Velocidade média atestada em Laudo Pericial de fl. 349.

⁸⁵ Velocidade máxima permitida para a via de 40 km/h (fl. 322).

Segundo explica Julio Fabbrini MIRABETE⁸⁶:

(...) Deve-se também observar que a previsibilidade a que se refere a doutrina é a do que normalmente ocorre, não sendo incriminado o agente quando a ocorrência lesiva é excepcional, inusitada. (...) Embora se tenha decidido que a previsibilidade se deva aferir de acordo com a possibilidade de prever do homem comum, homem médio (previsibilidade objetiva), a doutrina finalista prega para que tal se faça com relação à pessoa do agente, de acordo com suas condições de discernimento, instrução, experiência, etc. (previsibilidade subjetiva).

Não resta dúvida, portanto, de que a conduta do Apelante, experiente motorista, ao conduzir a viatura acima da velocidade máxima permitida, e a ação de não parar no cruzamento, tinham previsibilidade trágica.

Dessa forma, entende-se irretocável a condenação operada no juízo *a quo*.

De outro lado, em que pese a Defesa não tenha enfrentado a condenação do Apelante pela conduta tipificada no art. 352 do CPM (descaminho de material probante), em observância ao efeito devolutivo do Recurso de Apelação, que devolve ao tribunal o exame integral da matéria que foi discutida na ação penal, passo a analisar os fatos.

A autoria é inconteste.

Em depoimento prestado em sede administrativa e por ocasião de seu interrogatório, o Apelante confessa que retirou o tacógrafo da viatura, embora tenha aduzido que não se recorda do motivo (fl.214).

Outrossim, o Boletim de Ocorrência nº 136/2014 atesta que o veículo de propriedade do Exército Brasileiro, conduzido pelo Apelante, encontrava-se “sem a folha do tacógrafo” por ocasião do exame pericial no local do acidente (fl. 77).

Ademais, os depoimentos de ambas as testemunhas arroladas pela Acusação comprovam autoria e materialidade do delito.

Pelo Terceiro-Sargento NELSON PORTES (fls. 217/218) foi dito que:

(...) **que, em conversa posterior com o réu, o mesmo disse ao depoente que havia retirado o tacógrafo**, bem como estava com medo de perder o emprego (“ele não me disse o motivo pelo qual tirou o tacógrafo”); que, ao ser questionado pelo depoente onde estaria esse tacógrafo, o réu respondeu que não sabia que achava que havia jogado fora, ou que havia perdido;

(...) que o acusado, como mecânico, conhecia como retirar o disco do tacógrafo da viatura militar; que a responsabilidade para a troca do disco do tacógrafo da viatura era do encarregado de viatura, função exercida pelo depoente; que, por ocasião do sinistro, o disco do tacógrafo da viatura envolvida estava válido, pois havia sido trocado com regularidade. (grifos nossos).

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 99.

O Soldado ALISSON MARTINS GODOY (fl. 221) afirmou:

(...) que o depoente confirma o quanto dito na seara administrativa, no sentido de ter visto o réu com o disco do tacógrafo da viatura nas mãos, amassando-o, (“mas eu não vi, como disse, o momento em que ele retirou o aludido disco”); (...).

Não resta dúvida, portanto, de que, ao verificar que dera causa a um grave acidente, agiu dolosamente para dar descaminho à prova que poderia resultar em elemento de responsabilização pelo evento.

Desse modo, a Sentença contra a qual a Defesa se insurge está de acordo com as provas dos autos.

A dosimetria tampouco merece qualquer ajuste.

O crime do artigo 206 do CPM, homicídio culposo, tem sua pena prevista de 1 a 4 anos de detenção, e o crime do 352 do CPM, descaminho de material probante, de 6 meses a 3 anos de detenção.

No caso, a Sentença fixou a pena base no mínimo legal para ambos os delitos.

No que se refere à falta de proporcionalidade da pena, traço as seguintes considerações.

A culpa do Apelante está vastamente comprovada nos autos, resultante de um somatório de condutas imprudentes geradas pela inobservância das normas de trânsito, externadas pela condução de viatura em velocidade acima do permitido e da não observância de parada obrigatória em cruzamento, que resultaram na morte do Civil Jocemar Marques Gomes.

Para o professor Luiz Regis Prado⁸⁷, a efetivação do princípio da proporcionalidade deve ser entendida como “a necessidade de proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena aplicada ao seu autor”.

Portanto, não encontro razão para a irrisignação da Defesa com a pena culminada a ambos os delitos.

Ademais, é cediço que só é cabível reduzir a pena aquém do mínimo legal em virtude de ocorrência de causa especial de diminuição de pena, e não se verifica tal hipótese nos autos.

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso, para manter inalterada a Sentença *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Ministro

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 120.

APELAÇÃO Nº 32-74.2015.7.07.0007-PE

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Revisora e Relatora para o Acórdão: Min. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

Apelante: Diego de Sá Carvalho Pires, Asp OMT Ex, condenado à pena de 2 meses de impedimento, como incurso no art. 183, *caput*, e § 2º, alínea “b”, do CPM, com o direito de apelar em liberdade.

Apelada: A Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 15/10/2015.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. INSUBMISSÃO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. ASPIRANTE MÉDICO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. INVALIDADE DO CERTIFICADO DE DISPENSA DE INCORPORAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. NOVA CONVOCAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.336/10. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO.

Sob à égide da Lei nº 5.292/1967, foi consolidado o entendimento de que os estudantes da área de saúde dispensados por excesso de contingente não se sujeitavam à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão somente àqueles que obtivessem o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da mencionada lei.

As alterações trazidas pela Lei nº 12.336/10 passaram a vigor a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos concluintes dos cursos de medicina que foram dispensados de incorporação antes da referida lei, mas convocados após sua vigência.

O termo “convocado” deve ser compreendido na acepção mais benéfica ao réu, a saber, a constante dos arts. 9º e 18 da Lei nº 5.292/67, correspondendo àquela pessoa que se forma e é convocada no ano seguinte ao último ano de faculdade, prazo consumado em final de 2009/início de 2010.

Não se comprovou nos autos a invalidade do Certificado de Dispensa de Incorporação obtido em 2002, atraindo a incidência do entendimento jurisprudencial (REsp nº 1.186.513) e observando-se o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa.

Recurso provido. Decisão proclamada pelo Ministro-Presidente na forma do art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM.

DECISÃO

Na forma do art. 78 do RISTM, pediu **vista** o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, após os votos do Ministro Odilson Sampaio Benzi (Relator), que negava provimento ao apelo interposto pela Defensoria Pública da União,

e mantinha inalterada a Sentença hostilizada; e da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), que dava provimento ao Apelo para reformar a Sentença *a quo* e absolver o 2º Ten Ex Diego de Sá Carvalho Pires do crime previsto no art. 183, *caput*, § 2º, alínea “b”, do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “b”, do CPPM. Os Ministros Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias aguardam o retorno de vista.

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 Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 60ª Sessão, 31/8/2016).

Prosseguindo no julgamento interrompido na 60ª Sessão, em 31/8/2016, após o retorno de vista do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, o Presidente, de acordo com o previsto no art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, proclamou decisão na forma do voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora), dando provimento ao Apelo para reformar a Sentença *a quo* e absolver o Apelante Diego de Sá Carvalho Pires do crime previsto no art. 183, *caput*, § 2º, alínea “b”, do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “b”, do CPPM. Os Ministros Odilson Sampaio Benzi (Relator), Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e o Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, em seu voto de vista, negavam provimento ao Apelo defensivo, e mantinham inalterada a Sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Relatora para Acórdão Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Revisora). O Ministro Odilson Sampaio Benzi (Relator) fará voto vencido. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fará declaração de voto. Os Ministros Alvaro Luiz Pinto, Cleonilson Nicácio Silva e José Barroso Filho não participaram do julgamento. Presidência do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 66ª Sessão, 15/9/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta em favor do Asp DIEGO DE SÁ CARVALHO PIRES, contra a Sentença do Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 7ª CJM, de 15/10/2015, que o condenou, por unanimidade, à pena de 2 (dois) meses de impedimento, como incurso no art. 183, *caput*, e § 2º, alínea “b”, do CPM, com o direito de recorrer em liberdade.

De acordo com a peça preambular (fls. 1-B/1-C):

Consta dos autos que DIEGO DE SÁ CARVALHO PIRES, ora denunciado, foi convocado para incorporação e matrícula em Estágio de Adaptação ao Serviço (EAS), nos termos dos arts. 3º e 4º da Lei 5.292/1967.

Conforme se depreende do termo de designação de fls. 13, o denunciado tomou ciência de que deveria se apresentar para incorporação às oito horas do dia 1º de fevereiro de 2015, no 14º Batalhão de Infantaria Motorizado, sob pena de incorrer em crime de insubmissão.

No entanto, deixou de comparecer na data marcada, razão pela qual, teve contra si lavrado o termo de insubmissão de fls. 04.

Em 8 de abril de 2015, isto é, um dia após ter sido realizada diligência pelo 72º BI Mtz em sua residência (fls. 29/31), o denunciado apresentou-se voluntariamente no Quartel General da 7ª RM.

Após a apresentação e encaminhamento ao 14º BI MTz, o denunciado fora submetido à inspeção de saúde, ocasião em que fora considerado apto para o serviço no Exército e incluído nas fileiras do Exército, passando a cumprir menagem (fls. 33, 38/40).

Em 20/4/2015, a menagem fora relaxada por este juízo (fls. 42).

Não há dúvidas de que a conduta do denunciado amolda-se ao tipo penal de insubmissão, assim descrito pelo Código Penal Militar: “deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado”.

Foram juntados aos autos, entre outros, os seguintes documentos:

- Termo de Insubmissão (fl. 4) e cópia da publicação em Boletim Interno (fls. 5/6);
- Cópia do DIEx Nr 001 – EAS/14º BI Mtz, de 3/2/2015, informando a não apresentação do convocado até aquela data (fls. 7/8) e respectiva publicação em Boletim Interno (fls. 10/12);
- Cópia autenticada do Termo de Designação de MFDV (Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários), no qual o convocado após seu ciente de que deveria comparecer no dia 1º/2/2015 para o Estágio de Adaptação e Serviço (EAS), sob pena de incorrer no crime de insubmissão (fl. 13);
- Certidões de antecedentes criminais negativas (fls. 17/19 e 60/62);

- Ofício informando a apresentação voluntária do insubmisso em 8/4/2015 (fl. 34);
- Cópia autenticada da Ata de Inspeção de Saúde, de 9/4/2015, julgando-o “Apto (a) para o Serviço do Exército” (fl. 33);
- Publicação em Boletim Interno da incorporação do insubmisso às fileiras do Exército e matrícula no EAS/2015 (Estágio de Adaptação e Serviço), a contar de 9/4/2015 (fls. 46/47);
- Decisão determinando o relaxamento da prisão (menagem), em virtude do excesso de prazo para o oferecimento de denúncia (fl. 42);
- Alvará de Soltura cumprido em 20/4/2015 (fl. 50);
- Exame de Corpo de Delito (fl. 51); e
- Cópia autenticada do Certificado de Dispensa de Incorporação datado de 2002 e carimbos referentes às multas que pagou como refratário (fl. 53).

A Denúncia foi recebida em 5/5/2015 (fls. 57/58).

Juntado aos autos ofício do Comandante do 14º Batalhão de Infantaria Motorizado, informando que o acusado concluiu a primeira etapa do Estágio de Adaptação ao Serviço (EAS) e solicitando autorização para que fosse transferido daquele Batalhão para o Hospital Militar de Área de Recife (fl. 69). A Juíza-Auditora autorizou a citada transferência (fl. 70).

Recebido ofício que esclarece ter o denunciado assinado o Termo de Designação em 28/1/2015 (fl. 75), mesma data da Inspeção de Saúde, consoante documentação de fl. 70.

Regularmente citado (fl. 74), o réu compareceu em Juízo, ocasião em que foi qualificado e interrogado (fls. 80/81), tendo relatado o seguinte:

que tinha conhecimento da data de apresentação marcada para o dia 01 FEV 2015, conforme documento assinado de folhas 13; que a relação de designação foi assinada em 28 JAN 2015; que em OUT 2014 entrou com requerimento administrativo solicitando prorrogação do prazo de apresentação, o qual foi negado; que em DEZ 2014 tomou conhecimento do indeferimento do requerimento administrativo; **que entrou com recurso administrativo em JAN 2015 pedindo o reconhecimento da não obrigatoriedade da sua incorporação, uma vez que, em 2002, foi classificado como excesso de contingente, antes mesmo que entrar na faculdade; que em SET 2009 o declarante tinha que se apresentar no Exército, assim como todos os médicos que concluíram o curso; que em DEZ 2009 saiu a lista de convocados para se apresentarem em FEV 2010; que o declarante não se apresentou passando a situação de refratário; que mesmo sem regularizar sua situação militar a faculdade lhe concedeu o diploma; que passou a exercer sua profissão no interior; que como estava (sic) pós graduação havia oportunidades em**

que havia necessidade de viajar para o exterior e devido a necessidade de retirada do passaporte, passou a correr atrás da regularização da sua situação militar em 2014; que quando procurou o Exército em 2011 pagou uma multa em torno de R\$ 80,00 (oitenta reais); que em 2011 foi orientado a dar início ao processo de seleção para o ano seguinte, mas o declarante já estava com a vida estruturada no interior, com compromissos financeiros assumidos, os quais não poderiam ser quitados servindo ao exército; que em 2014 ao procurar novamente regularizar sua situação não pagou nenhuma multa; que das vezes anteriores solicitou verbalmente a sua dispensa em razão da sua estrutura profissional já montada; **que em 2014 foi orientado, salvo engano por um Sargento, para que entrasse com um requerimento administrativo visando o adiamento da sua incorporação até que concluisse sua especialização em 2015, para novamente se alistar em 2016 como especialista em ultrassonografia;** que, quando compareceu a inspeção de saúde, não tinha a opção de não assinar o termo de designação; que o declarante é casado e sua esposa esta grávida de 2 meses; que sua esposa é enfermeira e trabalha no Centro de Saúde de Belém do São Francisco/PE; que o declarante residia em Belém do São Francisco e trabalhava em Cabrobó e Floresta; que possuía dois contratos de trabalho um em um Hospital e outro numa empresa prestadora de serviço de ultrassonografia; que também trabalhava no município de Abaré/BA, na divisa entre Pernambuco e Bahia; **que apesar de ter assinado o termo de folhas 13 pensou que continuaria na situação de refratário e não que estaria cometendo um crime; que o declarante não leu o termo de folhas 13 ao assiná-lo; (...) que diante do transtorno que gerou a insubmissão se arrepende de não ter se apresentado na primeira oportunidade, mas levou em consideração a sua situação de vida naquela época.** (Grifos nossos).

O MPM requereu fosse oficiado à 7ª RM, a fim de que viesse aos autos cópia autenticada do processo de seleção do acusado, desde 2002, esclarecendo o alcance da dispensa de incorporação certificada naquela época, bem como o original do CDI (Certificado de Dispensa de Incorporação), emitido em 2002, pela 21ª CSM, o que foi deferido pelo Conselho (fl. 82).

A DPU, por sua vez, juntou cópia do requerimento do denunciado, dirigido ao Comandante da 7ª RM, solicitando a manutenção da sua condição de dispensado por excesso de contingente e a revogação ou anulação da sua convocação para a Seleção Complementar, constando carimbo de recebimento pela SEC SV COR/7 em 26/1/2016 (fls. 88/91); cópias de contratos de experiência (fls. 92/94 e 97/99); e cópia de ultrassonografia da esposa do acusado (fls. 95/96).

Em resposta à solicitação do Órgão Ministerial, a 21ª CSM informou que o militar alistou-se em 18/2/2002, no município de Mirandiba/PE, sendo incluído no Excesso de Contingente, por se tratar de município Não Tributário, e recebeu o Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI) nº 166832-X. Não compareceu na Seleção Especial pra MFDV em 2009 e 2010, tendo pago multa.

Ainda, deixou de comparecer em 2011, 2012 e 2013, pagando multa novamente e sendo encaminhado para a Comissão de Seleção Especial de 2014 (fls. 103/105).

À fl. 109 veio aos autos o CDI (Certificado de Dispensa de Incorporação) original.

Em Alegações Orais (fl. 123), o *Parquet* Militar pugnou pela absolvição do réu, por atipicidade, uma vez que consta no processo o Certificado de Dispensa de Incorporação, o que retira a condição de convocado do réu, não podendo a Lei nº 12.336/2013 retroagir, restando viciada sua nova convocação após a conclusão do curso de medicina.

A DPU, igualmente, pugnou pela absolvição, por inexistir o dever do réu de se apresentar após a dispensa anterior, pelo excesso de contingente, ocorrida oito anos antes da nova lei, sendo uma possível condenação injusta e antijurídica. Além disso, não teria havido o dolo, por não ter ciência do dever de se apresentar.

O Conselho Especial de Justiça para o Exército, em Sessão de 15/10/2015, por unanimidade de votos, condenou o Asp DIEGO DE SÁ CARVALHO PIRES à pena de 2 meses de impedimento, como incurso no art. 183, *caput*, e § 2º, alínea “b”, do CPM, com o direito de apelar em liberdade (fls. 123/124).

A Sentença de fls. 126/136 foi lida e assinada em Sessão de 16/10/2015 (fl. 137).

O *Parquet* das Armas foi intimado em 22/10/2015 (fl. 140) e a Defesa em 23/10/2015 (fl. 142), interpondo, esta última, Apelação na mesma data (fl. 143).

Em Razões recursais de fls. 145/157, argumentou, em síntese, que a Lei nº 12.336/10, que alterou a Lei nº 5.292/67, não pode retroagir e ser aplicada aos estudantes da área de saúde que obtiveram o Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI) e se formaram antes de 26 de outubro de 2010, quando entrou em vigor a citada norma, porque criou uma obrigação nova para os estudantes daquela área, com efeitos, inclusive na esfera penal, que não podem alcançar o ora apelante. O recorrente colou grau em novembro de 2009 e, na época, a Lei nº 5.292/67 previa a convocação e incorporação somente dos médicos recém-formados que obtiveram adiamento de incorporação, e não dispensa, como é o caso do réu.

Citou precedente desta Corte e pleiteou a absolvição com fulcro no art. 439, alíneas “b” ou “d”, do CPPM, tendo em vista, ainda, que inexistiu o dolo de violar a disciplina e o dever militar por parte do agente, pois acreditava que continuaria na condição de refratário, e não que cometeria um crime.

Em Contrarrazões (fls. 159/168), o Ministério Público Militar pugnou pelo provimento do Recurso da Defesa para absolver o apelante, à luz das razões

e dos fundamentos expendidos pela Defensoria Pública da União, sob pena de violação ao art. 5º, inciso XXXVI, da CF.

Em parecer (fls. 177/182), o Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida manifestou-se pelo não provimento do Recurso, por entender que o Certificado de Dispensa de Incorporação do apelante era inválido, consoante constou da Sentença primeva, e em face da negativa de concessão de passaporte.

Em ofício de 10/5/2016, o Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 7ª CJM informou ter sido concedido indulto ao apelante, com fundamento nos arts. 1º, inciso XIV, do Decreto nº 8.615, de 23/12/2015, tendo o *decisum* transitado em julgado em 8/3/2016 (fl. 196). A referida Decisão restou acostada às fls. 198/203.

É o Relatório.

VOTO

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

Inicialmente, observo que, a despeito de o processo e o julgamento terem sido realizados perante um Conselho Especial de Justiça, embora se tratasse de Aspirante a Oficial, a Defesa não arguiu nulidade do julgamento e, em vista de não ter sido proferido *verdictum* por inferiores hierárquicos, mas todos superiores, tal nulidade merece ser mitigada pelo princípio da instrumentalidade das formas. Ao revés, se fosse caso de oficial julgado por Conselho Permanente, aí sim estaria ferido de morte o princípio do Juiz Natural.

Outrossim, ressalto que, não obstante a concessão do indulto consoante Decisão acostada às fls. 198/203, com fundamento nos arts. 1º, inciso XIV, do Decreto nº 8.615/2015, persiste o interesse recursal. Isso porque tal benefício, ao contrário da prescrição, somente extingue a pena, permanecendo os demais efeitos da condenação. Portanto, a absolvição requerida pela Defesa seria mais benéfica, não tendo o Apelo perdido seu objeto.

Para tanto, a Defesa alega que a Lei nº 12.336/10, que alterou a Lei nº 5.292/67, não poderia retroagir e ser aplicada aos estudantes da área de saúde que obtiveram o Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI) e se formaram antes de 26 de outubro de 2010, restando viciada a reconvocação do réu e, dessa forma, sendo atípica sua conduta.

De fato, o recorrente assinou o Termo de Designação de MFDV em 28/1/2015 (fls. 13 e 75), dando ciência de que deveria se apresentar em 1º/2/2015 (fl. 13). Foi contra ele lavrado o Termo de Insubmissão (fl. 4). Em 8/4/2015, se apresentou (fl. 34) e foi submetido no dia subsequente à inspeção de saúde, sendo julgado apto (fl. 33), incorporado às fileiras do Exército e matriculado no EAS/2015 (Estágio de Adaptação e Serviço) a contar de 9/4/2015 (fls. 46/47).

O réu confessou “que tinha conhecimento da data de apresentação marcada para o dia 01 FEV 2015, conforme documento assinado de folhas 13”, porém “pensou que continuaria na situação de refratário e não que estaria cometendo um crime; que o declarante não leu o termo de folhas 13 ao assiná-lo” (fls. 80/81).

A despeito de alegar o desconhecimento da lei e afirmar não ter lido o termo que assinou, tal documento é bem claro ao destacar, em letras graúdas, que o convocado deveria ler todo o texto abaixo, no qual constava a informação de que poderia incorrer no crime de insubmissão caso não se apresentasse na data e local aprazados (fl. 13).

Contudo, sem maiores digressões acerca da potencial consciência da ilicitude e do dolo de praticar o delito em questão, há discussão precedente que influi na configuração da tipicidade material, uma vez que deve ser verificado se sua reconvocação era idônea.

Restou comprovado nos autos possuir o apelante Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI) datado de 2002 (fls. 53 e 109), bem como ter se formado no ano de 2009, anteriormente à vigência da Lei nº 12.336/10.

A 21ª CSM informou que o militar alistou-se em 18/2/2002, no município de Mirandiba/PE, sendo incluído no Excesso de Contingente, por se tratar de município Não Tributário, e recebeu o Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI) nº 166832-X. Atestou, ainda, não ter ele comparecido na Seleção Especial pra MFDV em 2009 e 2010, tendo pago multa para regularizar sua situação. Todavia, por não estar presente nos anos de 2011, 2012 e 2013, na condição de refratário, quitou novamente suas multas e foi encaminhado para a Comissão de Seleção Especial de 2014 (fls. 103/105).

Portanto, o agente foi dispensado do serviço militar em 2002, até porque residia em município não tributário. Apesar de se tornar médico, sendo-lhe aplicável disciplina diversa, ao tempo em que se formou vigorava a Lei nº 5.292/67, sem as alterações posteriores, dispondo à época:

Art. 4º Os MFDV que, como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.

(...)

§ 2º Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo.

Sem embargo da citada lei, no § 2º do art. 4º, mencionar que os dispensados também ficariam sujeitos à prestação do serviço militar, o STJ já havia consagrado o entendimento de que prevalecia, apenas, a regra do *caput*,

uma vez que o estabelecido pelo parágrafo tornaria inócua tal regra, havendo uma dissonância entre eles. Leia-se:

Nota-se que o *caput* da norma citada permite a convocação para o serviço militar obrigatório no ano seguinte ao término dos cursos superiores de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária tão somente para o estudante que tenha obtido o adiamento de incorporação. No entanto, o § 2º do mesmo dispositivo abrange todos os portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação para a prestação do serviço, tornando inócua a regra do *caput*.

É pacífica a jurisprudência desta Corte na compreensão de que os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária, dispensados por excesso de contingente, não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967. Não obstante a dissonância com o § 2º do citado dispositivo, deve prevalecer o entendimento firmado no *caput*.

Com efeito, transcrevo excerto do voto do e. Ministro Arnaldo Esteves no REsp 934494/RS, julgado pela Quinta Turma, em 15/4/2008, DJe 16/6/2008: De fato, o § 2º, do art. 4º, da Lei 5.292/67, prescreve:

Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo.

Deve subsistir, no entanto, a regra que se contém no art. 4º, a saber:

“Os MFDV que, como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação”.

Assim deve ser porque, a se aplicar, também, referido § 2º, ele infirmaria a regra contida no *caput*, ou seja, este seria inócua, pois irrelevante seria a obtenção do “adiamento de incorporação”, a que alude. Demais disso, a aplicação aos MFDV, do § 2º, resultaria por lhes tratar, juridicamente, de forma diversa dos demais dispensados, por excesso de contingente, o que, de certa forma configuraria discriminação, maltrato ao princípio isonômico.

Explica-se: universitários de engenharia, direito, psicologia, química etc. que forem dispensados por excesso de contingente, nos termos da Lei nº 4.375/64, art. 30, § 5º c/c art. 95, só podem ser chamados para incorporação ou matrícula até o dia 31 de dezembro do ano designado para a prestação do serviço militar inicial de sua classe e, conforme seu art. 3º – O Serviço Militar inicial será prestado por classes constituídas de brasileiros nascidos entre 1º de

janeiro e 31 de dezembro, no ano em que completarem 19 (dezenove) anos de idade. – Diferentemente, universitários de MFDV, igualmente dispensados por excesso de contingente, estariam sujeitos ao mesmo serviço militar mas, “no ano seguinte à terminação do curso”, tal como prevê o § 2º, supra.

Tendo o § alargado de tal modo a regra, que tornou inútil, sem sentido, o *caput*, deve prevalecer o conteúdo deste, por ser, inclusive, a unidade básica, segundo preceitua a LC 95/98, art. 10.

E nesse sentido se firmou a jurisprudência desta Corte, a saber:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO MILITAR. PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE. DISPENSA. EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 5.292/67. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. Conforme bem afirmou a Min. Maria Thereza de Assis Moura, “o art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67, que trata de adiamento de incorporação, é inaplicável aos médicos que são dispensados do serviço militar, seja por excesso de contingente ou por residir em município não-tributário” (AgRg no REsp 1.098.837/RS, Sexta Turma, DJe 1º/6/09).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1318795/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/10/2010, DJe 14/10/2010).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. SERVIÇO OBRIGATÓRIO. PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta Corte Superior entende que não pode a Administração, após ter dispensado o autor de prestar o serviço militar obrigatório, por excesso de contingente, renovar a sua convocação por ter concluído o Curso de Medicina.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1261505/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/4/2010, DJe 3/5/2010).

(Recurso Especial nº 1.186.513-RS, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 14/3/2011, DJe de 29/4/2011).

Com o advento da Lei nº 12.336/10, que alterou a Lei nº 5.292/67, a antinomia entre o *caput* e o § 2º foi dissipada, pois este foi revogado e passou

aquele a contemplar os estudantes que obtiveram adiamento de incorporação, bem como os dispensados, *in litteris*:

Art. 4º Os concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que não tenham prestado o serviço militar inicial obrigatório no momento da convocação de sua classe, **por adiamento ou dispensa de incorporação**, deverão prestar o serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do respectivo curso ou após a realização de programa de residência médica ou pós-graduação, na forma estabelecida pelo *caput* e pela alínea “a” do parágrafo único do art. 3º, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e em sua regulamentação. (Redação dada pela Lei nº 12.336, de 2010) (grifei).

Instado a se manifestar sobre a nova situação, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando a sistemática dos Recursos Especiais repetitivos (art. 543-C do CPC), em razão da multiplicidade de apelos acerca da temática, assentou, no REsp nº 1.186.513/RS, que as alterações trazidas pela Lei nº 12.336/10 passaram a vigor somente a partir de 26 de outubro de 2010. Leia-se a ementa do julgado:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE. ÁREA DE SAÚDE. OBRIGATORIEDADE RESTRITA ÀQUELES QUE OBTÊM ADIAMENTO DE INCORPORAÇÃO. ART. 4º, *CAPUT*, DA LEI 5.292/1967.

1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório, sendo compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967.

2. A jurisprudência do STJ se firmou com base na interpretação da Lei 5.292/1967. As alterações trazidas pela Lei 12.336 não se aplicam ao caso em tela, pois passaram a vigor somente a partir de 26 de outubro de 2010.

3. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.

(Recurso Especial nº 1.186.513-RS, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 14/3/2011, DJe de 29/4/2011).

E, ainda, questionado se a Lei nº 12.336/2010 se aplicaria aos que foram dispensados, porém ainda não convocados, ou apenas aos que fossem dispensados após a sua vigência, aquela Corte de Justiça se pronunciou nos Embargos de Declaração de mesmo número:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ESTUDANTE. ÁREA DE SAÚDE. LEIS 5.292/1967 e 12.336/2010.

1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação

do serviço militar, compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967.

2. As alterações trazidas pela Lei 12.336 passaram a vigor a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários, ou seja, àqueles que foram dispensados de incorporação antes da referida lei, mas convocados após sua vigência, devem prestar o serviço militar.

3. Embargos de Declaração acolhidos.

(EDcl no REsp nº 1.186.513-RS, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 12/12/2012, DJe de 14/2/2013).

Consoante explicitado pela decisão nos Declaratórios, as alterações trazidas pela Lei nº 12.336/10 passaram a vigor a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos concluintes dos cursos de medicina que foram dispensados de incorporação antes da referida lei, mas convocados após sua vigência.

A *contrario sensu*, aos que se formaram antes de 2010 e já tinham dispensa por excesso de contingente não seria aplicável a nova redação dada ao dispositivo controverso, predominando o entendimento do STJ de que “os estudantes de Medicina (...) dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967”.

É o caso dos autos.

O próprio MPM, tanto em Alegações Oraís quanto em Contrarrazões, pleiteou a absolvição.

Apesar de o ilustre parecerista, nesta instância, afirmar que o ponto nodal da controvérsia reside na validade/invalidade do Certificado de Dispensa de Incorporação do apelante, seus argumentos não encontram amparo nas provas dos autos.

Asseverou que o CDI do réu era inválido, por não ter ele, quando do seu alistamento, declarado que já cursava medicina, consoante constou da Sentença primeva.

Todavia, o parecer lastreou-se unicamente no julgado. Foi o *decisum* de primeira instância que deduziu tal hipótese, muito embora não conste nenhuma informação nos autos a respeito da data em que foi realizada a matrícula no curso de medicina, restando tão somente a palavra do réu no sentido de ter se alistado e recebido o certificado antes de entrar na faculdade.

Assim, cai por terra o argumento do parecerista e da Sentença de que ele omitiu tal informação e de que concorreu para um suposto erro da administração.

Outrossim, a alegação de não ter obtido passaporte com fulcro na suposta invalidade da CDI, igualmente, não se sustenta. Novamente, inexistente no processo qualquer prova de negativa de obtenção do citado documento. O que se tem é, tão só, a declaração do acusado, em interrogatório, de que “devido a necessidade de retirada do passaporte, passou a correr atrás da regularização da sua situação militar em 2014” (fl. 81). Isso porque ele tinha conhecimento de se encontrar na situação de refratário por ter sido convocado (nos termos do art. 9º da Lei nº 5.292/67⁸⁸) e não ter comparecido em 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013, tendo pago multas, e não por suposta invalidade do CDI obtido em 2002.

Não há, sequer, provas de ter-lhe sido negada a obtenção do passaporte, como quer fazer crer o MPM em segunda instância. Ele simplesmente afirma que pretendia regularizar sua situação militar antes de requerer o documento.

Destarte, até que se demonstre o contrário por meio de provas, submetidas ao crivo do contraditório, e não por meras ilações, o Certificado de Dispensa de Incorporação obtido em 2002 era plenamente válido, atraindo a incidência do entendimento jurisprudencial (REsp nº 1.186.513) de que os militares dispensados e convocados antes da vigência da Lei nº 12.336/10 não estariam sujeitos à prestação do serviço militar compulsório, como ocorreu *in casu*.

Ressalto que o termo “convocado” pode ser entendido em diversas acepções dentro da própria Lei nº 5.292/67, *verbis*:

Art. 9º Os MFDV de que trata o art. 4º são considerados convocados para a prestação do serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do curso, pelo que, ainda como estudantes do último ano, deverão apresentar-se, obrigatoriamente, para fins de seleção. (Redação dada pela Lei nº 12.336, de 2010) (grifei).

Art 18. Os MFDV convocados na forma do art. 9º e seu § 1º, após selecionados, serão incorporados nas Organizações designadas pelos Ministérios Militares, na situação de aspirantes-a-oficial ou guardas-marinha, da reserva de 2ª classe ou não remunerada. (grifei).

Art 20. O convocado selecionado e designado para incorporação que não se apresentar à Organização Militar que lhe for designada dentro do prazo marcado ou que, tendo-o feito, se ausentar antes

⁸⁸ Art. 9º Os MFDV, de que tratam o art. 4º e seu § 2º, são considerados convocados para a prestação do Serviço Militar no ano seguinte ao da terminação do curso, pelo que ainda como estudantes do último ano, deverão apresentar-se, obrigatoriamente, para fins de seleção. (Redação antiga).

Art. 9º Os MFDV de que trata o art. 4º são considerados convocados para a prestação do serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do curso, pelo que, ainda como estudantes do último ano, deverão apresentar-se, obrigatoriamente, para fins de seleção. (Redação dada pela Lei nº 12.336, de 2010).

do ato oficial da incorporação, será declarado insubmisso, na situação militar em que se encontrava no ato da designação para a incorporação.

Parágrafo único. **A expressão “convocado à incorporação” constante do Código Penal Militar (art. 159 [atual art. 183]) aplica-se ao selecionado e designado para a incorporação em Organização Militar**, à qual deverá apresentar-se no prazo que lhe for fixado. (grifei).

Desse modo, o convocado a que se refere o art. 183 do CPM é aquele que atendeu ao chamamento nos termos do citado art. 9º, foi selecionado e designado, e assinou o termo de designação. O acusado só o fez em janeiro de 2015. Contudo, os médicos **“são considerados convocados** para a prestação do serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do curso, pelo que, ainda como estudantes do último ano, deverão apresentar-se, obrigatoriamente, para fins de seleção.” (art. 9º da Lei nº 5.292/67) e **“os MFDV convocados na forma do art. 9º e seu § 1º, após selecionados, serão incorporados”** (art. 18). Veja-se, o apelante não chegou a ser selecionado em 2009, pois não se apresentou para a seleção, mas foi convocado para tal antes da vigência da Lei nº 12.336/10.

No REsp nº 1.186.513, ao se delimitar a convocação como um marco para a vigência da Lei nº 12.336/10, não se esclareceu qual a acepção do termo “convocado” estava sendo utilizada. Assim, deve-se optar pela interpretação mais benéfica ao réu, a saber, a constante dos arts. 9º e 18 da Lei nº 5.292/67, correspondendo àquela pessoa que se forma e é convocada no ano seguinte ao último ano de faculdade, prazo consumado em final de 2009/início de 2010.

Mesmo porque o julgado do STJ teve como suporte fático o caso de Gabriel Zago, cujo nome não consta de nosso Sistema de Acompanhamento Processual como réu em processo de insubmissão, o que leva a crer que não chegou a ser convocado na acepção do art. 183 do CPM c/c o art. 20, parágrafo único, da Lei nº 5.292/67. Tal fato reforça a tese de que deve ser considerado para fins de marco inicial de vigência da Lei nº 12.336/10 a convocação a que se referem os arts. 9º e 18 da Lei nº 5.292/67, o que ocorre assim que os profissionais da área de saúde se formam.

Daí, em sendo “convocado” erroneamente o réu em 2009/2010, antes da vigência da Lei nº 12.336/10 e não estando sujeito à prestação do serviço militar obrigatório, acorde a jurisprudência pacífica do STJ, por ser detentor de CDI válida (não se tendo prova do contrário), o fato é atípico.

A prova da convocação antes da vigência da nova lei encontra-se à fl. 103, tendo a 21ª CSM informado que o denunciado não compareceu na Seleção Especial pra MFDV em 2009 e 2010, tendo pago multa, em consonância com seu depoimento em Juízo.

Mais, ele não permaneceu inerte como exaltou a Sentença, pois declarou ter interposto “recurso administrativo em JAN 2015 pedindo o reconhecimento da não obrigatoriedade da sua incorporação.” (fl. 80).

De fato, a DPU juntou cópia de requerimento dirigido ao Comandante da 7ª RM, solicitando a manutenção da sua condição de dispensado por excesso de contingente e a revogação ou anulação da sua convocação para a Seleção Complementar, constando carimbo de recebimento pela SEC SV COR/7 em 26/1/2016 (fls. 88/91), dois dias antes de o réu assinar o Termo de Designação de fl. 13.

Contudo, contra ele foi lavrado o Termo de Insubmissão sem que conste qualquer desfecho acerca de seu recurso administrativo.

Sobreleva destacar que, apesar de inexistir nos autos tal informação, o militar já deve ter cumprido a totalidade de seu Estágio de Adaptação e Serviço, com duração, em regra, de 12 (doze) meses, porquanto incorporado e matriculado no EAS/2015 (Estágio de Adaptação e Serviço) a contar de 9/4/2015.

Para além, foi reconhecida a repercussão geral da matéria nos autos do AI 838194RG/RS em 23/6/2011. Transcrevo a ementa abaixo:

RECURSO. Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Serviço Militar. Estudante de medicina. Dispensa por excesso de contingente. Nova convocação. Relevância do tema. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral recurso extraordinário que verse sobre a convocação, após conclusão do curso, de estudante de medicina dispensado do serviço militar obrigatório por excesso de contingente.

Em 11/6/2013, o RE 754276/RS substituiu o paradigma de repercussão geral, constituindo o tema nº 449 (“Convocação, para o serviço militar, de estudante de medicina dispensado por excesso de contingente”), ainda pendente de julgamento, uma razão a mais a tornar temerária e pouco consistente a convicção acerca da atribuição de responsabilidade penal ao recorrente.

Por fim, destaco que esta Corte, julgando caso semelhante, absolveu o apelante e assim se pronunciou:

EMENTA: APELAÇÃO. INSUBMISSÃO. ASPIRANTE A OFICIAL MÉDICO. PRELIMINAR. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. SENTENÇA CÍVEL DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. MÉRITO. DISPENSA DO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO POR EXCESSO DE CONTINGENTE. ADVENTO DA LEI Nº 12.336/10. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. NOVA OBRIGAÇÃO MILITAR. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Preliminar de sobrestamento da ação penal militar rejeitada, uma vez que ação cível ajuizada perante a Justiça Federal já obteve sentença de improcedência do pedido e não há fundamento plausível que justifique a paralisação do trâmite processual. Decisão unânime.

Tendo em vista que a Lei nº 12.336/2010 inovou no ordenamento jurídico ao impor aos concluintes do curso de Medicina uma nova obrigação de prestar o serviço militar obrigatório, ainda que portadores do Certificado de Dispensa de Incorporação, somente os casos posteriores à vigência da mencionada legislação serão por ela alcançados, observando-se o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Apelo defensivo provido para reformar a sentença condenatória e absolver o acusado por atipicidade da conduta apurada. Decisão unânime.

(Apelação nº 19-49.2014.7.09.0009/MS, Relator Min. Ten Brig Ar José Américo dos Santos, julgada em 2/12/2014, DJe de 15/12/2014).

Nesse precedente, o militar foi convocado após a vigência da Lei nº 12.336/10, sendo somente seu CDI anterior e, mesmo assim, esta Corte o absolveu. Com muito mais razão, deve ser considerada atípica a conduta *sub judice*, à vista de o agente ter sido dispensado por excesso de contingente e reconvocado antes das alterações promovidas pela citada lei, quando inexistente a obrigação de servir às fileiras do Exército.

Ex positis, voto pelo conhecimento e provimento do Apelo para, reformando a Sentença *a quo*, absolver o Asp DIEGO DE SÁ CARVALHO PIRES do crime previsto no art. 183, *caput*, e § 2º, alínea “b”, do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “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 de Julgamento, consoante decisão proclamada pelo Presidente, de acordo com o previsto no art. 67, parágrafo único, inciso I, do RISTM, em dar provimento ao Apelo para reformar a Sentença *a quo* e absolver o apelante Diego de Sá Carvalho Pires, do crime previsto no art. 183, *caput*, e § 2º, alínea “b”, do CPM, com fulcro no art. 439, alínea “b”, do CPPM.

Brasília, 15 de setembro de 2016 – Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministra-Revisora e Relatora para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI
Apelação Nº 32-74.2015.7.07.0007-PE

Votei vencido, divergindo da douta maioria, pelo não provimento do apelo Defensivo, mantendo-se na íntegra a Sentença *a quo*, que condenou Asp OMT Ex DIEGO DE SÁ CARVALHO PIRES à pena de 2 meses de impedimento, como incurso no art. 183, *caput*, e § 2º, alínea “b”, do CPM, pelos motivos que passo a expor.

Em que pesem os entendimentos contrários, considero que o Apelante optou pela insubmissão, praticando a conduta descrita no art. 183 do CPM. Senão vejamos.

Em relação à alegação defensiva de atipicidade da conduta, com base em dispensa de incorporação por excesso de contingente ocorrido em 2002, aplica-se ao caso a Lei nº 5.292/1967, sem a alteração trazida pela Lei nº 12.336/10, uma vez que essa lei mais nova entrou em vigor em 26 de outubro de 2010, ou seja, após conclusão do curso de medicina e convocação do Acusado para prestar o serviço militar como MFDV, ambos ocorridos em novembro de 2009 (fls. 105/106), sob pena de retroatividade da lei com efeitos penais mais gravosos.

Estabelece o § 2º do art. 4º da Lei nº 5.292/1967, sem a alteração trazida pela Lei nº 12.336/10, que:

CAPÍTULO II

Da Obrigatoriedade

Art 4º Os MFDV que, como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.

(...)

§ 2º **Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo.** (grifo nosso).

Como se vê, o § 2º do art. 4º da Lei nº 5.292/1967 impõe aos MFDV portadores do certificado de dispensa de incorporação que concluírem a graduação em curso superior sujeição à prestação do serviço militar.

Não desconheço as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que confere interpretação favorável ao direito do dispensado de incorporação por excesso de contingente de não ser convocado posteriormente para a prestação do serviço militar na qualidade de MFDV, sob a argumentação de que o referido § 2º infirmaria a regra contida no *caput* do art. 4º da Lei nº 5.292/1967, ou seja, o tornaria inócuo, pois irrelevante seria a obtenção do “adiamento de incorporação” a que alude.

Contudo, tenho que na lei não há palavras inúteis e a interpretação dos vocábulos normativos devem ser feitos de forma que não resultem frases sem significação real.

Portanto, ainda que tenha sido dispensado de incorporação por excesso de contingente em 2002, tenho que a Lei vigente à época previa que o Acusado poderia ser convocado para a prestação do serviço militar como MFDV, o que, de fato, ocorreu.

Conforme o Termo de Insubmissão (fl. 4), o Acusado não se apresentou para ser incorporado e matriculado no Estágio de Adaptação e Serviço (EAS) no dia 1º de fevereiro de 2015, em que pese ter assinado o Termo de Designação para apresentar-se à Unidade Militar desde o dia 28 de janeiro do mesmo ano (fl. 13), oportunidade em que tomou ciência do dia e hora da apresentação e das consequências da interrupção do referido processo.

Em juízo, ao ser interrogado, o Acusado confessou a conduta delituosa (fls. 80/81), *in verbis*:

(...) que tinha conhecimento da data de apresentação marcada para o dia 01 FEV 2015, conforme documento assinado às fls. 13; que a Relação de Designação foi assinada em 28 JAN 2015; que, em OUT 2014, entrou com requerimento administrativo solicitando a prorrogação do prazo de apresentação, o qual foi negado; que, em DEZ 2014, tomou conhecimento do indeferimento do requerimento administrativo; (...). (Grifo nosso).

As justificativas apresentadas pelo Apelante de já estar com a vida profissional delineada, inclusive, com dois contratos de trabalho e com vários compromissos financeiros que não poderiam ser supridos com o soldo do Aspirante, bem que imaginava estar na condição de refratário em face de uma nova ausência não são hábeis a ilidir sua culpabilidade e justificar a insubmissão.

Isso porque não há previsão legal para justificar a insubmissão fundamentada em baixos valores do soldo e de outros compromissos contratuais assumidos pelo insubmisso.

Anoto que as alegações do Apelante, de ter praticado o delito em razão de problemas financeiros e de que imaginava estar na condição de refratário em face de uma nova ausência, não ensejam a absolvição, isso porque a simples alegação de problemas de ordem particular não basta para afastar a condenação.

Nesse sentido, cabe destacar a jurisprudência consolidada na Súmula nº 3 deste Superior Tribunal Militar, segundo a qual “não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas”.

Registro que o Acusado tentou em 26 de janeiro de 2015, antes de ter assinado o Termo de designação de MFDV, regularizar a sua situação militar, requerendo a anulação ou revogação do ato reconvocatório, o que demonstra, indene de dúvidas, que tinha conhecimento da importância do ato de se apresentar para o cumprimento do serviço militar.

Portanto, encontra-se demonstrado nos autos que Asp OMT Ex DIEGO DE SÁ CARVALHO PIRES tinha plena consciência de que estava cometendo um ilícito, tornando-se insubmisso por livre arbítrio e sem estar amparado por qualquer causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Conclui-se que o Acusado optou pela insubmissão porque não priorizou a caserna, agiu com dolo, sem temor do que poderia lhe acontecer. Falhou com seu dever militar, sem justificativa plausível para isentá-lo de responsabilidade.

À míngua de provas, circunstância alguma vem abonar sua conduta, antijurídica, perfeitamente subsumida ao tipo legal previsto no art. 183 do CPM. Não há causas dirimentes da culpabilidade, haja vista ser plenamente exigível do Acusado conduta diversa da que escolheu.

Por todo o exposto, votei pelo conhecimento e não provimento do apelo Defensivo, para manter na íntegra a Sentença a quo.

Superior Tribunal Militar, 15 de setembro de 2016.

Gen Ex Odilson Sampaio Benzi
Ministro-Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Apelação Nº 32-74.2015.7.07.0007-PE

Votei vencido, em Voto-Vista, divergindo da douta maioria, no tocante ao recurso de Apelação interposto pelo Asp OMT Ex Diego de Sá Carvalho Pires, condenado, pelo Conselho Especial de Justiça para o Exército da 7ª CJM, à pena de 2 meses de impedimento, como incurso no art. 183, *caput*, e § 2º, alínea “b”, do CPM, com o direito de recorrer em liberdade e indultado em 23.2.2016, nos termos do Decreto nº 8.615/15.

Pedi *Vista* dos Autos especialmente para analisar, com a cautela reclamada por minha convicção, a possibilidade e os limites da alegada retroação da Lei nº 12.336, de 26 de outubro de 2010, com resguardo do ato jurídico perfeito, qual seja, a emissão do Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI) do réu, por excesso de contingente, no ano de 2002. Tudo em contraponto com a dogmática penal, particularmente, no que tange à legislação administrativa aplicável ao *tempo do crime de insubmissão*, ocorrido em fevereiro de 2015.

Agregue-se ao caso *sub examine* o fato de o recorrente ter concluído a graduação em medicina no ano de 2009 e, ciente do dever de apresentar-se à seletiva para prestação do serviço militar, optou por não cumprir as imposições da Lei nº 5.292/67⁸⁹, consecutivamente, incidindo na condição de refratário.

⁸⁹ Art. 4º Os MFDV que, como estudantes, tenham obtido adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso prestarão o serviço militar inicial obrigatório, no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida pelo art. 3º e letra a de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação (Redação anterior).
§ 1º Para a prestação do Serviço Militar de que trata este artigo, os citados MFDV ficarão vinculados à classe que estiver convocada a prestar o serviço militar inicial, no ano seguinte ao da referida terminação do curso.

Após 4 anos em situação irregular, se apresentou voluntariamente, participou do processo seletivo do ano de 2014, agora regido nos termos da Lei nº 12.336/2010. Convocado à incorporação, não compareceu na data aprazada, 1º.2.2015, sendo declarado insubmisso.

Ab initio, ressalto a inegável irretroatividade da lei penal gravosa, garantia secular corolária do axioma *nulla crimen sine legis* (FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, Trad. Ana Paula Zomer e Outros, São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002). Ocorre que, aparentemente, a Lei nº 12.336/2010, que alterou as Leis nº 4.375/64 – dispõe sobre o serviço militar – e a nº 5.292/67 – dispõe sobre a prestação do serviço militar pelos estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária –, possui natureza extrapenal. Não se subsumindo a esse postulado.

Por outro lado, a norma procedimental administrativa que regula a incorporação dos conscritos para a prestação do serviço militar obrigatório, ocasionalmente, pode inflexionar o tipo penal capitulado no art. 183 do Código Penal Militar (CPM). Merecendo uma análise sob esse viés.

Eis o ponto nodal do debate posto no presente Recurso.

Desse modo, perquire-se a legalidade da convocação do acusado – portador de CDI desde 2002 e diplomado em medicina em 2009 – para incorporar-se às fileiras das Forças Armadas no ano de 2015, sob a égide da Lei nº 12.336/2010.

Em se reconhecendo a compatibilidade legal da convocação, bem como a regularidade do processo seletivo, esquivando-se o acusado de comparecer no local e na data designada para o ato da incorporação, ao menos formalmente, incorreu no crime de insubmissão.

Julguei, portanto, que tais motivos recomendavam solicitar *Vista dos Autos* para o fim de sobre eles me debruçar pessoalmente.

Como se sabe, o delito de insubmissão atenta contra o *serviço militar*. Crime de essência contra as Forças Armadas, já que a Constituição Federal reservou apenas a estas instituições o dever/poder de conduzir o processo seletivo de prestação do tributo constitucional do Serviço Militar Obrigatório.

Considero oportuno e conveniente, em face da relevância do seu contexto político e constitucional, tecer algumas considerações sobre aquele encargo de cidadania.

Historiadores do direito fixam o período imediatamente posterior à Revolução Francesa de 1789 como o marco do serviço militar universal. A Ordem

§ 2º Os MFDV que sejam portadores de Certificados de Reservistas de 3ª Categoria ou de Dispensa de Incorporação, ao concluírem o curso, ficam sujeitos a prestação do Serviço Militar de que trata o presente artigo. (Redação anterior).

da “Levée en Masse”, promulgada pela Convenção em 23 de agosto de 1793, determinava a apresentação de “todos os homens jovens”. Ressalvava as mulheres, os idosos e os meninos, mas lhes atribuía outros encargos⁹⁰. Desse modo, a França, que dispunha de um exército de 30 mil homens pagos, constituiu uma força terrestre de 300 mil homens, que repeliu as tentativas de invasão militar dos seus vizinhos. Por lei de 1803, Napoleão institucionalizou o serviço militar. Outros países seguiram o exemplo a partir de meados do século XIX (Estados Unidos – 1861, Prússia – 1870, Japão – 1873).

No Brasil, o recrutamento militar deu-se com a República, embora a Constituição Imperial de 1824 fizesse referência ao dever de todo brasileiro “pegar em armas” para defender o território⁹¹. Lei de 1908 estabeleceu a obrigatoriedade de servir o Exército. Só foi aplicada, todavia, a partir de 1916 depois que Olavo Bilac empreendeu ampla campanha cívica para sua aplicação. “A farda para todos, para todos o dever, a honra e o sacrifício” foi a frase, de sua autoria, mais significativa a representar o tema.

Desde então, o serviço militar tornou-se dever do cidadão ao completar 18 anos, dispensadas as mulheres. A cada ano, aperfeiçoa-se o sistema de recrutamento e seleção, tornando-o mais justo e eficiente, aprimorando a qualidade do pessoal, formando uma reserva proporcional à população do país.

Especificamente quanto à seleção do pessoal técnico em saúde, sua incorporação não só atende aos objetivos de alta política de mobilização, como subsidiariamente também à prestação dos serviços sanitários para populações desassistidas, em regiões de baixa densidade populacional, onde os serviços regulares são insuficientes ou inexistentes, onde convivem populações indígenas e ribeirinhas, exemplo do que ocorre em São Gabriel da Cachoeira, Estado do Amazonas. Lá, o Hospital de Guarnição do Exército, com um efetivo majoritário de médicos prestando serviço militar, atende cerca de noventa por cento da população civil da região.

O recrutamento de médicos e assemelhados cumpre legislação adicional específica. Tratando-se de conscrito possuidor de terceiro grau de estudos, acredita-se superada qualquer dúvida quanto ao integral cumprimento das prescrições emanadas da Comissão de Seleção, a respeito da data e do local de apresentação, da irrecusabilidade da incorporação e, por fim, das consequências criminais decorrentes da impontualidade para iniciar o período

⁹⁰ “Os homens jovens deverão lutar, os casados forjarão as armas e transportarão os suprimentos, as mulheres confeccionarão tendas e uniformes e servirão nos hospitais, os meninos transformarão a roupa branca em bandagem, os velhos serão levados às praças públicas para elevar o moral dos combatentes e pregar a unidade da República e o ódio aos reis”. Ordem da Levée en Masse (Recrutamento em Massa), Convenção da Revolução Francesa a 23/8/1793.

⁹¹ Constituição Federal de 1824. Art. 145. Todos os Brasileiros são obrigados a pegar em armas, para sustentar a Independência, e integridade do Imperio, e defendel-o dos seus inimigos externos, ou internos. (Grafia original).

do serviço militar, na privilegiada condição de Aspirante a Oficial, degrau imediatamente anterior ao primeiro posto do Oficialato, o de 2º Tenente Médico. Ademais, esse dever, com a duração em média de 11 meses, pode ser também entendido como um justo contributo que o jovem médico entrega ao país, notadamente depois de cursar uma universidade pública.

Indubitável que a positivação do tipo penal na legislação contemporânea é fruto da garantia da efetividade do princípio da nação em armas de longa data adotado no Direito pátrio e reproduzido no art. 143 da Carta Magna de 1988. (CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1.224).

Sob esse fundamento, pune-se o civil que, regularmente, convocado, selecionado e designado não se apresenta na Organização Militar no prazo que foi marcado, furtando-se do seu dever constitucional.

Pois bem, no caso em debate, o que se analisa é exatamente a regularidade da convocação do Recorrente à incorporação em 1º.2.2015. Conclusão essa apta a aclarar a tipicidade ou a atipicidade da conduta do recorrente.

O Apelante, portador de CDI desde 2002, graduou-se em medicina no ano de 2009 e, *ex legis*⁹², convocado ao processo seletivo para incorporação e prestação do serviço militar obrigatório no ano seguinte. Evidente que, abrigado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça daquela época, não poderia ele ser incorporado em 2010. Contudo, mantinha intacto o ônus de participar da seleção para a regularização da sua situação para com o serviço militar, que restava em aberto após a conclusão do curso. No entanto, optou por ignorar o chamamento da administração, passando a Refratário.

Condição na qual permaneceu até 2014, quando, imbuído do desiderato de regularizar sua situação militar, voluntariamente, se apresentou e foi convocado. Participou do recrutamento daquele ano e designado à incorporação em 1º.2.2015. Bem verdade que tentou administrativamente, sem sucesso, adiamento da incorporação.

Entendo que da liberdade de se realizar uma ação de imediato ou postergá-la sempre advirão consequências, ainda mais quando, nesse lapso temporal, sucederam-se leis. Exatamente o que ocorreu *in casu*, uma vez que a Lei nº 5.292/67 foi alterada, em 26 de outubro de 2010, pela Lei nº 12.336. Da mesma toada modificou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre

⁹² Art. 9º Os MFDV, de que tratam o art. 4º e seu § 2º, são considerados convocados para a prestação do Serviço Militar no ano seguinte ao da terminação do curso, pelo que ainda como estudantes do último ano, deverão apresentar-se, obrigatoriamente, para fins de seleção. Lei nº 5.292/67. (Redação antiga).

a convocação à incorporação dos médicos portadores de CDI. Consolidado, após a reforma legislativa, nos seguintes termos:

Processual Civil. Embargos de Declaração. Serviço Militar Obrigatório. Dispensa por Excesso de Contingente. Estudante. Área de Saúde. Leis 5.292/1967 e 12.336/2010.

1. Os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia ou Veterinária dispensados por excesso de contingente não estão sujeitos à prestação do serviço militar, compulsório tão somente àqueles que obtêm o adiamento de incorporação, conforme previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 5.292/1967.

2. As alterações trazidas pela Lei 12.336 passaram a vigor a partir de 26 de outubro de 2010 e se aplicam aos concluintes dos cursos nos IES destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários, ou seja, àqueles que foram dispensados de incorporação antes da referida lei, mas convocados após sua vigência, devem prestar o serviço militar.

3. Embargos de Declaração acolhidos. (EDcl no REsp nº 1.186.513-RS, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 12.12.2012, DJe de 14.2.2013).

Com a reforma, houve a inclusão do art. 40-A na Lei nº 4.375/64 (LSM)⁹³, alertando que os Certificados de Dispensa de Incorporação dos brasileiros concluintes dos cursos Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária passaram a ter validade até a data da diplomação, sendo que, após, deverão ser revalidados. Evidente que, como o Apelante até outubro de 2010 não havia regularizado sua situação junto ao Serviço Militar Regional, diga-se, por opção própria, passou a sofrer incidência do novel normativo.

Por ser Refratário, no momento da entrada em vigor da nova norma, a convalidação do CDI expedido em 2002 deveria ser apreciada, como de fato foi, segundo os requisitos estabelecidos para o Processo Seletivo de 2014 e não consoante os da Seletiva de 2009.

Impende ressaltar que o requerente se encontrava em situação de pendências perante a Administração Militar, inexistindo direito adquirido nesses estados.

Ademais, de acordo com os ensinamentos de De Plácido e Silva:

(...) o direito adquirido tira sua existência dos fatos jurídicos passados e definitivos, quando o seu titular os pode exercer. No entanto, não deixa de ser adquirido o direito, mesmo quando seu exercício dependa de um termo prefixo ou de uma condição preestabelecida inalterável ao

⁹³ Art. 40-A. O Certificado de Isenção e o Certificado de Dispensa de Incorporação dos brasileiros concluintes dos cursos de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária terão validade até a diplomação e deverão ser revalidados pela região militar competente para ratificar a dispensa ou recolhidos, no caso de incorporação, a depender da necessidade das Forças Armadas. (Incluído pela Lei nº 12.336, de 2010).

arbítrio de outrem. Por isso sob o ponto de vista da retroatividade das leis, não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados ao tempo em que se promulga a lei nova, como os que estejam subordinados a condições ainda não verificadas, desde que não se indiquem alteráveis ao arbítrio de outrem. (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Forense. 8. ed. 1984. pp. 77/78).

De toda sorte, o suposto direito aperfeiçoado, invocado em razão de o apelante possuir CDI na época em que colou grau no ano de 2009, não é apto, por si só, a excluir a incidência das alterações da Lei nº 12.336, em 26 de outubro de 2010, no caso concreto, sob o fundamento da irretroatividade legal. Explico.

Não se trata de retroação normativa. O caso é de lei nova afetando apenas os efeitos dos atos anteriores, mas produzidos após a data em que ela entrou em vigor. Ressalto, ainda, que o longo lapso temporal inconclusivo do processo de regularização de situação militar: 4 anos, não se deu por culpa da administração, mas por conta e risco da inércia do recorrente.

Sobre a aplicação da novel legislação aos concludentes do curso medicina em data pretérita à reforma legal e convocados após outubro de 2010, cito excertos de esclarecedor julgado do Superior Tribunal de Justiça proferido no Mandado de Segurança nº 17.502/DF:

Processo Civil. Administrativo. Militar. Serviço Obrigatório. Profissional da Área de Saúde. Dispensa por Excesso de Contingente. Convocação Posterior. Possibilidade. Tema Pacificado em Recurso Submetido ao Regime do Art. 543-C do CPC.

1. Cuida-se de mandado de segurança em que se discute a obrigatoriedade de nova convocação para o serviço militar do profissional da área médica que foi dispensado antes da edição da Lei nº 12.336, de 2010.

2. O impetrante, profissional da área médica, foi dispensado do serviço militar obrigatório em 31.12.2002, por excesso de contingente, e recebeu na ocasião o Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI). Contudo, posteriormente, concluiu o curso de medicina em 11.11.2008. Defende por isso que possui direito adquirido a não ser novamente convocado, quando da conclusão do curso de medicina.

3. A Primeira Seção, em julgamento submetido ao regime do art. 543-C do CPC (recurso repetitivos), sedimentou o entendimento de que “a Lei 12.336/2010 deve ser aplicada aos concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que foram dispensados de incorporação, mas ainda não convocados” (EDcl no REsp 118.6513/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 12.12.2012, DJe 14.2.2013).

5. No caso específico dos autos, como a dispensa do impetrante por excesso de contingente ocorreu em 31.12.2002 e a conclusão do cur-

so de medicina deu-se em 11.11.2008, sua nova convocação pode ser realizada com fundamento na Lei nº 12.336/10.

Segurança denegada. (STJ - MS: 17502 DF 2011/0205939-9, Relator: Min. Humberto Martins, data de julgamento: 22.5.2013, DJe 31.5.2013)

Para melhor compreensão do *Decisum*, transcrevo fragmentos do Voto:

Como ficou claro nos autos, o impetrante foi dispensado do serviço militar obrigatório por excesso de contingente em 31.12.2002, recebendo o Certificado de Dispensa de Incorporação (CDI). Posteriormente a esse fato, obteve aprovação em vestibular e concluiu o curso de medicina, com colação de grau em 11.11.2008. Após a colação de grau, submeteu-se o impetrante ao programa de residência médica, cujo período foi definido entre 02.02.2009 a 1º.02.2012. Para essa hipótese fática, está sedimentado nesta Corte Superior o novel entendimento de que os estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária, dispensados por excesso de contingente, estão sujeitos à prestação do serviço militar obrigatório após a conclusão desses cursos, se ocorrida esta após a edição da Lei nº 12.336/2010.

Veja-se, para o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo aquele que, portador de CDI, tenha colado grau antes de 26 de outubro de 2010 e, regularmente, tenha postergado a prestação do serviço militar para data futura à alteração da lei, estará sob a égide da nova norma. Entendo que, pela lógica do razoável, fundamentos não há para afastar igual solução para àquele que, voluntariamente, se furta da obrigação a todos imposta, sob pena de beneficiar o infrator da regra mandamental e, ainda, valorar e incentivar o comportamento contrário às ordens positivadas pelo Poder Público Estatal.

Ora, o desiderato do Apelante era buscar estar em dia com o Serviço Militar, porquanto se apresentou e foi convocado em 2014, designado para incorporar em 2015. Inegável que a inércia do Recorrente provocou a incidência da novel legislação ao processo de ajuste da sua condição de Refratário. Como poderia a Administração Militar agir diferente e fazer incidir, na espécie, regra extrapenal já revogada? Sob qual fundamento? Ademais, apresentou-se voluntariamente, não foi compulsado à seleção, como quer fazer parecer.

Diferente de quando concluiu a graduação, que a convocação se deu de ofício, em 2014, ela operou-se por ato voluntário do Recorrente que procurou a administração para acertar sua situação. E por ser refratário era preferencial para incorporação, ato que somente não ocorreu porque o Apelante deixou de comparecer no local e dia marcados, por conseguinte, consumando a insubmissão.

Incontroverso nos autos que o Recorrente participou de forma livre e consciente do Processo Seletivo do ano de 2014, sendo submetido à legislação

vigente ao tempo do ato, qual seja, a Lei nº 12.336/2010, tendo sido regularmente notificados data, local e horário da apresentação para incorporação. Alertado de que sua ausência no procedimento incorreria em crime de in-submissão.

À evidência, o ato de convocação à incorporação foi plenamente válido. O fato é típico do ponto de vista formal e material. Não há causas justificantes ou exculpantes da conduta do Apelante.

Presentes todos os substratos do crime, a condenação é medida que se impõe.

Em relação ao indulto, permito-me aderir à técnica da motivação *per relationem* admitida pelo Supremo Tribunal Federal (Ag. Reg. do Agravo de Instrumento 738.982/PR), por conseguinte, adoto os fundamentos de fls. 212/217 do juiz *a quo*, que, acertadamente, em nome da razoabilidade, desconsiderou os 2 dias de pena faltantes no cômputo de um quarto para a concessão do benefício.

Da mesma forma me filio ao posicionamento do Ministro-Revisor de que a concessão do indulto não prejudica o recurso defensivo em razão de uma eventual absolvição lhe ser mais benéfica. Aliás, faço aqui um recorte para rememorar que a concessão do indulto antes do trânsito em julgado apenas será possível ante a existência de recurso exclusivo da Defesa, caso em que a pena máxima restará inalterada.

De longa data o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado nesse sentido:

Execução Penal: Indulto: admissibilidade em tese na pendência de Recursos Extraordinário e Especial, ambos de defesa; competência do juízo de execução. 1. É admissível em tese a aplicação de Decreto de indulto coletivo, quando condenação – embora pendente de recursos de defesa –, já não pode ser exasperada, a falta de recurso da acusação: precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. Compete ao Juízo de execução penal decidir do pedido de indulto, na pendência de Recursos Extraordinário e Especial, até porque, nessa hipótese, a prisão do réu, independentemente de sua necessidade cautelar – como e da jurisprudência dominante – constitui verdadeira execução provisória da pena. (STF - HC: 71691 RJ, Relator: Sepúlveda Pertence, Julgamento: 9.8.1994, Primeira Turma, DJ 3.9.1994).

Por derradeiro, entendo que o equívoco cometido pela Juíza-Auditora, ao convocar o Conselho Especial de Justiça (CEJ) para processar e julgar praça especial (Aspirante a Oficial), reveste-se de nulidade por afronta ao juiz natural. No entanto, *in casu*, o juízo rescindente merece ser abrandado em razão do princípio da instrumentalidade das formas, bem como das consequências deletérias a serem suportadas pelo requerente.

In specie, entendo que os fins do direito penal militar foram todos atingidos, o bem jurídico lesado foi recomposto, o acusado apenado, inclusive, já teve declarada extinta sua punibilidade. Mormente, submetê-lo a outro processo e julgamento seria prejudicar em muito sua atual condição e em nada contribuiria para a pacificação social ou prevenção geral, desiderato maior do normativo repressor.

Ademais, segundo o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, o postulado *pas de nullité sans grief* aplica-se, inclusive, nas nulidades absolutas: “O entendimento deste Tribunal, de resto, é o de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do prejuízo, o que não ocorreu na espécie” (RHC 120.569/SP, julgado sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski). Assim sendo, em razão do explicitado, considero mera irregularidade o julgamento do Apelante pelo CEJ.

Ante o exposto, acompanho o voto do Ministro-Relator para **conhecer** e **negar** provimento ao Recurso Defensivo.

É como voto.

Superior Tribunal Militar, 15 de setembro de 2016.

Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 64-19.2015.7.09.0009-MS

Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto.

Revisor: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Apelante: O Ministério Público Militar, no tocante à absolvição de Elisson Brites Olmedo, ex-Sd Ex, do crime previsto no art. 290 do CPM.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 7/3/2016.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. MPM. PROVIMENTO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. SENTENÇA RECONHECENDO FORMA ATÍPICA DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. CUMPRIMENTO DE PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO DO “BIS IN IDEM”. ADEQUAÇÃO AO TIPO LEGAL PREVISTO NO ART. 290, “CAPUT”, DO CPM. RÉU CONFESSO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PORTE DE DUAS SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS EM AMBIENTE MILITAR (MACONHA E COCAÍNA). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA. SENTENÇA REFORMADA.

A Sentença absolutória afirmou ser inconteste que o Militar realmente portava duas substâncias proibidas (maconha e cocaína) em ambiente militar. No entanto, a fundamentação para a absolvição consistiu no cumprimento de prisão disciplinar de 21 (vinte e um) dias, que, segundo o Conselho Permanente de Justiça para o Exército, impediria a atuação do Poder Judiciário para condená-lo sob pena da prática do “bis in idem”.

O crime militar e a transgressão disciplinar são condutas que infringem os preceitos de hierarquia e disciplina, porém o crime militar é uma conduta humana mais grave, devendo observar as sanções contidas no Código Penal Militar. O crime previsto no art. 290 do CPM não pode ser apenado com punição disciplinar. O legislador fez previsões legais específicas tanto para o cumprimento da transgressão disciplinar como para o crime militar e assim deve ser observado para a consecução do objetivo basilar dos respectivos institutos legais.

O crime de entorpecente praticado na caserna alcança um grau de reprovabilidade tão elevado que não há espaço para a aplicação dos Princípios da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima do Estado.

Apelo provido. Decisão por maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, deu provimento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença *a quo* e condenar o ex-Sd Ex Elisson Brites Olmedo à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos, nas condições fixadas no Acórdão, assegurando o direito de recorrer em liberdade. O Ministro José Coêlho Ferreira (Revisor) negava provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, mantinha na íntegra a Sentença hostilizada e fará voto vencido. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Junior e o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado.

Presidência do Ministro 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, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro José Barroso Filho. (Extrato da Ata da 83ª Sessão, 8/11/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, irresignado com a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 9ª CJM, de 7/3/2016, que absolveu o ex-Sd Ex ELISSON BRITES OLMEDO do crime previsto no art. 290 do Código Penal Militar.

Narra a Exordial acusatória de fls. 1 a 1.2, Vol. 1, que:

(...) por volta das 8:00h, após a realização do Treinamento Físico Militar, foi realizada revista rotineira nos armários do Alojamento de Cabos e Soldados da Companhia de Apoio da Base de Administração e Apoio do Comando Militar do Oeste.

Durante a revista, o denunciado Sd ELISSON **BRITES** OLMEDO retirou todo o material que se encontrava dentro de seu armário e, quando mexia na gandola, discretamente colocou alguma coisa entre os dedos. Nesse momento, foi indagado pelo Condutor do flagrante GUILHERME PEREIRA **GOMES** sobre o que se tratava; respondendo, de pronto, que era droga.

Em sua oitiva, o denunciado afirmou que começou a retirar de seu armário todo material e, ao chegar na terceira prateleira, puxou uma gandola, vindo junto um pacote plástico que foi segurado com a mão esquerda enquanto a gandola foi retirada com a mão direita e jogada no chão. Acrescentou que, ao ser questionado sobre o que segurava em sua mão esquerda, respondeu que se tratava de droga. Reconheceu ser usuário

de maconha desde os doze anos, porém negou que o pacote encontrado fosse seu, não sabendo explicar como ele foi parar dentro de seu armário.

Fato é que autuado o denunciado Sd BRITES e apreendido o material (fls. 12/13) que ele guardava em seu armário, após ter sido prontamente encaminhado ao exame pericial, revelou-se que: (I) a porção de vegetal apreendida trata-se de **maconha**, *Cannabis sativa* Linneu, que tem como principal componente químico e psicoativo o THC; e (II) a substância em pó de tonalidade amarelada apreendida trata-se de **cocaína**. Ambas as referidas substância causam dependência e são de uso proscrito no Brasil, pois estão inscritas na Portaria SVS/MS, nº 344, conforme Laudo de Exame Toxicológico de fls. 60/63.

(...)

Nos autos do APFD, lavrado na Base de Administração e Apoio do Comando Militar do Oeste/CMO, constam as seguintes peças: Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls. 8/11, Vol. 1); **Auto de Apresentação e Apreensão** (fls. 12/13, Vol. 1), Nota de Culpa (fls. 14, Vol. 1); Exame de Corpo de Delito (fls. 19/20, Vol. 1); Relatório (fls. 39/40, Vol. 1); Laudo de Exame Toxicológico (fls. 60/63, Vol. 1).

Por Decisão da MM. Juíza-Auditora Substituta, no exercício da titularidade da 9ª CJM, Dra. SUELY PEREIRA FERREIRA, datada de 12 de junho de 2015, foi concedida liberdade provisória ao Militar (fl. 49, Vol. 1), sendo expedido o Alvará de Soltura, com cumprimento naquela mesma data (fl. 55, Vol. 1).

A Denúncia foi recebida em 2 de setembro de 2015 (fls. 69/70, Vol. 1).

O Laudo definitivo de constatação de substância entorpecente realizado pelo Instituto de Análises Laboratoriais Forenses da Coordenadoria-Geral de Perícias da Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado do Mato Grosso do Sul (fls. 60/63, Vol. 1), após analisar o material apreendido, concluiu que:

(...) as análises realizadas na porção de vegetal forneceram resultado positivo para **maconha**, *Cannabis sativa* Linneu e as análises realizadas na porção de substância revelaram a presença de **cocaína**, a qual é extraída da planta cientificamente denominada **Erythroxylum coca Lam** e também de outras espécies do gênero.

O THC, princípio ativo da maconha, é caracterizado como um psicotrópico e causa dependência. A substância cocaína é classificada como entorpecente e também causa dependência. **O THC, a planta Cannabis sativa e a substância cocaína estão inscritos na Portaria/SVS/MS nº 344, de 12/5/1998 (república em 1º de fevereiro de 1999) e suas respectivas atualizações, portanto, proibidos em todo território nacional, de acordo com a Lei nº 11.343, de 28 de agosto de 2006.** (grifo nosso).

Devidamente citado (fl. 85, Vol. 1), qualificado e interrogado, o Acusado declarou que (fls. 89/91, Vol.1):

(...) os fatos realmente aconteceram como narrados na Denúncia, mas deseja esclarecer que, quando retirou o seu material do armário, também retirou a substância de dentro do bolso da calça, sendo que primeiramente ficou com a substância na mão e depois a jogou no chão; que a substância pertencia realmente ao interrogando; que na verdade tinha colocado a substância dentro de sua calça civil para utilizá-la depois que saísse do quartel; que utilizava a droga para dormir, pois a mesma dava sonolência; que utilizava a maconha para dormir e a cocaína tinha sobrado de uma festa que tinha ido no domingo anterior e acabou esquecendo também na calça; que já tinha tido instrução sobre droga no Quartel; que realmente já fazia uso de maconha desde os 12 anos de idade; que cocaína só usou por duas vezes; (...) que havia ido para participar do TFM centralizado e soube que haveria uma revista no alojamento; que aí se recordou que havia esquecido as drogas no bolso da calça, mas não foi permitido que entrasse no alojamento naquele momento; que quem verificou primeiro a droga foi o Al P Gomes; que realmente quando foi indagado pelo Cap Seixas disse que a droga não era sua, pois naquele momento ficou com medo; (...) que conhece as testemunhas e nada tem a alegar contra elas; que após ter sido solto pela Justiça cumpriu mais 21 dias de punição que acredita que tenha sido em razão do porte de drogas; que cumpriu esse tempo na cela da Cia de Guarda; que nunca fez tratamento contra drogas; que não se considera viciado porque largou das drogas cerca de três dias depois que foi solto e até hoje não sente falta; que sua família se decepcionou com o ocorrido, (...) que não se declarou usuário de drogas na entrevista para o serviço militar porque queria agradar a um tio seu que era tenente aposentado e queria que o interrogando servisse; (...) que realmente deu suas explicações por escrito, dizendo que utilizava a droga como antidepressivo; que depois disso veio a sentença, sendo que foi informado pelo Cap Seixas que ele havia pedido 30 dias de punição, mas como o Comandante foi bonzinho deu só 21 dias de punição. (...).

As testemunhas arroladas pelo *Parquet* prestaram os seguintes esclarecimentos:

- Cap MARCELO ALEXANDRE SEIXAS (fls. 92/93, Vol. 1):

(...) que foi Comandante do Sd Brites até o momento em que foi excluído a bem da disciplina; que foi autorizada uma revista geral por parte do Comandante; que quem estava fazendo a revista no armário do acusado era o Al P Gomes; que o depoente estava no alojamento também; que o Al P Gomes chamou o depoente e mostrou a substância que havia achado no armário do Sd Brites; que o depoente não sabia ao certo que tipo de substância era, pois estava em um saco plástico (...).

- ST ADAÍAS RODRIGUES SOUZA (fls. 94/95, Vol. 1):

(...) que foi acionado pelo Cap Seixas e quando chegou no alojamento soube que havia sido encontrado droga com o Sd Brites; que a substância foi mostrada para o depoente e houve informação que a mesma foi encontrada no armário do Sd Brites, que o Sd Brites estava nervoso e quieto; que o depoente aproveitou para dar uns conselhos a ele; (...).

- 3º Sgt Ex GUILHERME PEREIRA GOMES (fl. 96, Vol. 1):

(...) que após o TFM o Cap Seixas, Comandante de Cia, determinou que os sargentos efetuassem uma revista no alojamento dos cabos e soldados; que os militares revistados iam subindo de dois em dois; que revistou o armário do Sd Brites; que o Sd Brites pegou uma gandola dentro do armário e o depoente notou que ele havia escondido alguma coisa na mão; que logo após ele jogou a gandola no chão; que o depoente perguntou o que era aquilo que ele segurava; que o Sd Brites respondeu que era droga; que o depoente pegou a substância e chamou o Cap Seixas, que já estava no alojamento; que a substância estava em forma de cubinho dentro de um plástico; (...) que, quando perguntou ao Sd Brites o que era aquilo, o mesmo abaixou a cabeça e disse com o ar deprimido que era droga (...).

O ex-Sd BRITES foi punido disciplinarmente por ter sido encontrado com substâncias proibidas no interior do alojamento, **ficando preso por 21 (vinte e um) dias a contar do dia 3/7/15 no Xadrez da Guarda do CMO e ingressando no comportamento “Mau”** (fls. 148/149, Vol. 1).

Na Ata da 211ª Sessão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, datada de 29 de setembro de 2015, foi determinado que (fl. 100, Vol. 1):

(...) fosse requisitado ao Comandante da Cia de Apoio da Base Administração e Apoio do CMO que remeta a este Juízo, no prazo de 24h, a seguinte documentação: 1. Cópia da sindicância que resultou no licenciamento a bem da disciplina do acusado; 2. CÓPIA DAS FOLHAS DE ALTERAÇÕES DO ACUSADO REFERENTE AO MÊS DE JULHO/2015; 3. Cópia da ficha disciplinar do acusado; 4. Informação se o acusado foi punido disciplinarmente e quais os motivos para a aplicação dessa punição. (...) (grifo no original).

Transcreve-se, abaixo, a conclusão a que chegou o Sindicante (fl. 163, Vol. 1):

(...) sendo que a conduta atribuída ao soldado acima elencado deve sofrer repressão imediata, pois o torna incompatível para permanecer nas Forças Armadas, devendo ser aplicado, salvo melhor juízo, o previsto no art. 31, “c”, e seu § 3º, “b”, da Lei do Serviço Militar, e art. 141, “2”, do Decreto nº 57.654/1966, Regulamento da Lei do Serviço Militar, tendo em vista ser soldado do Efetivo Variável prestando o Serviço Militar Obrigatório.

A solução da Sindicância datada de 23 de julho de 2015, subscrita pelo Comandante da Base de Administração e Apoio/CMO, determinou o licenciamento do Sd EV ELISSON **BRITES** OLMEDO na forma do inciso I do § 1º do art. 32 do RDE.

Em suas Alegações Escritas, o Ministério Público Militar requereu a procedência da Denúncia oferecida contra o Acusado para condená-lo como incurso nas penas do art. 290, *caput*, do CPM (fls. 188/191, Vol. 1).

A Defensoria Pública da União, por sua vez, pugnou pela absolvição do Acusado, requerendo a aplicação do Princípio da Insignificância e, subsidiariamente, que a conduta fosse considerada como simples infração disciplinar, rogando, também, pela aplicação da Lei nº 11.343/2006 em detrimento ao art. 290 do CPM (fls. 193/203, Vol.1). Na eventualidade de uma condenação, requereu a aplicação da atenuante prevista no inciso I do art. 72, bem como da atenuante da confissão e, por último, a concessão da suspensão condicional da pena (fls. 193/203, Vol.1).

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército, por unanimidade, julgou improcedente a Denúncia e absolveu o Acusado do crime previsto no art. 290, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, alínea “f”, do CPPM, c/c o art. 42, § 2º, do Estatuto dos Militares, **por reconhecer uma forma atípica de extinção de punibilidade** (fls. 212/221, Vol. 1).

Inconformado, o Representante do MPM interpôs recurso de Apelação (fl. 226, Vol. 1), com apresentação das suas Razões (fls. 231/237, Vol. 2), postulando a condenação do ex-Sd ELISSON BRITES OLMEDO nas penas previstas no art. 290 do CPM.

O Representante do *Parquet* Militar asseverou em prol de sua rogativa que, *verbis* :

(...) tanto a prisão disciplinar, quanto a expulsão do militar, configuram consequências administrativas de seu censurável comportamento, sem que isto exclua a apuração da prática de um delito e, em caso de condenação, a consequente aplicação da pena.

Ressalta-se que o art. 42, § 2º, da Lei 6.880/80, estabelece que, em caso de concurso entre militar e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada apenas a pena relativa ao crime. Não havendo qualquer menção ao fato de que, uma vez ocorrida a punição disciplinar, a pena relativa ao delito deixará de ser aplicada.

Assim, em decorrência da autonomia e da independência entre as esferas administrativas e criminais, não se pode admitir que as punições disciplinares façam as vezes das punições relativas ao crime praticado, uma vez que a competência para processo e julgamento dos crimes militares foi conferida à Justiça Castrense, a teor do disposto no art. 124 da Constituição Federal de 1988.

(...) em razão da importância dos bens jurídicos tutelados, cuja ofensa atinge não só a segurança e a integridade física dos membros das Forças Armadas, que portam armas letais, como também contra os princípios basilares da hierarquia e da disciplina militares, não se pode reconhecer que a punição disciplinar aplicada ao ex-Sd BRITES representa uma resposta estatal proporcional e eficaz à violação do ordenamento jurídico.

(...)

A DPU, em Contrarrazões (fls. 239/243, Vol. 2), pugnou pela negativa do provimento do apelo do MPM "(...) a fim de manter in totum a sentença proferida pelo MM. Juiz sentenciante".

Em manifestação de fls. 252/255, Vol. 2, a douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no Parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, opina pelo provimento do apelo, asseverando que:

(...)

O fundamento apresentado na sentença absolutória não se sustenta. O fato de ter havido punição em sede administrativa, em nada pode prejudicar a punição criminal. Com efeito, a regra da independência das instâncias, ínsita no artigo 935 do CC, na verdade, impõe uma possível influência da decisão proferida em sede penal sobre a esfera administrativa e cível quando houver absolvição criminal fundada em inexistência do fato ou da autoria. O contrário, data vênia, é impensável.

A ilustre Defensoria Pública da União foi intimada de que o feito foi posto em mesa para julgamento.

Nessa oportunidade, foi apresentada Manifestação Judicial pela DPU, requerendo: a devolução plena da matéria contextualizada nos autos para conhecimento; apreciação e julgamento por parte desta Corte; a manutenção da Sentença absolutória e, caso não seja mantida sua absolvição, que os autos sejam encaminhados ao "Juiz Natural", por falta de condição de procedibilidade/prosseguibilidade, para que seja julgado por Lei Penal comum em função de não mais ostentar a condição de militar (fls. 265/267, Vol. 2).

Por fim, solicitou a designação de data para realização de sustentação oral (fl. 267 v., Vol. 2).

É o Relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, deve ser conhecido o recurso de Apelação.

Após ser intimada de que o processo foi posto em mesa para julgamento, a DPU apresentou Manifestação Judicial requerendo: a devolução plena da matéria contextualizada nos autos para conhecimento; apreciação e julgamento por parte desta Corte; a manutenção da Sentença absolutória e, no caso de sua reforma, que seja reconhecida a falta de condição de procedibilidade/prosseguibilidade pela perda do objeto, tendo em vista o seu Assistido não mais ostentar a condição de militar. Em não sendo absolvido, que sejam encaminhados os autos à Justiça comum para o processamento do feito e aplicação dos institutos despenalizadores previstos na legislação geral.

Os argumentos expostos na citada Manifestação Judicial são extemporâneos, sob pena de inovação recursal, restando preclusa a matéria, vez que o Órgão Defensivo apresentou novas teses e argumentos não alegados nas Razões recursais.

Comungando com esse entendimento, colaciona-se o julgado proferido em 17/11/2015 pelo Exmo. Sr. Ministro Gen Ex LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES nos autos da Apelação nº 13-46.2013.7.10.0010/CE, *in litteris*:

APELAÇÃO. ENTORPECENTE (CPM, ART. 290, *CAPUT*). PRELIMINARES ARGUIDAS PELA DPU DE FORMA EXTEMPORÂNEA. NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE. PROVAS TESTEMUNHAIS E PERICIAIS.

A DPU, por ocasião em que foi intimada de que o feito fora posto em mesa para julgamento, por meio de manifestação judicial, apresentou teses não trazidas inicialmente no recurso examinado, revestindo-se de indevida inovação recursal, não sendo viável a sua análise, porquanto imprescindível a prévia irrisignação no momento oportuno e o efetivo debate sobre os temas. Tem-se, assim, por ocorrido o fenômeno processual da preclusão consumativa. (...) Por unanimidade, não conhecidas as Preliminares arguidas pela Defesa e, no mérito, por maioria, negado provimento ao apelo defensivo. (grifo nosso).

Prosseguindo, insurge-se o Representante do Ministério Público Militar contra a Sentença que absolveu o ex-Sd Ex ELISSON **BRITES** OLMEDO da prática do delito tipificado no art. 290, *caput*, do CPM, com fundamento no art. 439, alínea "f", do CPPM, c/c o art. 42, § 2º, do Estatuto dos Militares, **por reconhecer uma forma atípica de extinção da punibilidade.**

O Conselho Permanente de Justiça, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Denúncia para absolver o Acusado, afirmando, para tanto, que:

(...)

Em relação à autoria e materialidade do delito, nada a contestar, posto que se encontram devidamente formatados nos autos, consubstanciando um acervo probatório firme e seguro neste sentido (provas testemunhais, periciais, documentais e confissão do réu). Da mesma forma, rechaçam-se todas as postulações defensivas. Não se aplica, na espécie, o Princípio da Insignificância e tampouco o Princípio da Proporcionalidade ou as regras da Lei nº 11.343/2006, consoante pacífica jurisprudência do STF e STM. Da mesma forma, descarta-se a aplicação das regras da Lei nº 9.099/1995, frente ao disposto no art. 90-A da aludida norma c/c art. 1º da Lei nº 10.259/2001.

Não obstante, o caso concreto em apreciação apresenta uma vertente diferenciada em relação aos diversos casos julgados neste juízo envolvendo posse de entorpecentes.

É fato que o Ex-Soldado ELISSON BRITES OLMEDO já foi punido disciplinarmente pelo mesmo fato objeto do presente feito, o que impediria de ser novamente punido na esfera penal em respeito aos princípios da fragmentariedade e do “ne bis in idem”. De fato, compulsando os autos, verifica-se que o então Sd BRITES foi punido disciplinarmente pelo fato de ter sido encontrado com substâncias proibidas no interior do alojamento da Cia Ap, no dia 10/6/2015 (fls. 108), **com prisão disciplinar de 21 (vinte e um) dias**, conforme consta nos seus assentamentos funcionais (fls 109/116), tendo inclusive, sido licenciado a bem da disciplina em razão dos fatos. **Dúvidas não restam que os fatos motivadores das punições disciplinares (prisão disciplinar e licenciamento a bem da disciplina) são os mesmos, consoante se extrai da análise da Sindicância de fls. 117 e seguintes.** Aliás, o item 108 do Anexo 1 do RDE acaba guardando relação de mesma natureza com o art. 290 do CPM, posto que ambos se referem à substância proibida.

(...)

Após analisarmos minuciosamente os elementos carreados aos autos e refletirmos acerca das considerações acima elencadas, constata-se que **o Comandante da Organização Militar do réu antecipou-se, em detrimento da aludida norma e do procedimento determinado pelos §§ 4º e 5º do art. 14 do RDE, e sancionou disciplinarmente o então Sd Brites, sem aguardar o deslinde processual (...)**

Sendo assim, com base nos argumentos acima, este Conselho Permanente de Justiça para o Exército entende que o réu deve ser absolvido com base no art. 439, alínea “f” do CPPM, c/c art. 42, § 2º, do Estatuto dos Militares. Aliás, não é outra a posição do Eg. Superior Tribunal Militar, que abraçou o mesmo entendimento no Acórdão referente à **Apelação nº 0000024-39.2014.7.03.0203-RS.**

PELO EXPOSTO, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército Brasileiro, por unanimidade de votos, decide julgar improcedente a Denúncia, para **ABSOLVER o acusado ELISSON BRITES OLMEDO (...)** **das imputações que lhe foram atribuídas no presente processo (art. 290, caput, do CPM),** com fundamento no art.439, alínea “f”, do CPPM, c/c art. 42, § 2º, do Estatuto dos Militares, **por reconhecer uma forma atípica de extinção de punibilidade.** (...) (grifo nosso e no original).

Da análise dos autos, verifica-se que a autoria e a materialidade são inconteste e admitidas no bojo da Sentença absolutória, encontrando-se plenamente comprovadas no Processo pelo APF, Auto de Apresentação e Apreensão do Entorpecente, bem como pelo Laudo Toxicológico, atestando que o Apelante portava duas substâncias psicotrópicas, respectivamente, ***Cannabis sativa* Lineu (maconha), com presença de THC, e Cocaína.**

No referido Laudo, consta que ambas as substâncias estão inscritas na Portaria/SVC/MS nº 344, de 12/5/1998 (republicada em 1º de fevereiro de 1999), e suas respectivas atualizações, portanto, proibidas em todo o Território Nacional.

Noutro giro, na esfera administrativa, o ex-Sd foi punido com base nas disposições contidas no Regulamento Disciplinar do Exército-RDE, fato que não impediu o prosseguimento do APF, o oferecimento da Denúncia, o seu recebimento, a prolação da Sentença, bem como a interposição do recurso de Apelação ora analisado.

Ocorre que, apesar de confirmada a conduta delituosa do ex-Militar, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército concluiu pela sua absolvição pautada numa **forma atípica de extinção da punibilidade**, em função da punição disciplinar referente a 21 (vinte e um) dias de cadeia cumprida na Unidade Militar em que servia.

A Sentença assinalou em sua fundamentação a decisão proferida nos autos da Apelação nº 24-39.2014.7.03.0203/RS, na qual atuaram como Relator o Exmo. Sr. Ministro Dr. JOSÉ BARROSO FILHO e Revisor o Exmo. Sr. Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO.

Naquela oportunidade, a Apelação supramencionada julgava recurso contra a absolvição de ex-Militar do crime previsto no art. 209, § 1º, do CPM (lesão grave) e a condenação de outro ex-Militar pelo cometimento do crime previsto no art. 210, *caput*, do CPM (lesão culposa).

Analisando aquele recurso de Apelação, esta Corte, à época, entendeu que realmente a Sentença foi pertinente ao considerar a punição disciplinar de 10 (dez) dias de detenção para um dos Acusados como suficiente para reprimir o comportamento indevido.

Em relação ao segundo Réu do mesmo Processo, esta Corte entendeu, ainda, que os dois agiram em conjunto, e, por terem provocado “um pequeno acidente, sancionado com punição disciplinar justa e efetiva”, também deveria ser absolvido, o que se deu com a reforma da Sentença reconhecendo também a presença de causa atípica de extinção da punibilidade.

O respeitável entendimento foi ratificado à unanimidade pelo Plenário desta Corte. Contudo, é necessário atentar-se aos crimes postos em discussão naquele momento, uma absolvição referente à lesão grave e uma reforma de Sentença em relação ao crime de lesão culposa. Cabe acrescentar, ainda, que as lesões sofridas foram oriundas de uma “brincadeira” realizada entre os militares envolvidos.

Entretanto, cabe ressaltar que, no presente Processo, analisa-se uma situação de maior ofensividade, o porte de duas substâncias entorpecentes (maconha e cocaína) dentro do ambiente militar.

Segundo o doutrinador JORGE LUIZ NOGUEIRA DE ABREU⁹⁴, contra-venção ou transgressão disciplinar é:

⁹⁴ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010. p. 324.

toda ação ou omissão que não constitua crime militar, ofensiva à ética, às obrigações ou aos deveres militares, ou, ainda que a afete a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe, e, como tal, é classificada pelos regulamentos disciplinares das Forças Armadas. (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, o mestre HELY LOPES MEIRELLES⁹⁵ afirma que:

Não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do estado, realizado através da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas lei penais e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário. (grifo nosso).

Para JOSÉ ARMANDO DA COSTA⁹⁶ a falta disciplinar é:

apurada e sancionada pela própria administração, cujos componentes não têm as mesmas garantias dos membros da magistratura, não dispondo, conseqüentemente, da mesma independência do poder Judiciário. (grifo nosso).

Como prevê o art. 14 do Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército-RDE), transgressão disciplinar é:

(...) **toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares**, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe. (grifo nosso).

Ainda, o art. 19 do Código Penal Militar afirma claramente que:

Este Código não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares.

Para o Dr. JORGE CÉSAR DE ASSIS⁹⁷ a definição para crime militar é "(...) toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares".

Sendo assim, o CPM, no seu capítulo III, ao tratar dos crimes contra a saúde, prevê em seu art. 290 o crime por tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar, ou seja, existe a tipificação penal da conduta, não se podendo considerar tal ação como uma simples transgressão disciplinar.

Atenta-se que o crime militar e a transgressão disciplinar são condutas que infringem os preceitos de hierarquia e disciplina, porém o crime militar é uma conduta humana mais grave que prejudica e expõe a perigo bem jurídico

⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 103.

⁹⁶ COSTA, José Armando da. *Transgressão e Sanção disciplinares*. Fortaleza: 2008. p. 5.

⁹⁷ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Juruá: 2013. p. 44.

tutelado pela lei penal militar, cabendo ao Estado exercer o seu poder punitivo, o que se faz por meio de uma ação penal. Já as transgressões são comportamentos de menor gravidade à hierarquia e disciplina referentes ao serviço e tipificadas em regulamento disciplinar, sendo a pena aplicada pela própria Administração. Os crimes militares podem receber sanção de até 30 (trinta) anos de reclusão ou, até mesmo, em tempo de guerra, a pena de morte. Quanto às transgressões, a pena máxima, conforme os Regulamentos Disciplinares Militares, é de até 30 (trinta) dias de prisão.

De tal feita, é plenamente possível ocorrer a aplicação de duas penas cumulativas ao autor em razão do mesmo fato, porém atribuídas em esferas diferenciadas, administrativa e penal, sem que tal situação incorra no *bis in idem*.

É pacífico o entendimento tanto da doutrina como da jurisprudência de que as esferas administrativas e criminais são independentes entre si.

Nesse sentido colaciona-se o entendimento desta Corte externado nos autos da Apelação nº 88-15.2012.7.07.0007, julgada em 12/5/2015, onde atuou como Relator o Exmo. Sr. Ministro Gen Ex FERNANDO SÉRGIO GALVÃO, *in litteris*:

EMENTA: APELAÇÃO. ART. 324 DO CPM. ATOS DE TOLERÂNCIA. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE E DE CULPABILIDADE. ATO PREJUDICIAL E CONTRA O DEVER FUNCIONAL. CONCOMITÂNCIA DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR E DE CRIME MILITAR. CONDENAÇÃO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA, CIVIL E PENAL. RECURSO DO MPM PROVIDO.

(...)

V - Eventual sanção disciplinar, ou mesmo a propositura de Ação de Improbidade Administrativa perante a Justiça Federal Comum, não afasta a possibilidade de reprimenda criminal, haja vista a independência das esferas administrativa, civil e penal.

Apelo provido. Decisão majoritária. (grifo nosso).

Também nos autos dos Embargos de Declaração nº 325-26.2012.7.11.0011, o Exmo. Sr. Ministro Ten Brig Ar WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS assentou o mesmo entendimento em Decisão prolatada em 7/10/2014, aprovada à unanimidade por esta Corte, *verbis*:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MILITAR PUNIDO DISCIPLINARMENTE E CONDENADO NA ESFERA PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **AUTONOMIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. O Acórdão vergastado destacou a linha tênue que distingue a transgressão disciplinar de alguns delitos militares, concluindo que a conduta do réu estava de acordo com o delito de violência contra superior, tipificado no art. 157, caput, do CPM. Além disso, as esferas administrativa e penal são distintas, havendo completa independência entre ambas. O administrador tem**

autonomia para impor as sanções disciplinares que forem suficientes para a manutenção imediata da ordem e da disciplina sem que, no entanto, esse procedimento exclua uma futura apuração da prática de um delito e, em caso de condenação, a consequente aplicação da pena. Embargos conhecidos e rejeitados. (grifo nosso).

Noutro diapasão, o STF, ao analisar o HC nº 103.684, julgado por maioria em 21/10/2010, onde atuou como Relator o Exmo. Sr. Ministro AYRES BRITTO, abordou a gravidade dos crimes de entorpecentes praticados na seara militar:

A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar (...) o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. **Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática.** Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa CF, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. **Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.** A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isso sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas.

(...) (grifo nosso).

Obviamente, o crime de entorpecentes previsto em lei especial não pode ser apenado com uma simples punição disciplinar de 21 (vinte e um) dias. O legislador fez previsões legais específicas tanto para o cumprimento da transgressão disciplinar como para o crime militar e assim deve ser observado para a consecução do objetivo basilar dos respectivos institutos legais.

O Princípio da Fragmentariedade avultado na Sentença prolatada prega a obrigatoriedade do direito penal de ocupar-se com ofensas realmente graves aos bens jurídicos protegidos.

O Princípio da Intervenção Mínima, também utilizado no *decisum* de primeiro grau, preceitua que o Estado deve utilizar a lei penal como seu último recurso (*ultima ratio*).

Ocorre que o crime de entorpecente praticado na caserna alcança um grau de reprovabilidade tão elevado que não há espaço para a aplicação dos mencionados Princípios da Fragmentariedade e da Intervenção Mínima.

De tal feita, buscando seguir o entendimento adotado nos inúmeros casos de entorpecentes julgados por esta Corte, onde se rechaça, inclusive, a aplicação do Princípio da Insignificância, não há como manter a absolvição por reconhecimento de forma atípica de extinção de punibilidade em função do cumprimento de punição disciplinar.

Nesse sentido, a PGJM, no Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA, também entendeu que a Apelação deve ser julgada procedente para condenar-se o ex-Militar, alegando, em sua manifestação, que:

(...)

O fundamento apresentado na sentença absolutória não se sustenta. **O fato de ter havido punição em sede administrativa em nada pode prejudicar a punição criminal.** Com efeito, a regra da independência das instâncias, ínsita no artigo 935 do CC, na verdade, impõe uma possível influência da decisão proferida em sede penal sobre a esfera administrativa e cível quando houver absolvição criminal fundada em inexistência do fato ou da autoria. O contrário, data vênua, é impensável.

O comportamento de quem traz consigo entorpecente no meio militar é grave, arriscado por demais, não apenas do ponto de vista da disciplina, mas dos riscos decorrentes de acidentes e crimes por quem está portando arma de calibre de guerra. O “coitadismo penal” vigente no meio civil não pode contaminar o direito militar. O erro da legislação permissiva em matéria de entorpecente no meio civil guarda relação direta com a explosão da criminalidade violenta.

Por outro lado, a suposta justiça para o caso pode, no plano coletivo, significar inequívoco incentivo ao crime, daí decorrendo funestas consequências sociais, ainda mais tratando-se de ambiente militar. É preciso nortear a interpretação em vista do interesse coletivo. Do coletivo para o individual, e não o contrário.

(...) (grifo nosso).

Assim, presentes a materialidade, atestada pelo Laudo Toxicológico que resultou positivo para maconha com presença do THC e da cocaína, bem como a autoria confessa do ex-Militar devidamente corroborada pelas provas testemunhais e, inexistindo excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, o decreto condenatório se impõe.

Passa-se, então, ao cálculo da pena:

Primeira fase: Estando presentes as circunstâncias favoráveis do art. 69 do CPM, a pena-base fica fixada em 1 (um) ano de reclusão.

Segunda fase: Mesmo sendo Réu primário e de bons antecedentes, por força do art. 58 do CPM, deixa-se de aplicar a atenuante de menoridade, sob pena de a mesma ficar aquém do mínimo legal.

Terceira fase: Ausentes as causas de aumento e diminuição da pena, mantém-se a pena definitiva no patamar de 1 (um) ano de reclusão.

Verifica-se que o Réu faz jus ao benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, conforme prevê o art. 84 do CPM, devendo ser observado o previsto no art. 626 do CPPM, exceto a alínea “a”, designado o Juízo de origem para presidir a Audiência Admonitória, conforme dispõe o art. 611 do mesmo diploma legal, fixando-se o regime prisional aberto para o cumprimento da pena no caso de renúncia ou de revogação do benefício ora concedido, de acordo com a alínea “c” do § 2º do art. 33 do Código Penal comum, c/c o art. 110 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

Em atenção ao disposto no art. 67 do CPM, também faz jus o Acusado à detração penal relativa aos 3 (três) dias que durou sua prisão em flagrante.

Posto isso, dou provimento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença *a quo* e condenar o ex-Sd Ex ELISSON **BRITES** OLMEDO à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de recorrer em liberdade nos termos supramencionados.

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 de julgamento, **por maioria**, em dar provimento ao Apelo ministerial, para reformar a Sentença *a quo* e condenar o ex-Sd Ex Elisson Brites Olmedo à pena de 1 ano de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, concedendo-lhe o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos nas condições fixadas no Acórdão, assegurando o direito de recorrer em liberdade.

Brasília, 8 de novembro de 2016 – Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COELHO FERREIRA
Apelação Nº 64-19.2015.7.09.0009-MS

O Ministério Público Militar foi intimado do inteiro teor da Sentença em 10/3/2016, interpondo o recurso em 14/3/2016. O recurso é tempestivo e deve ser conhecido.

2. Não possui razão o apelante.

3. Com efeito, não se discutem a materialidade e a autoria do crime imputado ao Apelado. Os autos encontram-se instruídos com Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 12/13), Auto de Prisão em Flagrante (fls. 8/11), Laudo

Pericial Definitivo (fls. 60/63), tudo corroborado pela confissão do réu e os depoimentos prestados em Juízo pelas testemunhas da acusação.

4. A questão a ser enfrentada pela Corte reside noutro ponto. A Sentença hostilizada, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Denúncia, absolvendo o ex-Sd Ex ELISSON BRITES OLMEDO, com fulcro no art. 439, letra “f”, do CPPM, c/c o artigo 42, § 2º, do Estatuto dos Militares, reconhecendo uma forma atípica de extinção da punibilidade, considerando que ao militar foi aplicada, além da prisão em flagrante por três dias (fls. 8/11 e 55), sanção disciplinar com prisão de 21 (vinte e um) dias, além de ter sido licenciado a bem da disciplina, indo de encontro ao que preceitua o próprio Regulamento Disciplinar.

5. Em que pese o argumento de que são totalmente independentes os julgamentos nas esferas administrativa e penal, entendo ser um caso especial em que não se pode olvidar do princípio *ne bis in idem*, vigente em nosso ordenamento jurídico, pelo qual se impede a imposição de duas sanções criminais em virtude da prática do mesmo comportamento.

6. Considerando que a pena imposta na punição disciplinar, de prisão, é restritiva de liberdade assim como aquela prevista no direito criminal e, mais do que isso, na prática, é muito superior à pena efetivamente aplicada na seara penal, é possível sim lançar mão dessa garantia.

7. Até porque, como todos sabemos, trata-se de um dos crimes mais comuns entre os julgados por este Tribunal e, em praticamente todos os casos de usuários flagrados na posse de substância ilícita, a pena aplicada é de 1 (um) ano com o benefício da suspensão condicional da pena, o que representa uma condenação sem restrição de liberdade.

8. No caso, o então militar foi apenado com nada menos que 21 dias de prisão, em regime fechado, além de ter sido licenciado do serviço militar a bem da disciplina, afigurando-se numa apenação bem superior àquela que seria imposta pelo poder judiciário no âmbito penal castrense.

9. Precisa, portanto, é a conclusão da Sentença, *in litteris* (fl. 218/220):

É fato que o Ex-Soldado ELISSON BRITES OLMEDO já foi punido disciplinarmente pelo mesmo fato objeto do presente feito, o que impediria de ser novamente punido na esfera penal em respeito aos princípios da fragmentariedade e do “*ne bis in idem*”. De fato, compulsando os autos, verifica-se que o Sd BRITES foi punido disciplinarmente pelo fato de ter sido encontrado com substâncias proibidas no interior do alojamento da Cia Ap, no dia 10/6/2015 (fls. 108), com prisão disciplinar de 21 (vinte e um) dias, conforme consta nos seus assentamentos funcionais (fls. 109/116), tendo, inclusive, sido licenciado a bem da disciplina em razão dos fatos. Dúvidas não restam que os fatos motivadores das punições disciplinares (prisão disciplinar e licenciamento a bem da disciplina) são os mesmos, consoante se extrai da análise da Sindicância de fls. 117 e seguintes. Aliás, o item 108 do Anexo I do RDE acaba guardando relação de

mesma natureza com o art. 290 do CPM, posto que ambos se referem à substância proibida.

Como é cediço, segundo a doutrina e a jurisprudência, existe total independência entre as esferas administrativa e penal, razão pela qual não se pode dizer que eventual aplicação de punição disciplinar pelo procedimento penal, pelo menos em regra. Ainda, a doutrina e a jurisprudência entendem de forma uníssona que as únicas exceções à regra da independência das diferentes esferas residem no caso em que no procedimento penal se reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria – nessas duas hipóteses sim, entende-se que a decisão do Juízo penal estende os seus efeitos sobre o procedimento administrativo-disciplinar.

No entanto, o art. 42, § 2º, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares, estabelece que o militar não poderá ser punido disciplinarmente pelo mesmo fato que constitua transgressão disciplinar e crime militar.

Após analisarmos minuciosamente os elementos carreados aos autos e refletirmos acerca das considerações acima elencadas, constata-se que o Comandante da Organização Militar do réu antecipou-se, em detrimento da aludida norma e do procedimento determinado pelos §§ 4º e 5º do art. 14 do RDE, e sancionou disciplinarmente o então Sd Brites, sem aguardar o deslinde processual penal. (*omissis*)

(...) O mundo jurídico requer segurança aos cidadãos. Exige, pois, que não se faça renascer questão já definida, quando a própria norma legal veda expressamente o acúmulo de punições. Assim, em relação ao réu ELISSON BRITES OLMEDO, deve ser cumprido o Princípio da Segurança das Relações Jurídicas, posto que, diante do peculiar sistema ensejado pelo art. 42, § 2º, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, opera-se uma forma peculiar e estrita de extinção da punibilidade, uma vez que a autoridade competente já efetivou a punição disciplinar, nos moldes relatados. Não importa se a autoridade militar agiu de forma equivocada, posto que o cidadão não pode sofrer os percalços da falta de cautela de seu antigo Comandante.

Na hipótese dos autos, a aplicação da punição de prisão disciplinar ao réu ELISSON BRITES OLMEDO foi suficiente para restabelecer a ordem interna da Unidade, bem como foi bastante para tutelar a hierarquia e a disciplina militar. Além disso, com base nos consagrados princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, uma vez reconhecido que a pronta resposta estatal já foi dada ao agente que violou o ordenamento jurídico, não se vislumbra a necessidade de aplicação da norma penal militar ao caso, sob pena de incorrerem em *bis in idem*. Com efeito, a dupla penalização pelo mesmo fato acaba por caracterizar uma forma de injustiça, uma vez que se estaria afrontando não só os princípios supracitados, como também o princípio da proporcionalidade, a teor do que prescreve o art. 42, § 2º, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

Não obstante, ao analisarmos o teor da Sindicância que instrui os autos, verifica-se que o Comandante do réu considerou sua conduta como transgressão disciplinar, enquadrando-a no item 108 do Anexo 1 do RDE. Trata-se de ocorrência, sem dúvida, de mesma natureza do crime militar a que o ré responde neste processo. Os fatos são os mesmos e a punição imposta pelo Comandante foi extremamente gravosa, estabelecendo a privação de liberdade do réu por 21 dias e operando seu licenciamento a bem da disciplina. Em outras palavras, o réu, além de permanecer preso em flagrante por 3 dias, foi preso disciplinarmente por 21 dias e ainda foi expulso das fileiras do Exército, tudo em razão do mesmo fato pelo que está sendo processado criminalmente. Ora, um dos elementos do Princípio da Proporcionalidade é exatamente a NECESSIDADE, que consoante as lições de Humberto Ávila assim se define:

“A aferição da necessidade depende da verificação da existência de meios alternativos àquele inicialmente adotado, e que possam, igualmente, promover o fim almejado sem, entretanto, restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”.

Bem, considerando que o preceito insculpido no art. 42, § 2º, do Estatuto dos Militares, estabelece uma franca e expressa exceção à regra da independência de esferas, constata-se que o Comandante da OM, ao operacionalizar, ainda que de forma imprópria, violando a lei e o Regulamento Disciplinar, um desses meios alternativos (punição disciplinar), aplicado de forma severa e drástica, posto que resultou na prisão disciplinar do réu por 21 dias e no seu licenciamento a bem da disciplina, promoveu, ainda de forma transversa, o fim almejado. Portanto, diante do filtro do Princípio da Proporcionalidade, a hipótese carece da NECESSIDADE, o que fortalece, ainda mais, a regra do art. 42, § 2º, do Estatuto dos Militares. Esgotam-se, no caso concreto, os meios de punição, já exercidos e suportados pelo réu de forma severa, inclusive com repercussões no meio civil, considerando a natureza do certificado militar recebido, operando-se uma forma atípica de extinção da punibilidade.

10. Pouco há a acrescentar à judiciosa Sentença. Vale, inclusive, repisar que o acerto do Conselho ao evitar o *bis in idem*, na medida em que o Estatuto dos Militares prevê que apenas a pena decorrente do julgamento criminal deve ser aplicada, de modo que há uma mitigação, a meu ver, do princípio da independência entre as esferas administrativa e penal, senão vejamos:

Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.

§ 2º No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime.

11. Com isso, fica claro que o sistema adotado pelo Estatuto dos Militares, ao determinar a aplicação de somente uma das penas, afasta a autonomia das instâncias, em decorrência do princípio *ne bis in idem*, sobretudo quando se

está diante da aplicação de uma pena restritiva de liberdade no âmbito disciplinar, inclusive mais gravosa que a pena comumente aplicada na seara penal militar.

12. Ademais, punir novamente o réu vai de encontro ao princípio da subsidiariedade, pelo qual o Direito Penal é a última *ratio* do Direito, na medida em que, se o conflito foi resolvido por outro ramo do direito, não se deve usar o direito penal.

13. É bem verdade que, no âmbito castrense, em que se prima por assegurar os pilares da hierarquia e da disciplina, tem-se socorrido do direito penal como grande garantidor desses pilares fundamentais para o bom funcionamento das FFAA no exercício de suas funções constitucionais.

14. Todavia, não se pode olvidar do caráter subsidiário do Direito Penal quando se está diante do risco de uma decisão teratológica por parte do Estado, haja vista que o princípio da independência não pode suplantar o fato de que tanto o ramo administrativo disciplinar como o penal decorrem da mão punitiva do mesmo ente, no caso, o Estado, o que torna uma condenação penal agora uma dupla pena pelo mesmo fato.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo ministerial para manter incólume a sentença vergastada.

Superior Tribunal Militar, 8 de novembro de 2016.

Dr. José Coêlho Ferreira
Ministro-Revisor

APELAÇÃO Nº 70-90.2014.7.08.0008-PA

Relator: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Revisor: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Apelante: Paulo Alexandre de Jesus Barros, Civil, condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, como incurso no art. 299 do CPM, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos e o direito de apelar em liberdade.

Apelada: A Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, de 23/9/2015.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

APELAÇÃO. DPU. DESACATO A MILITAR. ART. 299 DO CPM. PRELIMINARES. INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CPP. INCONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO. INCOMPETÊNCIA DA JMU PARA JULGAMENTO DE CIVIS. REJEITADAS POR UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO DE JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR CIVIS. REJEITADA POR MAIORIA. MÉRITO. A DESARMONIA DAS PROVAS TESTEMUNHAIS IMPOSSIBILITA A PROLAÇÃO DE UM ÉDITO CONDENATÓRIO QUANDO HÁ DÚVIDA EM RELAÇÃO AO DESTINATÁRIO E O INTENTO DAS PALAVRAS INAPROPRIADAS. APELO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. MAIORIA.

1. De acordo com a Decisão do STF proferida nos autos do Habeas Corpus nº 127900, o artigo 400 do CPP somente será aplicado aos feitos da JMU cuja instrução não estiver concluída em 11/3/2016, o que não se verifica nos autos. Preliminar rejeitada por unanimidade.

2. Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos aos quais o Brasil se submete não autorizam o vilipêndio gratuito da honra e da moral das Forças Armadas, sob o pretexto de exercício da liberdade de expressão. Nenhum direito é absoluto e, bem assim, não o é o da liberdade de expressão. Preliminar rejeitada por unanimidade.

3. O caráter subsidiário da atividade desenvolvida pelas forças armadas é indiferente para a caracterização de crime militar, bastando para tanto que essa função seja de natureza militar. Preliminar rejeitada por unanimidade.

4. Não há previsão legal que autorize o julgamento monocrático de civis pelo Juiz-Auditor, pelo contrário, a Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/1992) conferiu essa competência aos Conselhos de Justiça, não fazendo qualquer distinção entre acusado civil e militar. Preliminar rejeitada por maioria.

5. Quando o conjunto probatório for exclusivamente testemunhal e de pequena extensão, um édito condenatório dependerá de um alto grau de harmonia entre as declarações que descrevam o fato supostamente criminoso, sobretudo quando tantas outras testemunhas aptas a esclarecer os fatos foram ignoradas pela investigação.

6. É essencial a certeza quanto ao destinatário e ao intento da potencial ofensa proferida pelo agente para a configuração do crime de desacato a militar.

Apelo provido. Decisão por maioria.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defensoria Pública da União, de nulidade processual face à inobservância do art. 400 do Código de Processo Penal; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar defensiva, de inconstitucionalidade/inconvencionalidade do crime de desacato, previsto no art. 299 do Código Penal Militar. Na forma do art. 67, inciso I, do RISTM, proferiu voto o Presidente. Em seguida, **por unanimidade**, rejeitou a terceira preliminar defensiva, de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o presente feito; **por maioria**, rejeitou a quarta preliminar defensiva, de incompetência do Conselho de Justiça Militar para julgar civis. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor) acolhia a preliminar defensiva, para dar interpretação conforme a Constituição Federal e declarar a nulidade da Sentença para que os autos retornassem ao Juízo *a quo* e fosse aplicada ao Apelante a Lei nº 9.099/95. O Ministro José Barroso Filho acolhia a preliminar defensiva, porém modulava os seus efeitos a contar da publicação da presente Ata. **No mérito, por maioria**, deu provimento ao Apelo defensivo, para, reformando a Sentença *a quo*, absolver o civil Paulo Alexandre de Jesus Barros, com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM. Os Ministros Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e Lúcio Mário de Barros Góes negavam provimento ao Apelo interposto pela Defensoria Pública da União e mantinham inalterada a Sentença condenatória recorrida. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira (Revisor) fará voto vencido quanto à quarta preliminar. O Ministro José Barroso Filho fará declaração de voto quanto à quarta preliminar. O Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos fará declaração de voto. Na forma regimental, usaram da palavra o Defensor Público Federal de Categoria Especial Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado e o Vice-Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. Roberto Coutinho.

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, Artur Vidigal de Oliveira, 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. Ausentes, justificadamente, os

Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 52ª Sessão, 4/8/2016).

RELATÓRIO

O Representante do Ministério Público Militar perante a Auditoria da 8ª CJM denunciou o civil PAULO ALEXANDRE DE JESUS BARROS pela prática do crime previsto no art. 299 do CPM⁹⁸.

Narra a Exordial (fls. 2/3, vol. 1), em síntese, que, no dia 2/3/2014 – domingo de carnaval –, o Acusado se dirigiu ao CT MB VICENTE DE PAULA FERREIRA SILVA nos seguintes termos: “Esses caralhos não deixam a gente trabalhar”, na presença dos 3º Sgt ALDEMIR CERVEIRA CRUZ JUNIOR e 2º Sgt MAX ROSÁRIO DE SOUSA, incidindo assim no crime de desacato, previsto no artigo 299 do CPM.

A Denúncia foi recebida em 29/7/2014, conforme Decisão de fl. 6, vol. 1.

O Acusado declarou, em síntese, que navegava pelo Rio Pará, no trajeto Icoaraci – Ilha de Cotijuba, quando foi abordado por uma embarcação da Capitania dos Portos, para uma vistoria de rotina, que resultou na determinação de retornar ao porto de origem. Afirmou, ainda, que durante o desembarque em Icoaraci, houve um tumulto por parte dos passageiros, que passaram a proferir ofensas, e que o Ofendido interpretou que o Acusado teria proferido as palavras relatadas na Denúncia. Esclareceu, por fim, que transportava naquele dia algumas pessoas que se dirigiam aos seus trabalhos e que eram comuns reclamações dos passageiros em relação às abordagens da Capitania, uma vez que, quando se atrasam, correm o risco de serem mandados de volta às suas respectivas residências por seus chefes (fls. 43/45, vol. 1).

O Ofendido, por sua vez (fls. 46/49, vol. 1), consignou que:

(...) as palavras ofensivas ditas pelo acusado contra sua pessoa provavelmente foram proferidas porque ele estava indignado pelo fato de que o depoente determinou a apreensão da embarcação, (...) que, durante a apreensão da embarcação no porto de Icoaraci, houve tumulto, pois era semana de carnaval, tendo que pedir apoio da polícia, inclusive, outro familiar do acusado também fez xingamento contra os militares da Marinha, sendo que, devido ao grande número de pessoas no trapiche, não conseguiram identificar a outra pessoa, sendo identificado apenas o acusado; (...) que tem certeza que as palavras ofensivas contra sua pessoa partiram do acusado; (...) que viu e ouviu as palavras ofensivas ditas pelo acusado, mencionando que ele proferiu outras palavras ofensivas, contudo, na hora do flagrante, identificou apenas as palavras mencionadas na denúncia (...); que sempre que há contagem de passageiros no meio do rio, os passageiros se revoltam e reclamam dessa abordagem (...).

⁹⁸ Art. 299. Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

A Testemunha 2º Sgt MAX ROSÁRIO DE SOUSA (fls. 50/52, vol. 1), acrescentou que:

(...) viu e ouviu quando o acusado proferiu as palavras ofensivas mencionadas na denúncia, relatando que não viu o acusado proferir tais palavras diretamente ao Oficial, contudo, como ele era o representante da orla, as palavras foram proferidas para ele; que provavelmente o que levou o acusado a proferir as palavras ofensivas foi o furor do momento (...); que outras pessoas, que estavam no trapiche em Icoaraci, também fizeram outros xingamentos, contudo não foi possível identificá-las, mencionando que as palavras ditas pelo acusado é que foram identificadas; (...).

Por sua vez, a Testemunha 3º Sgt ALDEMIR CERVEIRA DA CRUZ JUNIOR (fls. 53/54, vol. 1) informou o seguinte:

(...) que viu e ouviu o acusado proferir as palavras que estão relatadas na denúncia, ofensivas ao Capitão, mencionando que foi o acusado e não terceira pessoa que proferiu essas palavras; que não sabe dizer por que o acusado proferiu as palavras ofensivas ao CT VICENTE; (...) quando a embarcação do acusado retornou para o porto de Icoaraci foi acompanhada pela lancha da Marinha, tendo a testemunha observado que os passageiros estavam eufóricos e reclamavam muito; (...) que, ao chegarem ao porto de Icoaraci, a testemunha ouviu muitas pessoas chamando palavras, mas não identificou nenhum direcionado para os militares da Marinha; que, no local onde as ofensas foram proferidas, existiam civis, que ouviram as palavras, contudo, quando a Polícia Fluvial chegou ao local, lá não havia mais ninguém (...); que, durante a espera, o acusado se acalmou e, enquanto os militares concluíam os procedimentos de apreensão da embarcação, o acusado veio à presença da testemunha e pediu desculpas por aquilo que havia falado, complementando que o fato foi presenciado por militares e pelo marinheiro que estava próximo; (...).

Por sua vez, SHEYLA JAMILLE SILVA DA SILVA (fls. 106/108, vol. 1), testemunha arrolada pela Defesa, declarou:

(...) que a embarcação em que estava foi abordada por uma patrulha da Marinha e teve que voltar para Icoaraci; que lá chegando tiveram que passar para uma outra embarcação, que era comandada pelo acusado; que iniciado o deslocamento da embarcação, mais uma vez tiveram que voltar à Icoaraci, pois a Capitania dos Portos também abordou a embarcação do Acusado; que dentro da embarcação os passageiros começaram a discutir com o Sargento da Capitania dos Portos; que em nenhum momento ouviu o Acusado discutir com os militares; que não ouviu a expressão “Esses Caralhos não deixam a gente trabalhar”; (...) que acompanhou apenas uma pequena parte do contato da autoridade naval com o acusado, pois teve que embarcar em outra embarcação; que ouviu dos passageiros várias palavras de baixo calão, pois estavam incomodados com o fato de terem que mudar de embarcação por duas vezes; que a autoridade naval não disse aos passageiros o motivo pelo qual as embarcações não poderiam seguir viagem (...); que não prestou atenção se quando embarcou na terceira embarcação a confusão já havia terminado,

pois foi uma das primeiras a desembarcar, eis que estava acomodada na segunda fileira; que a autoridade naval, após abordar a embarcação do acusado, passou a fazer a contagem dos passageiros, quando já iniciou a reclamação destes para com o militar da Marinha; que nesse momento começou a ouvir os “palavrões”; que antes de desembarcar do barco do acusado, percebeu que o militar da Marinha conversava com o denunciado (...); não conhecia o acusado, nem a sua mãe, mas no dia dos fatos, o acusado pilotava a embarcação, enquanto a sua mãe cobrava os passageiros (...).

A testemunha civil ADEMAR CARVALHO DOS SANTOS (fls. 109/111, vol. 1) declarou:

(...) que, durante a inspeção, foi feita uma contagem dos passageiros, ocasião em que houve alteração de humores por parte dos passageiros, que começaram a reclamar, que já não era a primeira vez que a viagem era interrompida por causa das inspeções; (...) que, ao chegar na margem, os passageiros estavam exaltados e começaram a xingar “palavrões”; que não observou o contato da autoridade naval com o acusado, todavia o denunciado parecia tranquilo; que não ouviu o acusado proferir a expressão: “esses caralhos não deixam a gente trabalhar”; (...) que após a inspeção a embarcação teve que retornar de onde havia partido e os passageiros tiveram que embarcar em outra embarcação; que a partir deste momento não teve mais contato com o acusado e com os militares, mas estes permaneceram no barco do acusado; (...) que não percebeu nenhuma postura agressiva ou deseducada por parte dos militares que realizavam a inspeção naval; que acha que o acusado não demonstrava contrariedade ao fato de estar sendo inspecionado; (...) que, ao abordar a embarcação, a autoridade naval conversou com o acusado e depois passou a fazer a contagem dos passageiros e demais verificações; que foi neste momento que começou a confusão com os passageiros; que nesta hora ouviu xingamentos por parte dos passageiros; que, após os passageiros desembarcarem, ficaram no barco, o acusado e os militares da Marinha (...).

Em Alegações Finais (fls. 118/120, vol. 1), o Ministério Público Militar, por intermédio da Promotora de Justiça ANNA BEATRIZ LUZ PODCAMENI, requereu a condenação do Réu como incurso na sanção do artigo 299 do CPM, uma vez que, no confronto entre as provas testemunhais produzidas, restou demonstrada a conduta criminoso do jurisdicionado. Isso porque o Ofendido e as demais testemunhas arroladas pela Acusação afirmaram categoricamente tê-lo visto e ouvido proferir as ofensas objeto do presente feito, ao passo que as testemunhas de Defesa, apesar de afirmarem o contrário, não acompanharam na totalidade o contato entre o Acusado e o Ofendido.

A Defensoria Pública da União (fls. 124/134, vol. 1), por sua vez, requereu a absolvição de seu assistido, aduzindo para tanto, primeiro, que houve nulidade procedimental pela realização do Interrogatório como o ato processual inaugural, em desatenção ao princípio da ampla defesa. Segundo, que não restou provada a acusação feita pelo MPM, mas sim, pelo contrário, uma série

de incertezas, evidenciadas pela contradição entre as testemunhas de Defesa e as de Acusação, bem como pelas declarações do Ofendido, que relatou a dificuldade de identificar os emissores de outras ofensas proferidas pelos passageiros. Por fim, requer o reconhecimento do *in dubio pro reo*, face às incertezas presentes no Processo.

O Conselho Permanente de Justiça da 8ª Circunscrição Judiciária Militar (fls. 146/159, vol. 1) prolatou Sentença condenatória (3x2), por entender, preliminarmente, pela inaplicabilidade do artigo 400 do CPP⁹⁹, em virtude de o Acusado não ter sofrido qualquer prejuízo, aliado ao fato de ser a legislação penal militar especial em relação à ordinária.

No mérito, a Sentença asseverou que o conjunto probatório indicou seguramente que o Acusado proferiu as palavras ofensivas, já mencionadas, tendo como destinatário o CT VICENTE DE PAULA FERREIRA SILVA. Mais, que os militares exerciam função de natureza militar, quando das ofensas.

Por esses fundamentos, o Acusado foi condenado pela prática de desacato, art. 299 do CPM, à pena 6 (seis) meses de detenção, com o benefício do *sursis* pelo prazo de prova de 2 (dois) anos, bem como o direito de apelar em liberdade.

Ainda na Sentença, o Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM JOSÉ MAURÍCIO PINHEIRO DE OLIVEIRA fez constar seu voto vencido que, em síntese, entende que não seria da competência da Justiça Militar da União o julgamento do feito em questão, em função de o fato ter ocorrido em Porto não sujeito à administração militar, bem como de o patrulhamento desenvolvido naquela região não constituir o exercício de função de natureza militar.

Inconformada, a Defesa interpôs Apelação (fl. 166, vol. 1) no dia 16/10/2015. Em suas razões (fls. 169/176, vol. 1), pugna pela absolvição. Nesse sentido, retoma os argumentos expendidos em Alegações Finais Escritas, acrescentando a não recepção constitucional – e inconveniência – do crime de desacato a militar, art. 299 do CPM, em virtude do princípio da liberdade de expressão, uma vez que “a crítica (independente do grau ou ofensividade) ao funcionamento dos serviços prestados ao povo (...) faz parte do jogo democrático, devendo ser aceito (ou no mínimo tolerado) como forma de expressão de descontentamento (...)” (fl. 172, vol. 1). Bem assim, requereu a utilização da tese exposta no voto vencido do Juiz-Auditor, que considera a Justiça Militar da União incompetente para julgar o feito.

O Ministério Público Militar, em sede de suas Contrarrazões de Apelação (fls. 178/186, vol. 1), de lavra do Procurador de Justiça Militar CLEMENTINO

⁹⁹ 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.

AUGUSTO RUFFEIL RODRIGUES, requer a absolvição do Acusado, analisando as teses de desconstituição da Sentença.

Em relação à nulidade do Processo em função da não inversão do interrogatório, entendeu descabida, pois a matéria já estaria pacificada nesta Corte Superior. Quanto à incompetência da Justiça Militar da União para processamento e julgamento do feito, reputou como adequada a tese, tendo em vista ser o patrulhamento naval atividade subsidiária de segurança pública.

Quanto à alegação de ausência de provas, posicionou-se novamente a favor da tese da Defesa, por acreditar que as provas carreadas nos autos não levariam à certeza de ter sido o Acusado autor das palavras que originaram o feito em questão.

Nesse sentido o *Parquet* indica que o Ofendido, em suas declarações (fls. 46/49, vol. 1), passou do campo da possibilidade, inicialmente, para o da certeza, bem como aponta contradições nos demais testemunhos, em relação a quem proferiu as palavras, para quem foram dirigidas e com que finalidade foram ditas, isso tudo em meio a uma inconteste confusão na embarcação civil, em que os passageiros usaram palavras de baixo calão.

Por fim, sobre a atipicidade da conduta, registrou aquele Procurador, em suas Contrarrazões, o entendimento segundo o qual as palavras, ainda que ditas pelo Acusado, não foram dirigidas a pessoa determinada, nem intentavam menosprezar, ofender ou humilhar, revelando, tão somente, o inconformismo com a apreensão da embarcação. Em suas palavras:

Quem conhece o paraense sabe que esse termo chega a ser corriqueiro no tratamento entre um grupo de pessoas, principalmente os de baixa renda. Traduzindo o que foi dito: essas pessoas não deixam a gente trabalhar. (...)

Para ter existido o crime de desacato, teria, incontestavelmente, que ser provado, pelas circunstâncias do fato sob investigação (preliminar e judicial), o autor da frase ter tido vontade e consciência de proferir palavras com a finalidade de desprestigiar a função pública exercida pelo ofendido. Decididamente, não chegou a isso. Entendo como grosseira a expressão, mas partiu de uma pessoa de baixa renda, pouco estudo, um caboclo, no linguajar do paraense, portanto, aceitável no seu contexto. Por essa razão, concordo com a defesa que houve atipicidade de conduta, por ausência do dolo (fls. 185/186, vol. 1).

A PGJM, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, Dra. ARILMA CUNHA DA SILVA (fls. 195/200, vol. 1), manifesta-se no sentido de não reconhecer a nulidade em decorrência da realização do Interrogatório no começo da instrução, entendendo, ainda, que a competência para processar e julgar o feito é da Justiça Militar da União, uma vez que os fatos se deram durante revista efetuada pela Marinha do Brasil, no cumprimento de atribuição subsidiária das FFAA, prevista na LC nº 97/99, alterada pela LC nº 136/10, e, portanto, no exercício de função de natureza militar.

Acerca do mérito, entendeu suficiente o acervo probatório do presente Processo para fundamentar a Sentença, não merecendo ser provido o Apelo da Defesa.

Em 13/6/2016, a Defensoria Pública da União protocolizou Manifestação (fls. 210/222), com requerimento de sustentação oral.

Ciente o Ministro-Revisor.

Intimadas as Partes.

É o Relatório.

VOTO

O Apelo é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade (legitimidade e interesse de agir), razão pela qual deve ser admitido.

Contudo, antes de analisar o mérito do presente Recurso, passo à análise de duas questões preliminares. Apesar de a Defesa não as ter levantado, o Ministério Público Militar as tratou em suas Contrarrazões e em seu parecer perante esta Corte, motivo pelo qual entendo ser prudente levantá-las de ofício.

PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL EM DECORRÊNCIA DA NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Bem verdade é que, ao tempo da interposição da Apelação e subsequentes manifestações das Partes, não havia ainda um entendimento consolidado acerca da aplicação do artigo 400 do Código de Processo Penal aos feitos que tramitam no foro especializado da Justiça Militar da União.

Contudo, após as Razões de Apelação da Defesa, em que requereu a nulidade do feito pelo não deslocamento do interrogatório para o fim da instrução criminal, sobreveio Decisão do Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, tomada no dia no dia 3/3/2016, ao julgar o HC nº 127900, determinando a aplicação do art. 400 do CPP comum ao Processo Penal Militar.

Porém, tal decisão teve seus efeitos modulados, de forma que a inversão do interrogatório somente terá lugar nos processos ainda em fase de instrução quando da publicação da ata de julgamento em que se deu aquela decisão, o dia 11/3/2016.

Portanto, pelo fato de o processo em comento já se encontrar em fase de apelação, ou seja, com sua instrução encerrada, não há que se falar em nulidade decorrente da não aplicação do artigo 400 do Código de Processo Penal nos processos penais castrenses.

Ante o exposto, por não vislumbrar nulidade, rejeito a presente preliminar e voto pelo prosseguimento do feito, a fim de que seja apreciada a segunda preliminar.

**PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE /
INCONVENCIONALIDADE DO CRIME DE DESACATO,
ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL MILITAR**

A Defensoria Pública da União, quando da intimação da colocação do feito em mesa, apresentou Manifestação (fls. 210/222, volume 1) em que, por se tratar de matéria de ordem pública, requereu a análise da tese da inconstitucionalidade/inconvencionalidade do crime de desacato, insculpido no artigo 299 do CPM, antecipando-se esse “pedido ao da incompetência da Justiça Militar da União”, pelo que a tese será analisada nessa oportunidade.

Consubstancia a Defesa o seu pedido na incompatibilidade entre o crime de desacato, conforme está disposto na legislação penal comum e castrense, e os artigos 7º¹⁰⁰ e 13¹⁰¹ da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰⁰ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

¹⁰¹ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

A afronta se daria pelo fato de o referido crime atentar contra a liberdade de expressão, na medida em que criminaliza a emissão de opiniões de desagrado à Administração Pública, e contra a igualdade, por conferir à administração uma proteção desnecessária, um privilégio, uma vez que já existe a previsão de crimes contra a honra. A Defensoria acresceu que o caso poderia ter sido resolvido de forma eficaz na seara cível, em face de um eventual dano.

Para corroborar sua tese, transcreveu trecho da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, aprovada no ano 2000, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

... as leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

Contudo, tal posição extrema não pode prevalecer. É certo que o Estado deve conferir especial proteção ao princípio da liberdade de expressão, um dos principais pilares de qualquer sociedade democrática. O cidadão pode e deve tecer críticas a quaisquer funções exercidas por seus representantes, ou por aqueles responsáveis pela prestação de serviços públicos, sempre que observar falhas ou oportunidades de melhoras. Tais manifestações devem ser encorajadas e não desestimuladas.

Não se pode, por outro lado, confundir o exercício de tal prerrogativa com uma autorização plena e *a priori* para vilipendiar a moral das Forças Armadas.

Nenhum princípio pode ser considerado em sua acepção absoluta. A liberdade de expressão deve respeitar os limites impostos pela segurança pública e vice-versa.

Não por acaso, o Item 2 do Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que será admitido responsabilizar, de forma ulterior, quem exercer esse direito sem observar:

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

E é isso o que busca o Código Penal Militar ao criminalizar essas condutas: tolher os excessos criminosos.

Igualmente, configura-se descabida a alegação de ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que o delito de desacato visa precipuamente proteger a

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

honra e a moral da Administração Pública, e somente de maneira mediata a honra e a moral do militar a quem se dirigiram as ofensas.

Ou seja, não é o militar ofendido que pode manejar de ferramentas privilegiadas de defesa da sua honra, mas sim a Administração Militar, o que, ao menos numa análise abstrata, se mostra perfeitamente cabível.

Por fim, há de se debruçar brevemente sobre a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, aprovada no ano 2000.

O Brasil deve sim se sujeitar às Sentenças em que figurar como Parte, quando proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contudo, não há qualquer instrumento que o faça obedecer às Declarações de Princípios emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Em verdade, o referido instrumento não vincula automaticamente o Brasil. Menos ainda a Justiça Militar da União. Não se pode olvidar que, ainda que se considerasse como cogente a Declaração de Princípios em questão, estaríamos diante de um instrumento que se referiu de maneira genérica às normas que definem o crime de desacato, sem fazer menção à totalidade das leis, ou mesmo às legislações especiais, da qual faz parte o Código Penal Militar.

Ante o exposto, por não vislumbrar nulidade, rejeito a presente preliminar e voto pelo prosseguimento do feito, a fim de que seja apreciada a terceira preliminar.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA PROCESSAR E JULGAR O PRESENTE FEITO

O Juiz-Auditor da Auditoria da 8ª CJM consignou em seu voto vencido a tese de que não seria a Justiça Militar da União competente para processamento e julgamento do presente feito, por não ser o patrulhamento naval das águas interiores exercício de função de natureza militar, mas, tão somente, atribuição subsidiária das Forças Armadas. Esse entendimento foi ratificado pela Defesa e pelo MPM, quando de suas Razões e Contrarrazões de Apelação.

Porém, deve-se reconhecer o equívoco dessa tese, pelo fato de o patrulhamento das águas internas, ainda que constitua atividade subsidiária particular – nos termos do inciso IV do artigo 17 da Lei Complementar nº 97/1999¹⁰² – representar igualmente função de natureza militar, quando exercida pela Marinha do Brasil. Nesse sentido, recentemente se manifestou o STJ:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. JUSTIÇA MILITAR. CRIME DE DESACATO PRATICADO POR CIVIL CONTRA MILITARES EM ATIVIDADE DE PATRULHAMENTO NAVAL. MILITARES EXERCENDO FUNÇÃO SUBSIDIÁRIA. ART. 9º, III, “D”, DO CPM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE.

¹⁰² Art. 17. Cabe à Marinha, como atribuições subsidiárias particulares:

V – cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional ou internacional, quanto ao uso do mar, águas interiores e de áreas portuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução.

1. Nos termos do art. 9º, III, “d”, do Código Penal Militar, considera-se crime militar, em tempo de paz, os delitos praticados por civil, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

2. A função militar é atribuição específica conferida por lei ao militar, como integrante das forças armadas, exercitadas com características próprias da instituição militar, sobrelevando-se o poder legal conferido à autoridade militar.

3. É militar o crime praticado por civil contra militar no exercício das funções que lhe foram legalmente atribuídas, seja ela de caráter subsidiário ou não.

4. Neste caso, a suposta prática do crime de desacato foi praticado por civil contra militares da Marinha do Brasil, devidamente requisitados para a atividade de vigilância naval.

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da Auditoria da 8ª Circunscrição Judiciária Militar de Belém - PA, ora suscitado. (CC 130.996/PA, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 12/2/2014, DJe 1º/8/2014) (Grifei).

No âmbito desta Corte, convém destacar trecho do Acórdão do Recurso Criminal (FO) nº 2007.01.007459-2/SP, de relatoria do Ministro Dr. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES, em que se lê:

Obviamente que essa atividade subsidiária entregue à Marinha do Brasil vem sendo, através dos anos, contestadas, especialmente no que tange à fixação da competência da Justiça Militar da União para conhecer e julgar os desvios de conduta dos militares e civis em delitos que a nossa legislação estabeleça como crime militar.

A jurisprudência de nossos Tribunais não é pacífica, porém, em nossa Corte, tem sido relativamente tranquila, apesar de um ou dois votos divergentes, e, mesmo assim, condicionada à composição do Tribunal, que vem se alterando com muita frequência nos últimos anos.

Apesar disso, **podemos afirmar que o pensamento do Superior Tribunal Militar tem sido no sentido de fixar a competência da Justiça Militar da União para conhecer e julgar os processos referentes ao “policamento naval”.**

(...)

Entendemos, por certo, ser a Justiça Militar Federal competente para processar e julgar delitos referentes às atividades de prover a segurança da navegação aquaviária, inclusive policamento naval. (Recurso Criminal nº 2007.01.007459-2/SP – STM, julgado em 30/8/2007, Min. Carlos Alberto Soares Marques). (Grifei).

Ante o exposto, por entender competente esta Justiça Castrense para processar e julgar a presente Apelação, voto pela rejeição da presente preliminar, a fim de que a última seja, por fim, apreciada.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO CONSELHO DE JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR CIVIS

Pleiteia a DPU (Categoria Especial) a declaração da incompetência do Conselho de Justiça, composto majoritariamente por militares, para julgamento do Acusado, civil, e, conseqüentemente, o reconhecimento da nulidade do feito.

Contudo, não assiste razão à Defesa. Em que pesem os argumentos expostos pela DPU, bem como a existência de posicionamentos divergentes nesta Corte, convém mencionar que a Lei nº 8.457/1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares, encontra-se harmonicamente adequada aos preceitos constitucionais e não contempla a possibilidade de julgamento de civis monocraticamente pelo Juiz-Auditor, estabelecendo que é de competência do Conselho de Justiça o processamento e o julgamento dos crimes definidos na legislação penal militar, sem fazer qualquer ressalva quanto à condição do réu, seja ele militar ou civil.

Nesse sentido, a despeito dos posicionamentos divergentes, é esse o entendimento majoritário desta Corte, conforme se pode verificar nos seguintes Acórdãos: Embargos nº 21-91.2011.7.10.0010, Relator: Min. Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI, Publicado em 28/4/2016, Decisão majoritária; Embargos nº 51-19.2013.7.01.0201, Relator: Min. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, Publicado em 4/4/2016, Decisão majoritária; Apelação nº 104-73.2012.7.10.0010, Relator Min. JOSÉ COELHO FERREIRA, Publicado em 4/12/2015, Decisão majoritária.

Ante o exposto, voto pela rejeição da preliminar, com o conseqüente prosseguimento do feito, a fim de que seu mérito seja apreciado.

MÉRITO

Inicialmente, há que se reconhecer a reprovabilidade da conduta do Acusado, que utilizou termo completamente inadequado na presença de militares que exerciam regularmente suas funções.

Contudo, como pretendo demonstrar, não há provas suficientes que confirmem certeza de que o Acusado tenha proferido as palavras de baixo calão dirigindo-se ao Ofendido e com o intuito de o desacatar.

As provas colhidas durante a instrução processual que podem auxiliar no deslinde do feito são exclusivamente testemunhais. Assim, é no confronto dessas declarações, ou seja, na análise quanto ao grau de harmonia ou dissonância, que se poderá firmar o entendimento acerca do que ocorreu no dia 2/3/2014, domingo de Carnaval, no porto de Icoaraci, Distrito da cidade de Belém/PA.

Os fatos que interessam ao processo e que restaram uníssonos conduzem à conclusão de que a embarcação em que o Acusado trabalhava foi abordada no meio do Rio Pará, quando fazia o percurso Icoaraci/Ilha de Cotijuba, pela Capitania dos Portos, que ordenou seu regresso ao porto de origem. Houve confusão por parte dos passageiros, de forma que estes passaram a dirigir ofensas aos militares da Marinha do Brasil, que, por sua vez, não puderam identificar os passageiros – que não incluem o jurisdicionado – responsáveis pelas falas inadequadas.

Os pontos controvertidos do presente Processo, relevantes do ponto de vista jurídico, dizem respeito à determinação da origem e do destino da frase ofensiva, ou seja, quem a proferiu e se foi dirigida ao CT VICENTE DE PAULA FERREIRA SILVA. Também é controversa a finalidade da referida frase, devendo ser avaliado se foi proferida com o desiderato de desacatar militar em serviço.

Em relação ao primeiro ponto, pesam contra o Acusado as declarações do Ofendido e das 2 (duas) testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, que afirmaram sem titubear que o ouviram e o viram proferir o xingamento. As testemunhas arroladas pela Defesa, apesar de afirmarem não terem escutado as palavras descritas na Denúncia, declararam que não acompanharam integralmente a abordagem da Capitania dos Portos, de modo que, nesse contexto fático, tornam-se inaptas a corroborar a versão do jurisdicionado de que ele não insultara os Militares.

A Defesa (fls. 169/176, vol. 1) e o Ministério Público Militar, quando de suas Contrarrazões de Apelação (fls. 178/186, vol. 1), alegaram que grande confusão ocorrida na embarcação, aliada ao fato de muitos passageiros terem dirigido palavrões aos militares, sem, entretanto, ser possível identificar seus autores, revelou a fragilidade dos testemunhos dados no sentido da Acusação.

Contudo, levado a rigor esse entendimento, conceder-se-ia autorização a qualquer pessoa que se achasse no meio de uma confusão a desacatar a Autoridade Militar, pois, ainda que fosse identificada de forma cristalina como autora dos insultos, estaria resguardada pelo argumento de que essa avaliação poderia estar comprometida pelas incertezas da situação, incentivando, portanto, esse comportamento.

Ademais, as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar prestaram suas declarações com o compromisso de dizer a verdade sob as penas da Lei. Desconsiderá-las seria ignorar o acervo probatório produzido. Desse modo, a fala do Acusado resta isolada, devendo prevalecer a versão de que tenha dito as palavras descritas na Exordial Acusatória de fls. 2/3, vol. 1.

Para elucidação do segundo ponto controverso – se teria o Acusado dirigido as palavras ao Ofendido –, deveremos recorrer aos testemunhos do Ofendido e das demais testemunhas arroladas pelo *Parquet*, pois são as únicas

declarações que relataram as palavras de baixo calão. O Ofendido (fls. 46/49, vol. 1) e o 3º Sgt ALDEMIR CERVEIRA DA CRUZ (fls. 53/54, vol. 1) declararam que o insulto do jurisdicionado foi sim direcionado ao Capitão-Tenente, contudo o 2º Sgt MAX ROSARIO DE SOUSA (fls. 50/52) não pôde tecer afirmação equivalente, declarando que chegou a essa conclusão pelo fato de ser o Oficial o representante da orla.

Dessa forma, há apenas três declarações que poderiam conferir a certeza necessária capaz de justificar um édito sancionatório, das quais uma foi prestada sem a obrigação de dizer a verdade – a do Ofendido; outra, comprometida, não conseguiu identificar a quem foram dirigidas as ofensas, valeu-se de dedução para tanto – a da segunda Testemunha; somente uma declaração indicou de forma confiável e clara que foram ao Ofendido dirigidas as palavras do Acusado – a da primeira Testemunha. Assim, não se pode pautar uma condenação em um conjunto probatório tão pequeno e não unísono, mormente quando tantas outras testemunhas poderiam ter sido arroladas para confirmar os fatos de que trata o presente Processo.

A terceira controvérsia circunscreve-se ao fato de ter o Acusado tentado o desacato ou se sua declaração não passou de um desabafo não direcionado em meio ao tumulto e à frustração que experimentou. As únicas declarações que poderiam produzir provas em relação ao dolo do jurisdicionado são, novamente, as prestadas pelo Ofendido e as prestadas pelas testemunhas arroladas pelo *Parquet*, contudo, alcançaram resultado diametralmente oposto.

A primeira Testemunha declarou que “provavelmente o que levou o acusado a proferir as palavras ofensivas foi o furor do momento” (fl. 51, vol. 1); a segunda Testemunha, “que não sabe dizer por que o acusado proferiu as palavras ofensivas ao CT VICENTE” (fl. 53, vol. 1); e o Ofendido, “que as palavras ofensivas ditas pelo acusado contra sua pessoa provavelmente foram proferidas porque ele estava indignado pelo fato de que o depoente determinou a apreensão da embarcação (...)” (fl. 46, vol.1).

Ou seja, enquanto uma das declarações não traz qualquer informação acerca do desiderato do Acusado, as demais apontam que foi em função da frustração que ele pronunciou as palavras objeto do feito, sem, em nenhum momento, apontar se com elas o jurisdicionado precipuamente pretendia dizer “essas pessoas não me deixam trabalhar”, e com isso externar seu descontentamento não direcionado a pessoa específica, ou “essas pessoas são caralhos”, com o intuito de ofender a Marinha do Brasil. Cabe ressaltar, acerca da pertinência dessa questão, que, apesar de os termos utilizados serem claramente inapropriados, é certo que sejam habituais entre os trabalhadores do Porto com o nível de escolaridade do jurisdicionado – ensino fundamental incompleto (fl. 43, vol.1).

Portanto, resta dúvida quanto à caracterização do dolo específico do Acusado de desacatar o Ofendido. Nesse sentido, colaciono julgado do Superior Tribunal Militar da lavra do Ministro José Coêlho Ferreira, julgado em 25/3/2015, na Apelação nº 36-33.2012.7.03.0103/RS, *in verbis*:

APELAÇÃO. CRIME CAPITULADO NO ART. 299 DO CPM. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MPM SUSTENTANDO QUE ESTÁ PROVADO QUE A APELADA AGIU COM DOLO NA PRÁTICA DO CRIME DE DESACATO A MILITAR. NÃO COMPROVAÇÃO. APELO NÃO PROVIDO.

I - Deve prevalecer o entendimento do Conselho julgador, considerando que os **autos estão a demonstrar que as circunstâncias fáticas revelam que a apelada não agiu com o dolo específico de desacatar militar no exercício de função de natureza militar.**

II - **A ausência do elemento subjetivo especial do tipo induz o julgador ao reconhecimento da atipicidade da conduta delitiva imputada à apelada.**

Apelo ministerial desprovido. Decisão unânime. (Grifei).

Assim também decidiu o Supremo Tribunal Federal, em plenário, julgando, em 4/4/2013, o Inquérito nº 3215/RS, de lavra do Min. Dias Toffoli:

EMENTA Inquérito. Denúncia. Desacato (art. 331 do CP). Ex-vereador, atual deputado federal, que, no clamor de uma discussão, dirigiu expressões grosseiras contra policial militar no exercício de suas funções. Inviolabilidade dos vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município (CF, art. 29, VIII). Não incidência. Aventada repulsa em razão de abuso de autoridade por parte da apontada vítima. Não ocorrência. **Ausência de dolo. Atipicidade reconhecida.** Ausência de justa causa. Denúncia rejeitada. (...) 4. **Não se pode inferir o necessário elemento volitivo tendente a depreciar a função pública na qual se encontrava investida a vítima. De outra parte, do simples fato de afirmar o denunciado, no curso de altercação verbal com o policial militar que desejava encaminhá-lo a uma base para prestar esclarecimentos, que “[ele] não era ninguém, [que] não era nada e não mandava nada”, não se abstrai, igualmente, o necessário dolo exigido para a tipificação da infração que lhe imputa o Parquet.** 5. **As palavras, de fato, foram grosseiras, mal-educadas, prepotentes até, mas proferidas em cenário conturbado, no clamor de situação que ao investigado pareceu abusiva, não constituindo essas expressões, nesse contexto, infração penal típica a sujeitar qualquer das partes a um procedimento penal, providência essa que, na espécie, foi superada pelo mútuo consenso daqueles que deram início a toda a celeuma, não devendo, do acessório, resultar necessária uma segunda persecução penal.** (...) (Grifei).

Se por um lado a autoria se encontra elucidada em desfavor do jurisdicionado, não se pode dizer o mesmo em relação à materialidade.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e pelo provimento do Apelo defensivo, para, reformando a Sentença *a quo*, absolver o civil PAULO ALEXANDRE DE JESUS BARROS, com fundamento no art. 439, “e”, do CPPM¹⁰³.

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 processual face à inobservância do art. 400 do Código de Processo Penal; **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar defensiva, de inconstitucionalidade/inconvencionalidade do crime de desacato, previsto no art. 299 do Código Penal Militar. Em seguida, **por unanimidade**, em rejeitar a terceira preliminar defensiva, de incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar o presente feito; **por maioria**, em rejeitar a quarta preliminar defensiva, de incompetência do Conselho de Justiça Militar para julgar civis. No mérito, **por maioria**, em dar provimento ao Apelo defensivo, para, reformando a Sentença *a quo*, absolver o civil Paulo Alexandre de Jesus Barros, com fundamento no art. 439, alínea “e”, do CPPM.

Brasília, 4 de agosto de 2016 – Alte Esq Carlos Augusto de Sousa, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Nº 70-90.2014.7.08.0008-PA

Votei de modo divergente da douta maioria de meus eminentes pares ao acolher a quarta preliminar, arguida pela Defensoria Pública da União, de incompetência do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM para julgar o civil. Para tanto, fazendo uma interpretação conforme a Constituição Federal, declarei nula a Sentença para que os autos retornassem ao Juízo *a quo* para que fosse realizado o julgamento monocrático do civil pelo magistrado, garantindo-lhe, ainda, se possível, a aplicação da Lei nº 9.099/95.

Acerca do tema ora trazido à discussão, já tive a oportunidade de manifestar-me no Voto Vista proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 104-14.2014.7.00.0000/RJ, cujo julgamento ocorreu no dia 18 de dezembro de 2014.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 124, fixou a competência da Justiça Militar da União em relação ao processamento e ao julgamento dos crimes militares definidos em lei. Destaque-se que a vigente Constituição Federal recepcionou a lei ordinária que trata da matéria, isto é, o Decreto-Lei nº 1.001,

¹⁰³ Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:
e) não existir prova suficiente para a condenação.

de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), que, em seu art. 9º, apresenta rol taxativo das circunstâncias nas quais, em tempo de paz, um delito penal deva ser considerado como de natureza militar.

Cumpra observar que a existência de bens jurídicos garantidores da eficácia das Forças Armadas reclama a atuação de um órgão judiciário especializado. Por conseguinte, não há como negar ser da Justiça Militar da União a competência de garantir a manutenção desses corpos militares, mesmo quando a ameaça que estes estejam sofrendo não provenha da violação de deveres militares daqueles que vivem e seguem a disciplina dos quartéis.

Dessa forma, na hipótese de crime militar praticado por civil, não se vislumbra a necessidade de conhecimento da vida militar para a exata elucidação dos fatos. Isso conduz à conclusão de que os Conselhos de Justiça surgiram e se perpetuaram na legislação infraconstitucional, inclusive na LOJM (Lei nº 8.457/92), com o único intuito de propiciar a correta aplicação da justiça ao militar, mas não ao civil.

Sendo assim, não há como se sustentar a ideia de que os referidos órgãos colegiados de primeira instância possam ser considerados o júízo natural dos civis acusados de delitos militares. Como se sabe, o Princípio do Juiz Natural, como direito humano – assegurado, portanto, a todo e qualquer indivíduo –, é expressão do Princípio da Isonomia e, também, um pressuposto de imparcialidade. Nesse sentido, possui duas facetas.

Por outro lado, não se coaduna com a Constituição a ideia de que civis sejam julgados por militares leigos. Como visto, os civis, diversamente dos julgadores militares, não estão imersos na disciplina e na hierarquia inerentes às organizações militares, mas sim no regime de liberdade próprio da sociedade civil. Assim, constitui flagrante afronta aos preceitos constitucionais – em especial aos Princípios da Isonomia e do Juiz Natural – o fato de, nos crimes de competência da Justiça Militar da União, os civis serem julgados por quem está inserido em uma realidade completamente diferente da sua, em contrariedade ao que ocorre com os integrantes da carreira militar.

Portanto, não há como se ignorar a presença dos juízes militares nos Conselhos, o que acaba por tornar incontornável a ausência de compatibilidade entre a experiência que se espera que esses julgadores tragam para o colegiado e a realidade na qual estão inseridos os civis.

Observa-se, assim, que, ao se submeter civis ao julgamento por órgãos colegiados compostos, em sua maioria, por juízes militares leigos e desprovidos das prerrogativas constitucionais, não se está apenas determinando que seu destino seja decidido por quem está afeto à realidade completamente apartada da sua, mas também promovendo odiosa disparidade em relação aos civis submetidos aos demais ramos do Poder Judiciário.

Ora, se, no âmbito da jurisdição penal não militar, os civis têm o direito de serem julgados por órgãos dotados de todas as garantias constitucionais, não pode ser diferente em relação àqueles acusados da prática de crimes militares. Com efeito, devemos lembrar que a Justiça Militar julga crimes militares definidos em lei; assim, o fato de cometer delito que, em razão do bem jurídico afetado, seja da competência da Justiça Especializada Militar não retira do civil sua condição. Ou seja, ao ser submetido à jurisdição penal militar, o civil continua a ser civil e assim deve ser tratado: em condições de igualdade em relação a todos os demais cidadãos não militares.

Entender o contrário implica grave violação aos Princípios da Isonomia, da Razoabilidade, da Dignidade da Pessoa Humana e, por conseguinte, ao postulado do Juiz Natural, assegurado não só pela Constituição Federal, mas também por instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Isso não significa, no entanto, que os civis devam ser excluídos da jurisdição penal militar federal.

A Justiça Militar da União tem sua razão de ser atrelada à existência das Forças Armadas. Assim, imperiosa se faz sua atuação quando se constata a prática de crimes que afetem bens e interesses caros à destinação constitucional dessas instituições militares, independentemente da condição do sujeito ativo do delito.

Trata-se da moderna necessidade de especialização do conhecimento no âmbito do Judiciário, em razão das limitações humanas de conhecer todo um ordenamento jurídico com detalhes. A experiência da administração judiciária tem evidenciado que essa especialização dos órgãos judiciais é fator que eleva a qualidade da prestação jurisdicional, pois provoca a formação de juízes com conhecimentos mais profundos sobre determinado setor da disciplina jurídica e com mais habilidades para reconhecer as peculiaridades postas à apreciação judicial.

Nesse sentido, não se pode negar que a Justiça Especializada Militar é mais capacitada para avaliar e conviver com as peculiaridades do crime militar. Afinal, ainda quando se está a julgar civis, o Direito Penal a ser aplicado ao caso é o Militar, cujas especificidades são mais bem conhecidas por quem milita nessa seara do Direito.

Portanto, há de se reconhecer – e até mesmo reforçar – a competência da Justiça Castrense da União para julgar civis acusados de delitos militares. O que se critica é apenas o fato de, no âmbito da JMU, eles serem julgados por órgãos colegiados compostos, em sua maioria, por juízes militares. De fato, como anteriormente analisado, estes magistrados, definitivamente, não constituem o Juízo Natural constitucionalmente estabelecido para o jurisdicionado civil.

Assim, tendo em vista a necessidade de observância do postulado do Juiz Natural, atrelada à orientação indiretamente dada pelo constituinte derivado, a solução mais razoável – e adequada ao espírito constitucional – para a JMU seria retirar do Conselho de Justiça a competência para processar e julgar civis e atribuí-la ao outro órgão julgador de primeira instância previsto pela LOJM (art. 1º): o Juiz-Auditor.

Este civil, diferentemente dos juízes militares temporários, é investido na magistratura após aprovação em concurso público na forma da Constituição Federal, sendo-lhe asseguradas todas as garantias e prerrogativas constitucionais e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Além disso, como magistrado togado especializado nas lides penais militares, é conhecedor do sistema jurídico especial a ser aplicado no caso concreto, com todos seus princípios, normas, orientações jurisprudenciais e doutrina, estando, inclusive, – em razão da função de juiz-técnico que exerce nos Conselhos de Justiça – afeto à realidade que permeia os bens jurídicos tutelados pela jurisdição penal castrense.

Dessa forma, a atribuição de competência para que o Juiz-Auditor conduza toda a instrução probatória e o julgamento de civis, monocraticamente, nada mais significa do que permitir que os referidos jurisdicionados sejam julgados pela autoridade constitucionalmente competente. Essa providência, além de permitir o completo atendimento aos princípios da Isonomia, da Razoabilidade e do Juiz Natural, prestigia a especialização da Justiça Militar da União e seu importante papel na proteção de bens jurídicos importantes para a existência das Forças Armadas.

Tendo em vista todas essas considerações, observa-se que existe a possibilidade de esta Corte, por meio da interpretação, adequar a Lei de Organização da Justiça Militar da União aos preceitos constitucionais, sem que haja redução de texto. Basta que, dentre as possíveis interpretações da Lei, se adote como correta aquela que mais se amolde à Constituição Federal, qual seja: a de que civis acusados do cometimento de delitos militares no âmbito federal devam ser processados e julgados, em primeira instância, pelo Juiz-Auditor, monocraticamente.

Ressalta-se que a providência que ora se sugere não implica usurpação de competência do Legislativo, ou seja, não significa que, ao dar interpretação conforme a Constituição a dispositivos da LOJM, esta Corte estará atuando como legislador positivo. Como visto, é competência genuína de todos os magistrados e tribunais interpretar a lei, interpretação essa que deve ser feita, inclusive, e principalmente, com escopo na Constituição Federal, razão pela qual lhes é conferida a possibilidade de exercer, de forma difusa, o controle constitucional das normas infraconstitucionais. De fato, é papel de qualquer órgão do Poder Judiciário zelar pelas normas e princípios constitucionais.

Nesse sentido, ao reconhecer, por meio de sua atividade jurisdicional, que o julgamento de civis por juízes militares está em descompasso com a Constituição Federal, o STM estará se mostrando atento à nova ordem consti-

tucional. Isso acaba por fortalecer não só esta Corte e todos os demais órgãos da Justiça Militar da União, como também toda a legislação infraconstitucional que lhes serve de subsídio, como, por exemplo, o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e, principalmente, a Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Afinal, em um estado democrático de direito, um órgão do Poder Judiciário, em sua atividade judicante, não pode se mostrar passivo quanto à adequação de suas leis aos preceitos constitucionais, sob pena de, fragilizando essa legislação frente ao ordenamento pátrio, demonstrar não possuir legitimidade para manter suas próprias competências.

Portanto, entendo ser patente a necessidade de este Tribunal – como necessário intérprete das leis que subsidiam sua atuação e como garantidor dos preceitos constitucionais – dar interpretação conforme a Constituição ao art. 27 da LOJM, adequando-o ao Princípio do Juiz Natural, de modo que os civis acusados de delitos militares no âmbito federal passem a ser processados e julgados pelo Juiz-Auditor, monocraticamente.

Nesse passo, considerando o Voto Vista proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 104-14.2014.7.00.0000/RJ, cujo julgamento ocorreu no dia 18 de dezembro de 2014, no qual firmei o marco temporal a partir do qual seria possível a adoção deste novo entendimento para processos futuros, acolhi a preliminar arguida pela Defesa do Civil PAULO ALEXANDRE DE JESUS BARROS para, com fundamento no Princípio do Juiz Natural, delineado pelos incisos XXXVII – *não haverá juízo ou tribunal de exceção* – e LIII – *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* – do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, declarar a nulidade da Sentença proferida pelo CPJ e determinar a remessa dos autos à Auditoria da 8ª CJM, a fim de que o julgamento do civil fosse realizado, monocraticamente, pelo Juiz-Auditor e, se possível, fossem, também, aplicados os preceitos contidos na Lei nº 9.099/95.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, de 4 de agosto de 2016.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro-Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO
Apelação Nº 70-90.2014.7.08.0008-PA

Votei vencido, divergindo da maioria de meus eminentes pares, porquanto acolhia a preliminar de nulidade suscitada pela Defensoria Pública da União, arguindo a incompetência do Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar o feito, eis que a competência seria do Juiz-Auditor, de forma monocrática.

Em alguns feitos anteriores, nos quais foi arguido tema semelhante ao ora colacionado, manifestei-me pelo seu não acolhimento. No entanto, depois de refletir a respeito do tema, reformulei meu entendimento. O Direito como ciência viva permite essa alternância de posicionamentos. Dessa forma, passei a acolher a arguição de nulidade.

O tema é inovador, de profunda reflexão e implica mudanças na estrutura da Lei de Organização Judiciária Militar, o que já está sendo feito, mediante o Projeto de Lei que versa sobre a matéria, sob o nº 7.683/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados, com regime de prioridade, aguardando, atualmente, parecer do Relator na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, desde 18 de junho de 2014.

Assim, discorre Jorge César de Assis sobre o tema, em artigo publicado¹⁰⁴, *in verbis*:

Mas a maior mudança diz respeito à figura do Juiz de Direito (ex-Juiz-Auditor), que passa a ser o Presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos Oficiais Superiores da Força, rompendo uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VI ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (atual STM), em 1º de abril de 1808. Inova a Emenda Constitucional aprovada igualmente ao dispor que ao Juiz de Direito do Juízo Militar competirá decidir singularmente os crimes militares praticados contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

O autor Pedro Lenza, *in Direito Constitucional Esquematizado*, assim leciona acerca do tema, *in verbis*:

(...) Isso porque os civis, em nosso entender, apesar de poderem ser julgados pela Justiça Militar da União, não estão sujeitos aos valores da hierarquia e disciplina (art. 142/88), e, assim, devem ter direito às normas penais mais benéficas estabelecidas pela Lei nº 9.099/95.

Esse é o entendimento da maioria dos países que aboliram o julgamento de civis perante Cortes Militares. Até mesmo de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, na forma a seguir¹⁰⁵, *in verbis*:

O problema com a aplicação extensiva da jurisdição militar a casos em que civis estão envolvidos como sujeitos ativos ou passivos é que ela viola mais de um desses princípios de acordo com os casos e a jurisprudência regional citados, além de causar impacto na qualidade da democracia do Estado que a aplica. A jurisdição militar completa o círculo da violência do Estado, na qual o interesse jurídico dos civis é excluído ao se violar o direito ao processo perante um juiz competente, independente, objetivo e imparcial, consagrado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

¹⁰⁴ Bases Filosóficas e Doutrinárias Acerca da Justiça Militar. Jorge César de Assis. <www.mprs.mp.br>. Acesso em: 2.6.2016.

¹⁰⁵ A Restrição à Jurisdição Militar nos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Juan Carlos Gutiérrez Contreras. <www.surjournal.org>. Acesso em: 2.6.2016.

A Justiça Militar da União possui um modelo previsto na Constituição Federal de 1988, que difere dos demais modelos de Estados Soberanos. Situação que se justifica por sua alta relevância e especialidade.

Adotar, *in casu*, uma interpretação conforme a Constituição significa dar uma interpretação sistêmica à Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, em reverência aos ditames e aos princípios constitucionais, mais especificamente assegurar que o réu seja julgado e processado perante autoridade competente – ínsito no inciso LIII do art. 5º da CF/88, asseguradas todas as garantias previstas na Lei Maior.

Nesse compasso, o Min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 112848, ao proferir o seu voto-vista, no dia 18 de fevereiro de 2014, propôs que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, sem redução de texto, aos arts. 16 a 26, todos da Lei nº 8.457/92, aduzindo a seguinte fundamentação, conforme publicado em “Notícias” no sítio do STF, de 18 de fevereiro de 2014, *in verbis*:

(...) O Ministro, que havia pedido vista dos autos em 28 de maio de ano passado, considerou que a circunstância configura situação excepcional, que permite a submissão de civis à Justiça Militar, mas não com a atual sistemática. O ministro 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 de oficial e compostos por um juiz togado (o juiz-auditor) e por quatro oficiais que atuam temporariamente como juízes. “O militar-juiz integrante do Conselho Permanente de 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”, enfatizou.

Ante o exposto, acolhia a preliminar de nulidade, arguida pela Defensoria Pública da União, considerando a incompetência dos Conselhos Permanentes de Justiça para processar e julgar civis, dando interpretação conforme a Carta Magna de 1988 aos arts. 16 a 26, todos da Lei nº 8.457/92, modulando os efeitos a contar da publicação da Ata de julgamento.

Superior Tribunal Militar, 4 de agosto de 2016.

Dr. José Barroso Filho
Ministro do STM

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS
Apelação Nº 70-90.2014.7.08.0008-PA

Trata-se de Apelação interposta pela Defensoria Pública da União em favor do civil, PAULO ALEXANDRE DE JESUS BARROS, contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 8ª CJM, de 23/9/2015, que o

condenou à pena de 6 meses de detenção, com base no crime previsto no art. 299 do CPM, com benefício do *sursis* pelo prazo de 2 anos e o direito de apelar com liberdade.

Fui vencido no presente apelo, por entender que não assiste razão à Defesa, devendo ser mantida a Sentença condenatória de primeira instância, pelos motivos que passo a expor.

Segundo consta dos autos, no dia 2 de março de 2013, por volta de 10:30h, no Porto Municipal de Icoaraci, uma equipe de fiscalização da CPAOR vistoriava a embarcação do Acusado, quando este ofendeu o CT VICENTE DE PAULA FERREIRA SILVA, dirigindo-se a ele e dizendo “esses caralhos não deixam a gente trabalhar”. Os militares que acompanhavam o Oficial ofendido presenciaram o fato e confirmaram perante o CPJMar ter o réu proferido tais palavras ofensivas ao Oficial que comandava a vistoria. E não há dúvida de que os militares da Capitania dos Portos estavam no exercício de função de natureza militar, inexistindo circunstância que possa justificar tal conduta.

Embora em Juízo o Apelante tenha declarado que não proferiu tais palavras e que foram os passageiros que reclamaram da vistoria efetuada pela Capitania dos Portos, as testemunhas que acompanharam todo o procedimento e o contato entre o Apelante e o Ofendido confirmaram que viram e ouviram as palavras de baixo calão proferidas pelo Réu.

Destaque-se o que declarou em Juízo a testemunha 2º SG MAX ROSÁRIO DE SOUSA (fls. 50/52, vol. 1), *in verbis*:

(...) **viu e ouviu quando o acusado proferiu as palavras ofensivas** mencionadas na denúncia (...). (grifo nosso).

Disse a testemunha 3º SG ALDEMIR CERVEIRA DA CRUZ JUNIOR (fls. 53/54, vol. 1), *in verbis*:

(...) **que viu e ouviu quando o acusado proferir as palavras que estão relatadas na denúncia, ofensivas ao Capitão, mencionando que foi o acusado** e não terceira pessoa que proferiu essas palavras; que não sabe dizer por que o acusado proferiu as palavras ofensivas ao CT VICENTE (...) que, durante a espera, o acusado se acalmou e, enquanto os militares concluíam os procedimentos de apreensão da embarcação, o **acusado** veio à presença da testemunha e **pediu desculpas por aquilo que havia falado**, complementando que o fato foi presenciado por militares e marinho que estava próximo (...). (grifo nosso).

Ora, estando a conduta tipificada, sendo ilícita e culpável, e confirmada pelos testemunhos prestados pelos militares presentes, não deve ser reformada a Sentença.

Dispõe o tipo penal de desacato, previsto no art. 299 do CPM, verbis:

Art. 299 – Desacatar militar no exercício de função de natureza militar ou em razão dela:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.

Desacatar significa faltar com o acatamento, atingindo a honra, o pun-donor, o decoro do militar que está atuando no exercício de função de natureza militar ou em razão dela.

Com efeito, andou bem a Sentença recorrida ao condenar o Réu, pois sua conduta subsumiu-se perfeitamente ao referido tipo penal, atentando contra a ordem administrativa militar, no que se refere ao prestígio e respeito à dignidade dos integrantes das Forças Armadas.

Embora as testemunhas arroladas pela Defesa tenham negado o ocorrido, elas não observaram a vistoria da embarcação quando do momento dos fatos, ou se o fizeram foi apenas em parte do tempo.

Nesse sentido, o depoimento da testemunha civil SHEYLA JAMILLE SILVA DA SILVA (fls. 93/95, vol. 1), *in verbis*:

(...) **que acompanhou apenas uma pequena parte do contato da autoridade naval com o acusado**, pois teve que embarcar em outra embarcação (...). (grifo nosso).

Igualmente afirmou a testemunha civil ADEMAR CARVALHO DOS SANTOS (fls. 93/95, vol. 1), *in verbis*:

(...) **que não observou o contato da autoridade naval com o acusado**, que todavia o acusado parecia tranquilo (...). (grifo nosso).

Dessa forma, assiste razão à Representante do MPM em Alegações Escritas, ao asseverar que:

(...) a prova testemunhal produzida pelo *Parquet* é uníssona ao atribuir a conduta delituosa ao acusado. Todos os militares viram e ouviram o acusado desacatar militar durante a inspeção naval.

Embora as testemunhas de defesa afirmam que o acusado não proferiu as palavras citadas na denúncia, merece destaque o fato de que não acompanharam a integralidade da abordagem militar (...).

E sempre é importante ressaltar que, ao contrário do que posto pela DPU em Razões de Apelação, o princípio da liberdade de expressão não pode ser usado como razão absoluta para afastar outras garantias constitucionais.

Cito, nesse sentido, a seguinte ementa, de minha relatoria:

APELAÇÃO. ART. 299 DO CPM. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. DESPROVIDO O APELO.

Réu condenado pelo delito de desacato a militar à pena de detenção com o direito de apelar em liberdade.

(...) Autoria e materialidade comprovadas. **O acervo probatório constante nos autos demonstrou que o civil agiu deliberadamente no intuito de ofender, humilhar e desprestigiar o trabalho realizado** pela Patrulha da Força de Pacificação, **buscando diminuir a autoridade dos militares escalados para o serviço, por meio de xingamentos** e de tapas.

O delito de desacato a militar atinge diretamente a autoridade da administração militar, representada na figura do militar desacatado. Tal delito é plenamente compatível com a Constituição da República e não viola a Convenção Americana de Direitos Humanos. **Os direitos à liberdade individual e de expressão não podem ser considerados absolutos a ponto de afastar outros direitos e garantias constitucionais**, não podendo ser utilizados como escudo para prática de atividades ilícitas, muito menos para afastar a responsabilidade penal pelos atos praticados. Desprovido o recurso defensivo. Unânime. (STM – Apelação (FE): 1986.01.044666-6/RJ, Relator: MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS. Data de Julgamento: 19/5/2016, Data de Publicação: 27/6/2016) (grifo nosso).

Esta Corte Castrense tem se posicionado de maneira firme quanto ao crime de desacato, em situações semelhantes à presente, como se verifica nos seguintes julgados, *in verbis*:

APELAÇÃO. DESACATO A MILITAR. DOLO ESPECÍFICO. CARACTERIZAÇÃO. INTENÇÃO DE OFENDER. Na hipótese, a forma como os Acusados agiram não deixa dúvidas acerca de suas intenções de ofender e desprezitar os militares, o que constitui o dolo específico do art. 299 do CPM. É bem verdade que os Acusados estavam exaltados no momento em que proferiram as ofensas e xingamentos. Entretanto, nem o estado de ânimo dos Réus, nem a interpretação que fizeram sobre o evento “tentativa de ultrapassagem do veículo militar” interferem no cenário delitivo a ponto de excluir o dolo característico do crime em questão. Para a configuração do desacato a militar, na modalidade “exercício de função de natureza militar”, como é o caso dos autos, dispensa-se que o Réu seja movido por qualquer tipo de motivação, bastando apenas a sua clara intenção de ofender. Os Ofendidos não só faziam a ronda na localidade previamente designada, como também trafegavam na velocidade compatível com o serviço para o qual foram designados. Apelo a que se nega provimento. Unânime. (APELAÇÃO nº 0000002-79.2012.7.02.0202/SF Decisão: 9/12/2014, Ministro-Relator: Luis Carlos Gomes Mattos, Data da Publicação: 9/1/2015, Vol: Veículo: DJE).

No mesmo sentido:

EMBARGOS INFRINGENTES. DESACATO A MILITAR. ACUSADO CIVIL. MISSÃO CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS. GARANTIA DA LEI E DA ORDEM. (...) SOLIDEZ DO ACERVO PROBATÓRIO. CONFIGURAÇÃO DO DOLO. AUTORIDADE MILITAR MACULADA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO MANTIDO. (...). Configuram delito de desacato as manifestações de civis que, mediante animosidades e palavras de baixo calão, denigrem e menoscabam a atuação de militares da Polícia

do Exército em áreas de pacificação. A solidez das provas, a configuração do dolo ínsito à imputação e a ausência de justificantes impõem a responsabilização penal do infrator civil. Embargos infringentes rejeitados para manter íntegra a decisão condenatória. Decisão majoritária. (EMBARGOS nº 0000029-29.2011.7.01.0201/DF, Decisão: 24/9/2013, Ministra-Relatora: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data da Publicação: 25/10/2013, Vol: Veículo: DJE).

Por fim, faço minhas as palavras trazidas no Parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, *in verbis*:

(...) Quanto ao mérito, a autoria e a materialidade delitiva restaram plenamente demonstradas. O acervo probatório colacionado aos autos aponta, de modo inequívoco, que a conduta perpetrada pelo acusado encontra adequação típica para a caracterização do crime de desacato a militar, previsto no art. 299 do Código Penal Militar.

(...) Destarte, encontra-se coerente o *Decisum* exarado pelo Colendo Conselho de Justiça, pois em consonância com os fatos e provas enleados no devido processo-crime, do qual se extrai, com a melhor convicção, a ocorrência do tipo penal previsto no art. 299 do Código Penal Militar (...).

Pelo exposto, neguei provimento ao apelo da Defensoria Pública da União e mantive a Sentença que condenou o civil PAULO ALEXANDRE DE JESUS BARROS pela prática do crime previsto no art. 299 do CPM.

Superior Tribunal Militar, 4 de agosto de 2016.

Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos
Ministro do STM



Conflito de Competência

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 124-29.2015.7.01.0101-RJ

Relator: Min. Dr. José Barroso Filho.

Suscitante: O MM. Juiz-Auditor Substituto no exercício da titularidade da 2ª Auditoria da 1ª CJM suscita Conflito Negativo de Competência nos autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101, no qual figura como denunciado o ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros.

Suscitado: O Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM.

EMENTA

Conflito Negativo de Competência. Deferido. Conflito de Atribuição. Não conhecido. Ação Penal Militar. Delitos de uso de documento falso, violência e desrespeito contra Superior. Procedimento Investigatório Criminal. Crime de estelionato. Conexão probatória. Ocorrência. Decisão unânime.

Conflito de Atribuição não conhecido pela Câmara de Coordenação e Revisão, por unanimidade, *ex vi* do art. 136, inciso IV, da Lei Complementar 75/93, devido à decisão declinatória *fori* do juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM em favor da 2ª Auditoria da 1ª CJM.

Conflito Negativo de Competência arguido pelo Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM nos autos de Procedimento Investigatório Criminal, apontando como Órgão Jurisdicional suscitado o Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM, ambos na Cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Configurado o instituto da conexão probatória entre fatos tidos por delituosos que envolvem duas Auditorias Militares, exercendo jurisdição no âmbito de mesma Circunscrição. Delito de estelionato apurado nos autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ e, sobretudo, a prática do crime do art. 315 do CPM, atitude processada nos autos do Processo nº 128-62.2012.7.01.0201.

Analisando as diferentes condutas imputadas ao Denunciado, impõe-se reconhecer a relação de dependência ou vínculo jurídico entre os fatos, em tese, delitivos, que podem acarretar a reunião num mesmo processo penal, perante o mesmo Órgão Jurisdicional.

A incidência do fenômeno da conexão probatória faz-se presente, já que atende, na hipótese, os seus três objetivos básicos, quais sejam: facilitação na colheita da prova; isonomia da realização da justiça e na aplicação de uma eventual pena; e a economia processual que resulta do reconhecimento de tal fenômeno.

Conflito Negativo de Competência deferido para declarar ser o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM competente para processar e julgar fatos descritos no PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ.

Deve ser aditada a Denúncia nos autos do Processo nº 128-62.2012.7.01.0201 para constar a imputação pela prática do crime de estelionato.

Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e deferiu a Representação, declarando ser competente para processar e julgar os fatos constantes do Procedimento Investigatório Criminal nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, ex vi do art. 99, alínea “c”, do Código de Processo Penal Militar e art. 6º, inciso II, alínea “g”, da Lei nº 8.457/1992; devendo ser aditada a Denúncia já recebida nos autos do Processo nº 128-62.2012.7.01.0201 para que conste, também, a imputação pela prática do crime de estelionato ao ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, como incurso no delito do art. 251, agravado pelo § 3º, e na forma dos arts. 79 e 80, tudo do CPM. O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz declarou-se impedido na forma do art. 144 do RISTM.

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, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da 74ª Sessão, 11/10/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência arguido pelo Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, nos autos do Procedimento In-

investigatório Criminal nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ (fls. 567/569), apontando como Órgão Jurisdicional suscitado o Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM, ambos com sede na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Em rápida síntese, extraem-se dos autos os seguintes fragmentos, de modo a facultar aos Senhores Ministros desta egrégia Corte castrense o perfeito descortino dos fatos. Vejamos.

Segundo revelam os autos, em 11 de dezembro de 2013, o Juiz Federal Dr. Roberto Gil Leal Faria enviou cópia dos autos da Ação Ordinária Cível nº 4945-50.2012.7.02.5001 e do Incidente Processual nº 9091-37.2012.7.02.5001 ao 6º Ofício da Procuradoria de Justiça Militar, no Rio de Janeiro (PJM/RJ).

Tal situação resultou na instauração de Procedimento Investigatório Criminal contra o ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, à época Encarregado da Divisão de Medicina e Presidente da Junta Regular de Saúde da Escola de Aprendizes Marinheiros do Espírito Santo (EAMES).

O aludido procedimento foi atuado, em 14 de fevereiro de 2014, como Notícia de Fato nº 23-57.2014.1106 no 6º Ofício da PJM/RJ. Após diligências preliminares, aos 27 de março seguintes, o Órgão Ministerial proferiu Despacho instaurando o Procedimento Investigatório Criminal (PIC) nº 23-57.2014.1106, referente à Notícia de Fato de mesmo número (fls. 119/120).

Passado algum tempo, já em 14 de março de 2014, **nos autos do IPM 128-62.2012.7.01.0201, em trâmite perante o Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM**, o Órgão Ministerial ofereceu a Denúncia contra o ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, com fulcro no art. 315 e na forma do art. 79, ambos do CPM, por ter feito uso de atestado médico psiquiátrico material e ideologicamente falso, ante a Administração Militar, em 30 de março de 2012, com o fito de evitar comparecer diante da Junta de Saúde da Unidade Integrada de Saúde Mental da Marinha do Brasil.

Na Denúncia citada, também lhe foi imputada a prática, em 17 de abril de 2012, dos delitos previstos nos arts. 157, *caput*, e 160, ambos do CPM (violência contra superior e desrespeito a superior), tendo por ofendido o CF Med Almir Marcelo Camelo Figueira dos Santos, integrante da Junta de Saúde que se deslocou até Vila Velha/ES, para realizar a perícia médica no Denunciado.

A Denúncia foi recebida aos 27 de março de 2014 (fls. 490/493) e o processo está na fase de nova intimação e inquirição de testemunhas da Defesa, que mudaram de endereço (Proc. nº 128-62.2012.7.01.0201 – 2ª Auditoria da 1ª CJM).

Por outro lado, **quanto ao outro Procedimento Investigatório Criminal (PIC nº 23-57.2014.1106)**, ao final das diligências promovidas, em 5 de junho de 2015, o *Parquet* Militar emitiu Relatório e Decisão, entendendo haver indícios da prática do crime de estelionato, previsto no art. 251, § 3º, do CPM, decidindo pelo oferecimento da Denúncia.

Por conseguinte, nos autos do **PIC nº 23-57.2014.1106**, em 11 de junho de 2015, o Órgão Ministerial atuante no 6º Ofício da PJM/RJ, no Rio de Janeiro, ofício especializado em investigação policial e controle externo, sem atribuição judicial, também ofereceu a Denúncia contra o ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, mas como incurso no delito do art. 251, agravado pelo § 3º, e na forma dos arts. 79 e 80, tudo do CPM (fls. 475/480).

Segundo asseverou na Denúncia, no período de 19 de março de 2012 a 16 de dezembro de 2013, o Acusado teria induzido a Administração Naval em erro, provocando licenças médicas por problemas psiquiátricos inexistentes e, desse modo, auferido vantagem indevida no valor de R\$ 144.066,74 (cento e quarenta e quatro mil, sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos).

Os autos do **PIC nº 23-57.2014.1106** foram remetidos com a Denúncia ao Juiz-Auditor Distribuidor da 1ª CJM (fls. 475/480), **sendo classificados como PIC nº 124-29.2015.7.01.0101**, e distribuídos à 1ª Auditoria da 1ª CJM (fl. 484).

Dada vista dos autos ao *Parquet* Militar, a ilustre Promotora de Justiça Militar Dra. Najla Nassif Palma (fl. 488) ratificou a Denúncia ofertada pelo Órgão Ministerial atuante no 6º Ofício da PJM/RJ (fls. 475/480), para o fim de ser recebida e processada na forma da lei.

Nos autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101, conforme Promoção de 5 de agosto de 2015, asseverou que “resta evidente que há continência, quiçá conexão probatória, entre as infrações imputadas ao ex-militar, nos presentes autos e as condutas que foram objeto da denúncia apresentada no Processo nº 128-62.2012.7.01.0201, em trâmite na 2ª Auditoria da 1ª CJM” (fls. 504/505).

Afirmou, ainda, que os fatos contidos no processo em trâmite na 2ª Auditoria da 1ª CJM ocorreram no período abrangido pela segunda denúncia oferecida e são, inclusive, nela referidos (fls. 475/480).

Por conseguinte, requereu ao Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM que os autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101 fossem enviados para a 2ª Auditoria da 1ª CJM, entendendo ser aquele Juízo prevento para a apreciação dos fatos com fulcro no art. 100, alínea *b*, do CPPM, sendo o pleito deferido, conforme a Decisão à fl. 507.

Em Decisão de 12 de agosto de 2015 (fl. 507), o Juiz-Auditor Substituto da 1ª Auditoria da 1ª CJM deixou de apreciar a Denúncia (fls. 475/480) e os fatos constantes do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ (fl. 507), devido à possível conexão probatória entre as condutas imputadas ao denunciado ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros nos autos do Processo nº 128-62.2012.7.01.0201, em curso na 2ª Auditoria da 1ª CJM.

O Juiz-Auditor Substituto da 1ª Auditoria da 1ª CJM declinou de sua competência e determinou a remessa dos autos ao Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, acolhendo a promoção do Órgão Ministerial que entende ser aquele Juízo prevento para processar e julgar o presente feito com fulcro no art. 100, alínea *b*, do CPPM (fls. 504/505).

Enviados os autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101 ao Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, em 14 de outubro de 2015, foi dada vista ao Órgão Ministerial oficiante junto àquele Juízo, que assim se manifestou (fl. 515), *in verbis*:

(...)

Por todo o explanado, o órgão ministerial deixa de se manifestar sobre eventual conexão ou continência entre os fatos descritos em feitos diversos, por entender haver vício de origem no oferecimento da denúncia no PIC nº 124-29.2015.

De outro vértice, verifica-se, ainda, a hipótese de conflito de atribuições entre membros do Ministério Público Militar, eis que a denúncia de fls.475/501 do PIC nº 124-29.2015, foi lavrada por órgão ministerial lotado na 6ª Procuradoria da Justiça Militar/RJ, de atuação extrajudicial, não relacionada a nenhuma das Auditorias da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. (grifo nosso)

Assim, este órgão ministerial, com amparo legal no art. 136, VI, da Lei Complementar 75/93, **requer ao douto Juízo Castrense que seja determinada a remessa dos autos do PIC nº 124-29.2015 à Procuradoria-Geral da Justiça Militar**, para que a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar decida sobre o conflito ora suscitado, sem prejuízo do andamento processual normal do Proc. nº 128-62.2012. (grifo nosso).

O Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM acolheu o pleito e, em Decisão de 9 de novembro de 2015 (fls. 518/519), enviou os autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101 à Procuradoria da Justiça Militar da União, cuja Câmara de Coordenação e Revisão assim deliberou (fl. 534), *in verbis*:

(...) De acordo com o Relatório e o Voto da Relatora, a Câmara de Coordenação e Revisão, por unanimidade, com amparo no artigo 136, inciso IV, da Lei Complementar 75/93, **decide não conhecer o conflito de atribuição em face de decisão declinatória *fori* do juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM, em favor da 2ª Auditoria da 1ª CJM**, por estar este juízo preventivo, devendo o feito ser restituído à 2ª Auditoria da 1ª CJM. (grifo nosso).

Em atenção à deliberação da Câmara de Coordenação e Revisão da PGJM, foram os autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ restituídos ao Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM em 18 de março de 2016.

Em Despacho de 28 de março de 2016, foi dada vista dos autos ao Órgão Ministerial, que assim se manifestou aos 20 de abril seguintes, no uso de suas atribuições constitucionais e nos termos dos arts. 112, alínea *b*, e 114, ambos do Código de Processo Penal Militar (CPPM), expondo e requerendo (fls. 555/561), *in verbis*:

(...)

Nesta esteira, levando-se em conta que atos relativos ao Processo nº 128-62.2012 já foram praticados, necessário reconhecer que a junção dos processos em muito retardaria a instrução criminal, colocando em risco, inclusive, o direito de punir estatal. Por tal razão também se faz necessária a separação dos processos.

Por todo o exposto, o Órgão Ministerial que oficia perante a 2ª Auditoria da 1ª CJM suscita o presente CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA, requerendo, por todo o exposto, seja proferida decisão que determine a competência da 1ª Auditoria da 1ª CJM para processar e julgar os fatos constantes dos autos em referência. (grifo nosso).

Acolhendo o requerido pelo Órgão Ministerial, o Juiz-Auditor Substituto no exercício da titularidade da 2ª Auditoria da 1ª CJM suscitou Conflito Negativo de Competência nos autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101.

Recebidos, autuados e distribuídos os presentes autos nesta Corte Castrense, mediante Despacho (fl. 578), foram solicitadas as informações às autoridades judiciárias em conflito, consoante o disposto no art. 103, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar (RISTM), as quais foram prestadas às fls. 597/598 e 612.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. José Garcia de Freitas Júnior, opinou pela fixação de competência do Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, para processar os autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ, a fim que se promova a reunião ao processo em curso que trata dos mesmos fatos; e, por fim, pelo aditamento da denúncia já recebida para que conste, também, a imputação pela prática do crime de estelionato, segundo a denúncia formulada nos autos do PIC citado e já ratificada pelo membro oficiante na 1ª Auditoria da 1ª CJM (fls. 620/624).

É o Relatório.

VOTO

O presente Conflito Negativo de Competência preenche os requisitos legais de admissibilidade, merecendo ser conhecido. Quanto ao mérito, impõe-se declarar como sendo competente o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, para processar e julgar os fatos descritos no PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ.

O Conflito Negativo de Competência foi suscitado pelo Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, nos autos do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ (fls. 567/569), apontando como Órgão Jurisdicional competente para processar e julgar o feito o Juízo da 1ª Auditoria da 1ª CJM, ambos com sede na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

O Juiz-Auditor Substituto da 1ª Auditoria da 1ª CJM declinou de sua competência, deixando de apreciar a Denúncia (fls. 475/480) e os fatos constantes do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ (fl. 507) e determinou o envio dos autos ao Juízo da 2ª Auditoria da 1ª CJM, acolhendo a promoção do Órgão Ministerial que entende ser aquele Juízo preventivo com fulcro no art. 100, alínea *b*, do CPPM (fls. 504/505), para processar e julgar o feito.

Por óbvio, os argumentos da douta Dra. Najla Nassif Palma, Promotora de Justiça Militar, são irrefutáveis, pois, pela descrição dos fatos, em tese, conclui-se haver conexão probatória entre as condutas imputadas ao ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros nos presentes autos e os fatos objetos de denúncia oferecida no Processo nº 128-62.2012.7.01.0201, ao qual o mesmo militar já responde perante a 2ª Auditoria da 1ª CJM.

Tendo por base as informações acostadas aos autos, verifica-se a ocorrência de conexão entre fatos tidos por delituosos, que envolvem feitos em tramitação em duas Auditorias Militares, as quais exercem jurisdição no âmbito de uma mesma Circunscrição.

Portanto, a questão que aqui se põe é: definir se se configurou o instituto da conexão entre o delito de estelionato, apurado nos autos do **PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ**, e a prática, particularmente, do crime do art. 315 do CPM (uso de documento falso), atitude processada nos autos do **Processo nº 128-62.2012.7.01.0201**, sendo ambas as condutas imputadas ao ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros.

Inicialmente, vejamos os fatos apurados constantes do IPM 128-62.2012.7.01.0201, que serviram de mote para que o Órgão Ministerial oficiante junto à 2ª Auditoria da 1ª CJM oferecesse a Denúncia contra o ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, em 14 de março de 2014, com fulcro no art. 315 e na forma do art. 79, ambos do CPM, por ter feito uso de atestado médico psiquiátrico material e ideologicamente falso, ante a Administração Militar, em 30 de março de 2012; bem como a prática, em 17 de abril de 2012, dos delitos previstos nos arts. 157, *caput*, e 160, ambos do CPM, contra o CF Med Almir Marcelo Camelo Figueira dos Santos.

Conforme os autos do Inquérito Policial Militar (IPM) nº 128-62.2012, desde 5 de janeiro de 2011, o Denunciado exercia a função de Encarregado da Divisão de Medicina e Presidente da Junta Regular de Saúde da Escola de Aprendizes-Marinheiros do Espírito Santo (JRS/EAMES) (fls. 308).

Em 19 de agosto de 2010, a Chefe da Procuradoria Federal no Espírito Santo solicitou ao Comandante da Marinha que o Denunciado ficasse à disposição daquela Procuradoria Federal, exercendo a função de Assistente Técnico para realização de perícia médica em demandas judiciais (fls. 40/41).

Mediante ofício de 22 de outubro de 2010 (fls. 49), o Chefe de Gabinete do Comandante da Marinha autorizou, somente, que o Denun-

ciado prestasse serviços de Assistente Técnico na demanda judicial chamada de “caso malathion”, em acúmulo com suas atividades médicas e militares na EAMES.

Em 20 de março de 2012, preocupado com a alteração da escala de serviço e que tal situação pudesse colocar em risco sua função como Médico Perito e Assistente Técnico da União, **o Denunciado encaminhou à Administração Militar um atestado médico psiquiátrico próprio, que o colocava como incapaz para o trabalho por sessenta dias (fls. 91/92).**

Com o fito de convalidar tal diagnóstico, necessário à concessão de Licença para Tratamento de Saúde (LTSP), a Administração Militar agendou uma consulta médica na Unidade Intensiva de Saúde Mental da Marinha (UISM), localizada no Rio de Janeiro, em 04 de abril de 2012.

Com o intuito de não comparecer a tal consulta, **o Denunciado apresentou atestado médico, datado de 29 de março de 2012 (fls. 101), do Hospital Dorio Silva (SUS). Conforme declarou o Dr. José Carlos Freire (fls. 241/242), médico cardiologista suposto emissor do atestado, o documento seria falso.**

Consoante pedido do Denunciado, cujo atestado falso impedia de comparecer à UISM, a Administração Militar providenciou o deslocamento de uma Junta de Saúde do Rio de Janeiro até Vila Velha/ES, em 17 de abril de 2012, para realizar a perícia médica na própria EAMES (fls. 118).

No dia 17 de abril de 2012, durante a perícia realizada pelos médicos Capitão de Mar e Guerra Luiz Eduardo Bielinski Giamatthey e o Capitão de Fragata Almir Marcelo Camelo Figueira dos Santos, a qual compareceram o Denunciado e sua esposa, também médica, Alexandra Monteiro de Barros Araújo Chaves, o militar se exaltou, e dando socos na mesa com as duas mãos, com um tapa arremessou longe o *laptop* do Capitão de Fragata Almir Marcelo Camelo Figueira dos Santos, onde ele registrava os dados do exame, rasgou e pisoteou os documentos da perícia.

Em seguida, **o Denunciado avançou contra o pescoço do Capitão de Fragata Almir Marcelo Camelo Figueira dos Santos, gritando ofensas contra o militar: “Tá querendo me sacanear, seu filho da puta? Vou te matar”.** Auxiliado pelo Capitão de Mar e Guerra Luiz Eduardo Bielinski Giamatthey, o militar ofendido conseguiu se desvencilhar das tentativas de agressão.

Considerado apto para o Serviço Ativo da Marinha pelo Centro de Perícias Médicas da Marinha (Parecer Psiquiátrico nº 405/422, às fls. 405), o Denunciado ajuizou o Processo nº 4945-50.2012.4.02.5001 na 3ª Vara Federal Cível do Espírito Santo, cuja decisão liminar (fls. 336/338), fundada em laudos de médicos particulares, **lhe garantiu a concessão de licença domiciliar para tratamento médico, até a realização de perícia ou o término da doença.**

A perícia nunca foi realizada, apesar de ter sido oportunizada pelo Juízo federal por quatro vezes, as quais o denunciado deixou de compare-

cer deliberadamente, manifestando-se explicitamente contra a realização das mesmas. **Por fim, após quatrocentos e cinquenta e três dias de afastamento, a liminar foi revogada por ocasião do julgamento do mérito.**

O Denunciado teve seu pleito julgado improcedente, em Sentença de 05 de dezembro de 2013. O Juiz-Federal Roberto Gil Leal Faria declarou que o Denunciado jamais foi vítima de qualquer mazela mental que justificasse seu afastamento do Serviço Ativo da Marinha, pois, no período de licença médica realizou concurso público (fls. 451/453) e participou, como Médico Perito e Assistente Técnico, de diversas audiências na Justiça (fls. 429).

Na mesma Sentença, o denunciado foi condenado a devolver os valores recebidos durante seu afastamento precário, em decorrência da antecipação de tutela, referente ao período no qual não exerceu atividades militares, sendo determinada sua reapresentação na EAMES, em 16 de dezembro de 2013.

O Denunciado ainda permaneceu afastado por mais noventa e cinco dias, por meio da interposição de agravo de instrumento, que suspendeu a decisão proferida no julgamento da aludida ação. (Grifo nosso).

Por outro lado, os autos que deram origem ao PIC nº 23-57.2014.1106 – posteriormente classificados como PIC nº 124-29.2015.7.01.0101, pelo Juiz-Auditor Distribuidor da 1ª CJM – foram autuados pelo Órgão Ministerial atuante na 6ª PJM/RJ, a partir de cópia dos autos da Ação Ordinária Cível nº 4945-50.2012.7.02.5001 e do Incidente Processual nº 9091-37.2012.7.02.5001, enviadas pelo Juiz Federal Dr. Roberto Gil Leal Faria.

Examinando sob outro enfoque os fatos que decorrem da situação criada com os afastamentos do serviço, obtidos pelo ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, o Órgão Ministerial concluiu que o Denunciado teria recebido proventos indevidos, a título de licença médica remunerada, por motivo de doença mental não confirmada por perícia realizada por médicos militares da Marinha do Brasil (fls. 159/188), e teria exercido atividades extracastrenses.

Por conseguinte, no período de 19 de março de 2012 a 16 de dezembro de 2013, o Acusado teria induzido a Administração Naval em erro, provocando licenças médicas por problemas psiquiátricos inexistentes e, desse modo, auferido vantagem indevida no valor de R\$ 144.066,74 (cento e quarenta e quatro mil, sessenta e seis reais e setenta e quatro centavos), mediante ardil, contra a administração pública militar.

Devido a isso, em 11 de junho de 2015, nos autos do PIC nº 23-57.2014.1106, o Órgão Ministerial atuante no 6º Ofício da PJM/RJ, também ofereceu a Denúncia (fls. 475/480) contra o ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, como incurso no delito do art. 251, agravado pelo § 3º, e na forma dos arts. 79 e 80, tudo do CPM.

Portanto, como se depreende dos fatos expostos, analisando as diferentes condutas do Denunciado, impõe-se ser imperativo que se reconheça uma relação de dependência ou um vínculo jurídico entre os fatos, em tese, delitivos, que podem acarretar a reunião, num mesmo processo penal, perante o mesmo Órgão Jurisdicional.

Inclusive, a relação de dependência ou o vínculo jurídico entre os fatos é de tal monta que uma das testemunhas arroladas pela Acusação, nos autos da Denúncia oferecida pelo Órgão Ministerial atuante no 6º Ofício da PJM/RJ, é o próprio CF Med Almir Marcelo Camelo Figueira dos Santos, também ofendido nos autos do Processo nº 128-62.2012.7.01.0201 e responsável pela elaboração do Parecer Psiquiátrico nº 65/2012.

No caso concreto, o fenômeno da conexão probatória faz-se presente, já que se atendem, na hipótese, os seus três objetivos básicos, quais sejam: *facilitação na colheita da prova; isonomia da realização da justiça e na aplicação de uma eventual pena; e a economia processual que resulta do reconhecimento de tal fenômeno.*

A conexão não é propriamente causa de fixação da competência, mas, sim, causa de modificação da competência. *Conexão é o nexos, a ligação existente entre dois crimes, que justifica a união deles em um único processo, para melhor prestação jurisdicional.*

Configura-se a conexão instrumental (ou probatória, processual), quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração. Com isso, evitam-se, destarte, decisões antagônicas.

A conexão justifica-se, nas sábias palavras de Julio Fabbrini Mirabete, quando: "(...) por coerência, maior segurança e economia, por vezes é aconselhável que haja um só processo apesar da prática de vários crimes. É o que ocorre quando existe a conexão (...)" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 306).

Na fixação do foro prevalente, existindo 2 (dois) ou mais delitos entre os quais exista conexão ou continência, todos deverão ser julgados pelo mesmo Juiz. Assim, um dos juízos cederá sua competência para outro, que será o foro prevalente. As regras para a reunião de processos estão previstas no art. 101 do CPPM.

Portanto, no presente caso, a solução mais adequada é reconhecer a competência do Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, sediada em Rio de Janeiro/RJ, porquanto é nesse Juízo que já ocorreu a maior parte das investigações e procedimentos. A Denúncia relativa ao Processo nº 128-62.2012.7.01.0201 foi recebida aos 27 de março de 2014, estando o feito na fase de intimação e inquirição de testemunhas da Defesa, além do que a reunião dos feitos não causará maior transtorno.

Ante o exposto, conheço e defiro a presente Representação, declarando ser competente para processar e julgar os fatos constantes do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, *ex vi* do art. 99, alínea c, do Código de Processo Penal Militar, e do art. 6º, inciso II, alínea g, da Lei nº 8.457/1992; deve ser aditada a Denúncia já recebida nos autos do Processo nº 128-62.2012.7.01.0201 para que conste, também, a imputação pela prática do crime de estelionato ao ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, como incurso no delito do art. 251, agravado pelo § 3º, e na forma dos arts. 79 e 80, tudo 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 unanimidade** de votos, em conhecer e deferir a presente Representação, declarando ser competente para processar e julgar os fatos constantes do PIC nº 124-29.2015.7.01.0101/RJ o Juiz-Auditor Substituto da 2ª Auditoria da 1ª CJM, *ex vi* do art. 99, alínea c, do Código de Processo Penal Militar, e do art. 6º, inciso II, alínea g, da Lei nº 8.457/1992; deve ser aditada a Denúncia já recebida nos autos do Processo nº 128-62.2012.7.01.0201 para que conste, também, a imputação pela prática do crime de estelionato ao ex-CC Mar Leonardo Queiroz Chaves Monteiro de Barros, como incurso no delito do art. 251, agravado pelo § 3º, e na forma dos arts. 79 e 80, tudo do CPM.

Brasília, 11 de outubro de 2016 – José Barroso Filho, Ministro-Relator.



Conselho de Justificação

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 53-32.2016.7.00.0000-DF

Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio de Farias.

Revisor: Min. Dr. José Barroso Filho.

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 Maj Ex Marcus Vinícius Carreira Bentes.

Advogado: Dr. Paulo César Bogue e Marcato.

EMENTA

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (CJ). PRELIMINARES SUSCITADAS PELA DEFESA: INCOMPETÊNCIA DO STM POR NÃO RECEPÇÃO DA LEI Nº 5.836/72 PELA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE; NULIDADE CALCADA NA REVOGAÇÃO TÁCITA DA LEI Nº 5.836/72 PELA LEI Nº 9.784/99; NULIDADE EM FACE DA INCONSISTÊNCIA DO FUNDAMENTO UTILIZADO PARA A INSTAURAÇÃO DO CJ E POR CONSTITUIR *BIS IN IDEM* EM RELAÇÃO AO JUSTIFICANTE; NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA; PRESCRIÇÃO; E SUSPENSÃO DO CJ. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO NO CONTEXTO FUNCIONAL. CONSULTA MÉDICA. ELEMENTOS INDICADORES DE COMPORTAMENTO DIVORCIADO DOS PRECEITOS REGULAMENTARES RELATIVOS, DENTRE OUTROS, À ÉTICA E AO PUNTOR MILITARES. DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE DO OFICIAL E CONSEQUENTE PERDA DE POSTO E DE PATENTE.

1) Tendo por referencial sua ímpar característica de constituir-se, no âmbito federal pátrio, em Tribunal Militar de caráter permanente, ao STM compete, em caráter terminativo, apreciar a questão relativa à perda do posto e da patente dos Oficiais das Forças Armadas, a qual, por vezes, se dá no contexto do julgamento do processo oriundo do CJ. Consolida-se plena harmonia entre os ditames da Lei nº 5.836/72 e o preconizado no art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal. Preliminar de incompetência rejeitada. Unânime.

2) A Lei nº 9.784/99, a qual regula a tramitação dos processos no âmbito da Administração Pública Federal, embora mais recente, não tem a sua abrangência estendida, com prevalência, sobre os ditames da Lei nº 5.836/72, de natureza especial, cujo escopo é tratar do CJ. Inexistência de antinomias entre tais legislações, as quais se mantêm compatíveis e em harmonia no contexto da hermenêutica jurídica. Preliminar de nulidade rejeitada. Unânime.

3) Por encontrar-se fundada na ocorrência do trânsito em julgado de condenação penal, a instauração do CJ tem fundamento específico estabelecido no inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72, conquanto se avaliará o componente ético e o decoro malferidos, igualmente pela conduta criminosa perpetrada pelo Oficial. Dessa forma, tendo sido sacramentada a condenação criminal irrecorrível, afasta-se a possibilidade de eventual e infrutífera discussão acerca da culpabilidade do agente. A sujeição do Oficial ao CJ não constitui dupla punição, conquanto se distingue do campo disciplinar e/ou criminal, uma vez que o escopo deste processo está calcado em avaliar, a partir da prática criminosa, sopesando os componentes ético e moral, a capacidade de o Oficial permanecer em sua Força Armada. Preliminar de nulidade rejeitada. Unânime.

4) O procedimento apuratório encetado no âmbito da Administração Militar não prescinde da constituição de advogado para a defesa técnica do investigado. Incidência do Enunciado nº 5 da Súmula Vinculante do STF. Diante da forma atuante com que, na fase administrativa do CJ, marcadamente operou-se a atuação defensiva; e da disponibilização dos meios preconizados para a plenitude de seu exercício, descabe o argumento caracterizador da infringência à ampla defesa. Preliminar de nulidade rejeitada. Unânime.

5) Fundamentada a instauração do CJ no trânsito em julgado da condenação criminal, na forma do art. 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836/72, o lapso prescricional, consoante estabelece o parágrafo único do art. 18 da referida Lei, reportando-se à regência do CPM, determina a observância do *quantum* da pena fixada. Neste contexto, o referencial acerca termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional passa a ser a data da instauração do CJ. Prescrição não configurada. Preliminar rejeitada. Unânime.

6) Embora a reforma seja hipótese de sanção imposta no âmbito do CJ, descabe aguardar o desfecho relativo à ação judicial proposta perante a Justiça Federal, cuja pretensão encontra-se imbricada com a reforma do Oficial, em razão de problemas de saúde. A possível reforma aplicada, resultante do CJ, não se confunde com aquela proveniente de impactos à saúde que, supostamente, tenham o condão de impingir a inaptidão permanente para o Serviço Militar. Preliminar de suspensão do CJ rejeitada. Unânime.

7) Caracteriza afronta à ética e ao pundonor militares a conduta do Oficial médico que, em atendimento ambulatorial, aproveitando-se da falta de malícia da ofendida, em evidente momento de fragilidade, de forma sub-reptícia, camuflada em procedimento regular, supostamente recomendada pela propedêutica médica, realiza exames de natureza urológica/ginecológica, ultrajando o recato e a intimidade da paciente. Operaram-se atitudes em descompasso com os parâmetros recomendados e inerentes à boa prática da medicina, expondo a vítima a profundo constrangimento, conquanto configuraram atos libidinosos desautorizados.

8) Estampada a gravidade do episódio no qual o Oficial aproveitou-se, evidentemente, da relação médico-paciente para obter incompatível vantagem sexual, alavancou-se a cassação do seu registro profissional perante a entidade de classe. Consolida-se desfecho que repercute no inconciliável desempenho das atribuições como profissional de saúde.

9) As repercussões irradiadas do episódio relativo àquele malsinado atendimento médico, conquanto marcadamente caracterizado por prática libidinoso, tiveram o condão de atingir o prestígio do Corpo Clínico do Hospital Militar, causar constrangimento à Administração Militar e, sobretudo, produzir situação desconfortável ao Exército.

10) Declarada a indignidade para com o oficialato e determinada a perda do posto e da patente. Unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, rejeitou a preliminar arguida pela Defesa do Maj Ex Marcus Vinícius Carreira Bentes, de incompetência do STM para julgar o processo oriundo do Conselho de Justificação, calcada na inconstitucionalidade e/ou não receptividade da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal; **por unanimidade**, rejeitou a segunda preliminar defensiva de nulidade do feito, em face da suposta revogação tácita da Lei nº 5.836, de 1972, pela Lei nº 9.784, de 1999, com repercussão na instauração e na tramitação do feito; **por unanimidade**, rejeitou a terceira preliminar defensiva, de nulidade do feito, baseada na inconsistência do fundamento para sua instauração, com base no inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72, bem como no tocante a constituir o CJ *bis in idem* imposto ao Justificante; **por unanimidade**, rejeitou a quarta

preliminar defensiva, de nulidade do feito, suscitada pela Defesa, embasada na violação à ampla defesa; **por unanimidade**, rejeitou a quinta preliminar defensiva, de prescrição do feito suscitada pelo Justificante; **por unanimidade**, rejeitou a sexta preliminar defensiva, de suspensão do processo de Conselho de Justificação. **No mérito, por unanimidade**, julgou procedente o Libelo Acusatório apresentado em desfavor do Maj Ex Marcus Vinícius Carreira Bentes, sobre o qual foi exarado o Despacho Decisório nº 062/2016, de 4/4/2016, pelo Exmo. Sr. Comandante do Exército, para considerar o nominado Oficial não justificado, conquanto culpado das imputações que lhe foram feitas, declarando-o indigno do Oficialato, determinando a perda de seu posto e de sua respectiva patente, na forma do art. 16, inciso I, segunda parte, c/c o art. 2º, inciso I, da Lei nº 5.836/72. O Ministro José Barroso Filho (Revisor) fará declaração de voto.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Cleonilson Nicácio Silva e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 91ª Sessão, 29/11/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de apreciação do Processo oriundo do Conselho de Justificação (CJ) nomeado pelo Exmo. Sr. Comandante do Exército, por intermédio da Portaria nº 827/RES, de 30.8.2013, em razão de prática de atos atribuídos ao Maj Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES, do Hospital Militar de Área de Campo Grande (HMilACG), à disposição da 9ª Região Militar, por evidenciar, em tese, procedimento incorreto no desempenho do cargo, porquanto fora atribuída ao ora Justificante conduta irregular, mormente diante da adoção de comportamento que afetou a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, os quais se encontram imbricados com a prática de atos libidinosos, por ocasião do exercício de suas funções de médico urologista, na citada Organização Militar de Saúde (fls. 4 e 23 – V. 1).

A sujeição do Maj Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES ao Conselho de Justificação em tela decorre dos fatos que embasaram sua condenação no âmbito da Justiça Castrense, a qual lhe fora imposta nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS, cujo trânsito em julgado operou-se em 2.4.2013, após a tramitação de sucessivos recursos, inclusive perante o STF.

Para a instrução dos autos, propiciando subsídios à tomada de decisão, foi procedida, inicialmente, a juntada dos seguintes documentos e feitos:

- cópia das Folhas de Alterações do Justificante, referentes ao período de 27.1.1992 a 31.12.2012 (Apenso 1);

- cópia do Encaminhamento nº 001 – Sub Dir, de 19.4.2007, do Diretor do Parque Regional de Manutenção da 9ª Região Militar, contendo Processo de Ética Médica instaurado no Hospital Militar de Área de Campo Grande, no tocante à conduta do referido Oficial médico (Apenso 8);

- cópia da Sindicância instaurada pelo Diretor do Hospital Militar de Área de Campo Grande, alusiva ao Oficial médico em evidência (Apenso 7);

- cópia dos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS (Apenso 4, 5 e 6);

- cópia do Ofício CRM/MS nº 1.037/2010, de 14.12.2010, contendo cópia do Processo Ético Profissional nº 46/07, instaurado no Conselho Regional de Medicina/MS, correspondente à conduta do médico em apreço (Apenso 9);

- cópia do Ofício nº 386/SEJUD/SEEXE, de 26.4.2013, o qual encaminhou a Certidão de trânsito em julgado, em 2.4.2013, referente à condenação imposta ao Oficial em questão nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS, após apreciação, inclusive, de Recurso Extraordinário subsequente (Nº 664.153), no STF (Apenso 2); e

- cópia dos quesitos do Conselho e da Defesa para a sujeição do Justificante à Junta de Inspeção de Saúde Especial (JISE), bem como as respostas apresentadas pelo médicos peritos e a respectiva Ata de Inspeção de Saúde (Apenso 10).

Ainda, constam dos autos os seguintes documentos:

- cópias das páginas 66 a 68 do Boletim Reservado Especial Nº 016, de 21.10.2013, do 1º Batalhão de Guardas, Rio de Janeiro/RJ, nas quais constam o Mandado de Prisão e as condições determinadas pelo Juízo Militar para o cumprimento da pena de prisão imposta ao Maj MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES, nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009, a qual transitara em julgado (fls. 592/594 – V. 3).

- DIEx Nº 002-Pres/JISE Rev, de 29.4.2015, do Presidente da Junta de Inspeção de Saúde Especial/Revisional, remetendo cópia de Ata de Inspeção de Saúde, relativa ao ora Justificante, dentre outros documentos correlacionados (fls. 1.400/1.412 – V. 8).

Cabe esclarecer que, ao ser instaurado o Conselho de Justificação em apreço, foi determinado o afastamento do Justificante de suas funções médicas (fls. 54/56 – V. 1).

O Justificante, em 3.9.2013, foi notificado a comparecer à sessão designada para a sua qualificação e o seu interrogatório, mediante o DIEx Nº 005 CJ/9ªRM, da Presidência do Conselho (fl. 23 – V. 1).

Cumprindo os ditames legais, o Conselho de Justificação, em 10.9.2013, na 1ª Ata de reunião, consignou restar assegurado ao Justificante o exercício de amplos direitos em prol de sua defesa, inclusive determinando o fornecimento do Libelo Acusatório, após a realização do ato de qualificação e de interrogatório (fls. 34/39 – V. 1).

Em 17.9.2013, o Cel EMIDIO SILVA DIAS, Presidente do Conselho de Justificação, dando cumprimento à deliberação do colegiado anteriormente mencionada, entregou à Defesa o documento que delineava os termos acusatórios (fls. 96/104 – V. 1).

O **Libelo Acusatório**, bastante detalhado sobre a forma do atendimento do Oficial médico em tela, lastreado no descumprimento de preceitos de ordem ética/moral, consignou os atos e os fatos a seguir discriminados relativos à conduta do ora Justificante (fls. 96/104 – V. 1):

(...)

2. Em face do Conselho de Justificação, nomeado com a Portaria Reservada do Comandante do Exército nº 827/RES, de 30 de agosto de 2013, EB: 64536.018582/2013-48. E atendendo ao que preceitua o Art. 9º da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, apresento-vos o seguinte Libelo Acusatório, segundo o qual vos são imputados os atos e fatos a seguir discriminados:

a. O Major Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES, ora JUSTIFICANTE, foi condenado no Acórdão nº 0000008.7.09.0009-MS, transitado em julgado, à pena de 1 (um) ano de detenção, como incurso no Art. 235, c/c o Art. 237, inciso II, e Art. 73, todos do CPM, convertida em prisão nos termos do Art. 59 do mesmo Codex, denegando a concessão do benefício do *sursis* em face de expressa vedação legal prevista no Art. 88, inciso II, alínea “b”, do CPM.

b. Conforme Acórdão contido na letra “a”, O JUSTIFICANTE, em tese, praticou as condutas a seguir descritas, as quais caracterizam a prática de atos libidinosos, quando do exercício de suas funções de médico urologista, no Hospital Militar de Área de Campo Grande (H Mil A CG), o JUSTIFICANTE, em tese, quando da consulta à Srª [SAV], suposta VÍTIMA, por volta das 09:00h do dia 17 de abril de 2007, no H Mil A CG, em razão de seu esposo, o então Sgt KÊNIO VIANA, ter agendado consulta com o JUSTIFICANTE por não ter conseguido agendar a mesma para o Dr. Bonfim, também urologista no H Mil A CG, e médico da suposta VÍTIMA à época dos fatos, a qual comparecera na retromencionada consulta para mostrar o resultado dos exames realizados anteriormente e que foram solicitados pelo próprio Dr. Bonfim:

1) o JUSTIFICANTE, em tese, chamou a suposta VÍTIMA para o interior do consultório para realizar o atendimento sem a presença de um acompanhante, seja da suposta VÍTIMA, seja do JUSTIFICANTE;

2) o JUSTIFICANTE, em tese, tomou conhecimento da própria suposta VÍTIMA que a mesma estava naquela consulta para mostrar o resul-

tado de exame, pedido pelo Dr. Bonfim, solicitando que a suposta VÍTIMA se deslocasse para o lado do JUSTIFICANTE (do outro lado da mesa); então, o JUSTIFICANTE, em tese, chegando a sua cadeira para a direita de sua mesa, permanecendo sentado e de pernas abertas, em tese, pediu que a suposta VÍTIMA se colocasse de pé a sua frente, virasse de costas para o JUSTIFICANTE, o qual, em tese, deu umas “pancadinhas” nas costas da suposta VÍTIMA;

3) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, pediu à suposta VÍTIMA que levantasse o vestido e abaixasse a calcinha, o que foi realizado; entretanto, o JUSTIFICANTE, em tese, abaixou a calcinha da suposta VÍTIMA um pouco mais (até a altura das coxas), começando a apalpar em cima da genitália;

4) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, se levantou rapidamente, ofegante, e sem pedir a suposta VÍTIMA que levantasse a calcinha e arriasse o vestido, trancou a porta (a suposta VÍTIMA relata que ela mesma se vestiu);

5) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, mandou a suposta VÍTIMA se deitar na maca, levantar o vestido e abaixar a calcinha, a qual abaixou um pouco para não mostrar a genitália, então o JUSTIFICANTE, em tese, abaixou a calcinha da suposta VÍTIMA até a altura do joelho, pediu que a VÍTIMA abrisse as pernas, deslizou uma de suas mãos entre a maca e as nádegas da VÍTIMA, e ao retirar sua mão a roçou na genitália da suposta VÍTIMA;

6) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, abriu a genitália da suposta VÍTIMA com as 2 (duas) mãos, ficando manipulando com todos os dedos por dentro e por fora a genitália da suposta VÍTIMA sem o uso de luvas;

7) a seguir, o JUSTIFICANTE, em tese, perguntou à suposta VÍTIMA se estava doendo e, recebendo um “sim” da suposta VÍTIMA, continuou manipulando a genitália da suposta VÍTIMA, dizendo-lhe que queria ver a sua uretra, colocou os 8 (oito) dedos na genitália da suposta VÍTIMA, alternadamente, mandando que a suposta VÍTIMA se colocasse de lado. Então, estando a suposta VÍTIMA com a sua frente voltada para o JUSTIFICANTE, este, em tese, continuou manipulando a genitália da suposta VÍTIMA, fazendo penetrações com os dedos, de forma ofegante, suando e com um sorriso nervoso no rosto, apesar do ar-condicionado ligado;

8) ato contínuo, o JUSTIFICANTE, em tese, mandou que a suposta VÍTIMA virasse de “bunda para cima”, segundo a suposta VÍTIMA, deslizou a sua mão entre a maca e a barriga da suposta VÍTIMA e voltou roçando seu corpo até a altura da genitália da suposta VÍTIMA; então o JUSTIFICANTE, em tese, abriu as nádegas da suposta VÍTIMA e continuou fazendo penetrações na genitália da suposta VÍTIMA, com movimentos de vai e vem com os dedos;

9) em seguida, o JUSTIFICANTE, em tese, tirou os dedos e foi rumo ao banheiro com os dedos “melecados” e voltados para cima, lavando as mãos, secando-as, cheirando os dedos e enxugando o suor da testa, excitado e com o volume na calça aumentado;

10) prosseguindo, o JUSTIFICANTE, em tese, voltou e sentou-se na cadeira de sua mesa, mas um pouco afastado desta, arrumando a sua genitália, ainda nervoso e meio ofegante;

11) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, perguntou se a suposta VÍTIMA era casada, se tinha filhos e como foi começar a vida sexual tão cedo [após saber da própria suposta VÍTIMA que fora mãe aos 16 (dezesseis) anos]; perguntou a suposta VÍTIMA se fazia sexo anal, começando a dar explicações sobre o assunto e dizendo, em tese, que “não estou dizendo [o JUSTIFICANTE] que você está tendo, mas quando for ter, não vai colocar o pênis na genitália”; e

12) finalizando, o JUSTIFICANTE, em tese, marcou novos exames para que a suposta VÍTIMA retornasse ao JUSTIFICANTE.

c. Ainda conforme consta no Acórdão contido na letra “a”, O JUSTIFICANTE foi submetido à Comissão de Ética Médica Especial, do H Mil A CG, quando aquele colegiado concluiu que o JUSTIFICANTE, ao não se utilizar, no atendimento à suposta VÍTIMA, dos meios recomendados pelo Código de Ética Médica e a boa prática de suas funções de urologista, sujeitou-se não só às acusações retromencionadas, como também expôs negativamente e de forma desnecessária, além de sua própria pessoa, o Corpo Clínico e o H Mil A CG, como a seguir descrito:

1) o JUSTIFICANTE procedeu ao atendimento da suposta VÍTIMA sem solicitar a presença de acompanhante da própria paciente ou de atendente do ambulatório, contrariando a recomendação CREMESP 01/88, consubstanciada pelo Art. 142, Cap XIV, do Código de Ética Médica;

2) o JUSTIFICANTE não utilizou lençol para cobrir a genitália da suposta VÍTIMA antes e após o exame físico especializado nem trancou a porta do consultório, expondo, assim, a suposta VÍTIMA ao risco de entrada intempestiva de outra pessoa no momento do exame, contrariando as recomendações contidas no Art. 63, Cap V, do Código de Ética Médica; e

3) o JUSTIFICANTE não utilizou luvas para realizar o exame físico da genitália da suposta VÍTIMA, sendo que o parecer da própria Comissão de Ética do H Mil A CG ressaltou especificamente que tal uso seria altamente recomendável durante o exame físico realizado.

d. Ressalta-se ainda, em tese, o não cumprimento de seu compromisso profissional ao final de sua graduação como médico, quando assumiu que: “Eu juro, por Apoio médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: [...] Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. [...] Conservarei imaculada minha vida e minha arte. [...] o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres [...] Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça” (Fonte: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em

31 jul. 2013 às 11:40h). Sua conduta feriu os princípios de Hipócrates, o que o tornou indigno pelo próprio grupo a que pertencia, tendo perdido seu registro profissional de médico, cassado pelo Conselho Regional de Medicina, ratificada pelo Conselho Federal de Medicina.

e. Também, conforme consta no retrocitado Acórdão do Conselho Federal de Medicina, o JUSTIFICANTE perdeu a condição de exercer a profissão de medicina, em razão de o Conselho Regional de Medicina ter cassado o seu Registro Funcional de médico, o que foi ratificado nos seguintes termos: “Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros do Pleno Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto pelo apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de ‘CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL’, prevista na letra ‘e’ do artigo 22 da Lei 3.268/57, por infração aos artigos 46, 55, 63 e 65 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88, DOU 26.1.1988), cujos fatos também estão previstos nos artigos 22, 30, 38 e 40 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.2009), nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator. Brasília, 10 de fevereiro de 2012 (data do julgamento). Assinam ROBERTO LUIZ D’ÁVILA – Presidente e CLÁUDIO BALDUÍNO SOUTO FRANZEN – Relator”.

f. Conforme consta nas folhas de alterações do JUSTIFICANTE, o JUSTIFICANTE, após ingressar nas fileiras do Exército Brasileiro mediante matrícula no Curso de Formação de Oficiais da Escola de Saúde do Exército, em 3 FEV 1992, prestou, em 24 NOV 1992, compromisso de honra, no qual afirmou a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares, manifestando a sua firme disposição de bem cumpri-los. Tal compromisso, prestado pelo JUSTIFICANTE, teve caráter solene sob a forma de juramento à Bandeira do Brasil na presença de tropa formada, conforme os seguintes dizeres proferidos pelo JUSTIFICANTE: “Perante a Bandeira do Brasil e pela minha honra, prometo cumprir os deveres de oficial do Exército Brasileiro e dedicar-me inteiramente ao serviço da Pátria”.

g. Ademais, em decorrência dos atos e fatos supramencionados, os quais são a seguir descritos, todos constantes do Acórdão referido na letra “a”, *de per se* são necessários e suficientes para atestar, em tese, perante a sociedade sulmatogrossense, em sentido estrito, e perante a sociedade brasileira em geral, em sentido amplo, a repercussão altamente negativa que esses atos e fatos causaram à imagem do Exército Brasileiro, Instituição permanente e secular:

1) Publicação de Edital de Punição Disciplinar, versando sobre Cassação do Exercício Profissional do JUSTIFICANTE, datado de 16 JUN 12, no Diário Oficial da União (DOU) nº 138, de 18 JUL 12, Seção 3, e em jornais de grande circulação;

2) o sítio da rede mundial de computadores (Internet) Montedo.com (<http://montedo.blogspot.com.br/2012/07/major-tem-registro-de-medico-cassado.html>) postou as seguintes chamadas: “MAJOR MÉDICO CONDE-

NADO POR ABUSO SEXUAL CUMPRE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. Médico acusado de abuso sexual só cumpre expediente administrativo no HG. O Comando Militar do Oeste, por meio de nota à imprensa, informou que o Major médico Marcus Vinícius Carreira Bentes que foi denunciado por uma paciente por sua conduta durante um exame ginecológico, está afastado desde 2007, quando surgiu a primeira denúncia contra ele. Segundo a nota, tão logo recebeu a denúncia, a direção do Hospital procedeu o afastamento do oficial de todas as suas atividades médicas e instaurou uma Comissão de Ética a fim de apurar todos os procedimentos do médico para com a paciente. A comissão instaurada apresentou um relatório que apontou como irregular a conduta do médico tanto do ponto de vista do Código de Ética Médica como pelas Normas Militares. O CMO também informou que foi instaurada uma sindicância no Hospital Geral que apontou que houve transgressão disciplinar por parte do militar e o mesmo foi punido com 10 (dez) dias de prisão. O oficial médico respondeu a processo na 9ª Circunscrição Judiciária Militar, quando foi absolvido em primeira instância, decisão recorrida por parte do Ministério Público Militar (MPM), o processo foi enviado ao Superior Tribunal Militar (STM) que o analisou e decidiu pela condenação, estipulando a pena em um ano de prisão. Em nota, o CMO ressaltou que Major Bentes sempre teve direito à ampla defesa, e que, diante disso, foi pedida a anulação do julgamento, recurso que ainda está em andamento e atualmente o processo está no STM aguardando o julgamento da nova apelação do Ministério Público Militar. Para o CMO, é preciso aguardar a conclusão do julgamento, para que providências eventualmente cabíveis sejam adotadas, uma vez que, atualmente, o major está afastado das funções médicas e exerce funções administrativas no Hospital Militar. Segundo a nota, ainda não há previsão de que a punição disciplinar aplicada ao oficial seja revista, pois o processo tramita na esfera judicial"; "STM CONDENA MAJOR-MÉDICO DO EXÉRCITO QUE ABUSAVA DE PACIENTES. Passados quase três anos desde a denúncia, a Procuradoria de Justiça Militar em Campo Grande/MS conseguiu que major-médico do Exército fosse condenado por abuso sexual cometido durante consulta médica. Em julgamento de apelação do MPM, ocorrido ontem (3), o Superior Tribunal Militar condenou o militar a um ano de detenção pela prática do crime de libidinagem, art. 235 do Código Penal Militar. O fato que gerou a denúncia, oferecida pelo MPM em 18 de junho de 2008, ocorreu em 2007, no Hospital Geral de Campo Grande - HGCG. Na época, o major atendeu a uma paciente com problemas renais que o procurara para entregar o resultado de exames solicitados por outro urologista. Ela afirma que o médico, após pedir-lhe para levantar o vestido para um exame, a tocou sem luvas. Relata ainda que ele estava ofegante e apresentava sinais de excitação. Sindicância aberta no HGCG considerou não haver provas consistentes para a abertura de inquérito, mas condenou o militar a 10 dias de prisão por conduta antiética ao realizar o exame sem acompanhante, por não ter utilizado lençol para cobrir a genitália da paciente e por não ter usado luvas para fazer o exame. Na denúncia, o MPM informava que o médico possuía um histórico de conduta antiética. Investigações revelaram que o militar já se envolvia em pelo menos seis casos de

abuso sexual. Alguns deles ocorreram quando o denunciado era o responsável pelos exames médicos para a utilização de piscina do Clube de Subtenentes e Sargentos de Lorena/SP. Há indícios que o major-médico aproveitava-se da situação para solicitar que jovens e adolescentes ficassem nuas para em seguida molestá-las. Todas as denúncias formuladas em Lorena foram tratadas como transgressões disciplinares e não foram abertos inquéritos para investigação. Outros relatos de abusos sexuais ocorreram quando o major esteve em Fortaleza/CE. Um deles supostamente praticado contra a esposa de um sargento e outro contra uma fisioterapeuta. Em ambos os casos, foi absolvido por falta de provas. O argumento da insuficiência de provas foi utilizado para absolver o médico nos episódios. “Em todas as ocasiões o acusado nega com veemência a sua participação e é levantada uma injusta suspeição sobre a moral das vítimas. Em se tratando de delito cuja prática dá-se entre quatro paredes e sem testemunhas, poderá o acusado molestar sexualmente centenas de vítimas e eternamente a justiça considerará as provas insuficientes?”, questionava o MPM na denúncia. Entretanto, o Conselho Especial de Justiça para o Exército da Auditoria da 9ª CJM, em 17 de novembro de 2008, absolveu o oficial sob a alegação de inexistência de prova. Ainda em novembro de 2008, o MPM apelou ao Superior Tribunal Militar argumentando, entre outras razões, que sete senhoras, que não se conheciam, narraram condutas de abuso sexual cometidas pelo oficial médico, e isso não poderia ser considerado insuficiência de provas. O STM, em julgamento realizado em 8 de outubro de 2009, por maioria de votos, acolhendo a manifestação do MPM, condenou o major-médico a um ano de detenção como incurso no crime previsto no art. 235 do Código Penal Militar. Contudo, sob o argumento de que não houve intimação do advogado para fazer sustentação oral, quando do julgamento da apelação, a defesa do militar opôs Embargos de Nulidade. Os Embargos foram admitidos, o julgamento anulado e determinado que outro fosse realizado, ocasião em que a defesa faria a manifestação oral. No novo julgamento, ocorrido ontem no STM, o recurso do MPM foi provido, por unanimidade, e o major-médico condenado a um ano de detenção, sem *sursis*, como incurso no art. 235 do Código Penal Militar, crime de pederastia. Cópias do Acórdão do STM serão encaminhadas ao comandante do Exército e ao Conselho Federal de Medicina para que adotem as providências que julgarem necessárias”; e “MAJOR MÉDICO CONDENADO PELO STM TINHA HISTÓRICO DE ABUSOS CONTRA ESPOSAS E FILHAS DE SARGENTOS. ABUSO 1 - O Superior Tribunal Militar (STM) condenou, nesta semana, major médico do Exército Marcus Vinícius Carreira Bentes a um ano de detenção por ter molestado sexualmente uma paciente do Hospital Geral de Campo Grande, em Mato Grosso do Sul. A condenação atendeu a pedido do Ministério Público Militar contra absolvição do major em primeira instância. O oficial foi enquadrado no crime de libidinagem (Art. 235 do Código Penal Militar), por ter pedido que a paciente com problemas renais levantasse o vestido para exame com toque de sua mão, sem luvas. Sindicância do hospital concluiu que não havia provas para abrir inquérito, mas o puniu por fazer o exame sem acompanhante e luvas. O militar tinha na ficha, porém, pelo menos outras seis acusações de abuso sexual contra pacientes.

Cópia da condenação será encaminhada ao Comando do Exército. ABUSO 2 - EXAME PARA PISCINA. Pesavam contra o militar acusações de jovens quando ele fazia exames médicos para a uso da piscina do Clube de Subtenentes e Sargentos da cidade paulista de Lorena. ABUSO 3 - SÓ TRANSGRESSÃO. As denúncias de Lorena foram tratadas como simples transgressões disciplinares, apesar de o acusado pedir que jovens filhas dos praças ficassem nuas para o exame. ABUSO 4 - ESPOSA DE SARGENTO. Havia contra o médico acusações de abuso quando ele serviu em Fortaleza, uma delas feita por esposa de sargento. Na capital, o major fora absolvido por falta de provas”;

3) o sítio da rede mundial de computadores (Internet) CAMPO GRANDE NEWS (www.campograndenews.com.br/cidades/capital/crm-cassa-o-registro-de-medico-do-exercito-por-abusar-das-pacientes) postou a seguinte chamada: “CRM cassa médico do Exército denunciado por abuso sexual. A denúncia por abuso foi feita por uma paciente do Hospital Geral de Campo Grande em 2007. Denunciado por abuso sexual, o médico do Exército, Marcus Vinícius Carreira Bentes, foi cassado pelo CRM-MS (Conselho Regional de Medicina). A cassação do exercício profissional já havia sido decidida em 2010, mas ele recorreu ao CFM (Conselho Federal de Medicina). No entanto, a decisão foi mantida pela instância federal. ‘Ele está afastado da medicina para sempre. É a punição mais grave’, afirma o advogado André Borges, assessor jurídico do CRM. Na punição, publicada nesta quarta-feira, consta que ‘comete infração ética o médico que desrespeita o pudor do paciente procedendo ao exame ginecológico sem o rigor técnico e com práticas libidinosas’. A denúncia por abuso foi feita por uma paciente do Hospital Geral de Campo Grande em 2007. A mulher denunciou que o médico urologista pediu que ela levantasse o vestido e tocou em seu órgão genital sem luvas. Segundo a paciente, ele apresentava sinais de excitação. A mulher foi ao local para entregar resultados de exames solicitados por um outro urologista. Até o ano passado, ele atendia em posto de saúde de Campo Grande. Em 2011, o médico, que é major do Exército, foi condenado pelo STM (Superior Tribunal Militar) a um ano de detenção. Como ele recorreu, a decisão ficou suspensa. Conforme a denúncia, o militar já se envolveu em pelo menos outros seis casos de abuso sexual. Os casos foram registrados em Lorena, interior de São Paulo, e em Fortaleza (Ceará). Em São Paulo, as denúncias foram tratadas como transgressões disciplinares e não foram abertos inquéritos para investigação. Em Fortaleza, ele foi absolvido por falta de provas”;

4) o sítio da rede mundial de computadores (Internet) <http://militaresbrasil.com.br> (<http://militaresbrasil.blogspot.com.br/2012/07/o-medico-que-e-major-do-exercito-em.html>) postou a seguinte notícia: “Médico de Campo Grande tem registro cassado pelo CRM após denúncia de abuso sexual. O CRM/MS (Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul) publicou nesta quarta-feira (18) o edital de punição disciplinar – cassação do exercício profissional do médico Marcus Vinícius Carreira Bentes (CRM/MS 3036), condenado por abuso. O médico teve o registro cassado por ter cometido infração ética, desrespeitando o pudor

do paciente procedendo exame ginecológico sem o rigor técnico e com prática libidinosa. A pena segue a alínea 'e' do artigo 22 da Lei 3268/57. Bentes, que é major do Exército, foi condenado a um ano de detenção, mas a defesa recorreu e aguarda julgamento. Caso. O médico, que é major do Exército, foi cassado por ter abusado sexualmente de uma paciente durante uma consulta no Hospital Geral de Campo Grande/ Hospital Militar. Especialista em urologista (sic), o médico é major do Exército e atendia no HG, local onde durante uma consulta teria abusado sexualmente da paciente."

3. Dessa forma, em função dos fatos supracitados, com fulcro no que estabelece a Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, Art. 2º, inciso IV, é imputada a Vossa Senhoria conduta delituosa contida no Acórdão nº 0000008.7.09.0009-MS (sic) por crime de natureza dolosa, com trânsito em julgado e não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, pelo Superior Tribunal Militar (STM), à pena restritiva de liberdade individual de 1 (um) ano de detenção, como incurso no Art. 235, c/c Art. 237, inciso II, e Art. 73, tudo do CPM, convertida em prisão nos termos do Art. 59 do mesmo "Codex", com a agravante de ser oficial superior que desempenhava a função de médico militar, na especialidade de urologia, no Hospital Militar de Área de Campo Grande, **ferindo, em tese**, os valores, os deveres e a ética militar consubstanciada e prescritos no Art. 14, *caput* e parágrafos 2º e 3º, no Art. 27, *caput* e incisos I, II, III, IV, V e VI, no Art. 28, *caput* e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI e XIX, no Art. 31, *caput* e incisos I, III, IV e V, nos Art. 32 e 33, e no Art. 43, *caput* e parágrafo único, tudo da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) (...)"

Acompanhando o Libelo Acusatório, foi apresentado o rol de testemunhas que seriam inquiridas (fl. 104 - V. 1).

O Justificante, ao ser qualificado e interrogado, invocando o direito ao silêncio, não respondeu à quase totalidade das perguntas formuladas pelos integrantes do CJ, no tocante aos fatos relativos ao atendimento médico à Sra. SGAV no episódio em foco. Todavia, dando ensejo ao exercício da autodefesa, respondeu às perguntas feitas por seu advogado, naquela assentada, cujo trecho das declarações transcrevo (fls. 72/87 – V. 1):

(...) **perguntado** se o H Mil A CG fornecia enfermeiros em número suficiente para acompanhar as consultas dos urologistas, **respondeu** que não; **perguntado** se na função de urologista se atende mulheres, **respondeu** que sim; **perguntado** se a sala de atendimento do H Mil A CG era adequado para atender mulheres, **respondeu** que não; **perguntado** quantos pacientes o Justificante atendia por dia no H Mil A CG, **respondeu** que a agenda era composta por 16 (dezesesseis) consultas, fora os encaixes; **perguntado** quantos dias na semana era este atendimento, **respondeu** que eram 3 (três) dias de ambulatório, 1 (um) dia de Centro cirúrgico (grandes cirurgias) e 1 (um) dia de pequenas cirurgias, na sala de pequenas cirurgias; **perguntado** se o urologista é obrigado a fazer exames que causam desconforto ao paciente e, caso positivo, quais, **respondeu**

que sim, existem exames que são desconfortáveis, e citou exame de toque retal para avaliação da próstata masculina, uretroscopia masculina e feminina e cistoscopia masculina e feminina; **perguntado** se este toque e exames são extremamente necessários para constatar caroços ou doenças, **respondeu** que são extremamente necessários, pois podem definir a vida ou a morte de alguém, pois quando (sic) mais cedo o diagnóstico for feito, maior é a probabilidade de se salvar cirurgicamente o paciente; (...) **perguntado** se o Justificante, como urologista, com estes toques e exames, evitou ou, pelo menos, amenizou o sofrimento de pacientes com câncer de próstata, **respondeu** que sim, vários pacientes foram salvos e/ou amenizados da dor, não só de câncer de próstata, mas como também câncer de rins, ureteres, bexiga, testículos e uretra e é o que mais lhe dá satisfação, que não é financeira, receber um abraço, um muito obrigado Doutor, o Sr. salvou a minha vida; **perguntado** se a suposta VÍTIMA adentrou o consultório do Justificante reclamando de alguma coisa, em relação ao H Mil A CG, acerca de encaixes e marcação de consulta, explique, **respondeu** que sim. Houve encaixe de 2 (dois) pacientes que, na época, apresentavam câncer de próstata e que tinham por objetivo obter novo receituário para medicamento injetável para câncer de próstata; **perguntado** se a suposta VÍTIMA reclamou da demora na remarcação da consulta, **respondeu** que não tem certeza, mas acha que sim; **perguntado** porque o Justificante atendeu a suposta VÍTIMA, **respondeu** que devido à falta de vagas para o Dr. Bonfim, o outro urologista, pois o mesmo foi licenciado; **perguntado** se a suposta VÍTIMA e seu companheiro ingressaram na Justiça solicitando indenização acerca desta consulta, **respondeu** que sim. Logo após ter tido o resultado na Auditoria da Justiça Militar na 1ª instância (9ª CJM) – a suposta VÍTIMA e o cônjuge, que era sargento de carreira (pediu baixa do EB), entraram contra a União e o Justificante pedindo a indenização de R\$ 800.000,00, tendo sido deferido tutela, desde a época até a presente data, de R\$ 1000,00 por mês, sendo indenizados R\$ 500,00 pela União e R\$ 500,00 pelo Justificante; **perguntado** quem chamou a imprensa e quem fez escândalo, obrigando o advogado de defesa a pedir segredo de Justiça no processo e direito de resposta na mídia, **respondeu** que a advogada da suposta VÍTIMA chamou a imprensa e quem fez escândalo foi a suposta VÍTIMA no dia do julgamento e absolvição (1ª Instância), tendo sido absolvido com voto de absolvição pela juíza togada Drª SAFIRA. (...).

Posteriormente, em 23.9.2013, foi apresentada manifestação defensiva, a qual se denominou de “Razões Prévias de Defesa” do Justificante (fls. 114/129 – V. 1).

Naquele documento, com supedâneo no exercício efetivo da ampla defesa e sob os parâmetros do contraditório, foi requerido, sumariamente, o arquivamento do presente Conselho por suposta inobservância ao devido processo legal e por hipotético cerceamento de defesa, de acordo com o conjunto de preliminares suscitadas, as quais se referiam à:

1) revogação tácita da Lei nº 5.836, de 5.12.1972, pela Lei nº 9.784, de 29.1.1999;

2) inconstitucionalidade da Lei nº 5.836/72 e/ou sua não receptividade pela Constituição Federal;

3) incompatibilidade da instauração do presente Conselho com o inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72;

4) nulidade relacionada à ausência de um fato gerador objetivo para instauração do Conselho;

5) nulidade relacionada à acusação extremamente subjetiva;

6) análise da vitimologia e da conduta da paciente;

7) solicitação de gravação das audiências e sessões do Conselho; e

8) a realização de perguntas diretas pelo advogado da Defesa.

Ainda, subsidiariamente, sob aspectos relativos ao princípio da eventualidade, a Defesa pugnou pela suspensão dos trabalhos do Conselho até que a Administração Militar promovesse a garantia da ampla defesa e os meios a ela inerentes. Também, requereu a desclassificação da conduta imputada ao Justificante para transgressão disciplinar, realizando-se a detração de punição imposta pelo Diretor do Hospital Militar e já cumprida (10 dias de prisão disciplinar). Por fim, requereu a concessão de sustentação oral, com prazo razoável ao advogado de Defesa, bem como a produção de novas provas durante a fase instrutória, reservando-se no direito de apresentar Alegações Finais após a fase da instrução processual (fls. 114/129 - V. 1).

Em Ata da 6ª Sessão, o Conselho indeferiu todas as preliminares outrora requeridas pela Defesa, bem como boa parte dos pedidos formulados, excetuando-se, contudo, aqueles que diziam respeito à sustentação oral, à produção de provas e à apresentação das alegações finais, os quais, a rigor, correspondem à regularidade da instrução processual. Todavia, relegou, para momento oportuno, a apreciação de questões relativas ao mérito do procedimento em contexto (fls. 208/271 – V. 2).

A Defesa não arrolou testemunhas, cujas inquirições, conforme seu interesse, seriam procedidas neste feito, consoante restou destacado no Relatório produzido pelo Conselho (fl. 1.766 – V. 9).

A ofendida pela conduta perpetrada pelo ora Justificante, à época, foi inquirida, bem como seu marido. Segue a síntese de suas declarações:

- A Sra SGAV na qualidade de ofendida (fls. 414/419– V. 3). Restringiu-se a declarar sobre o fato ocorrido em 17.4.2007, descrito no Libelo Acusatório, afirmando: que estava sozinha no consultório; que deu ciência ao Justificante de que fora à consulta tão somente para mostrar resultados de exames solicitados pelo seu urologista (Dr. Bonfim – recém-licenciado do Exército naquele momento); que o Justificante passou a examiná-la apalpando-a em cima da genitália; que percebeu que o mesmo não tinha calçado as luvas; observou que após cheirar as pontas dos dedos retirou-se e foi até o banheiro; percebeu que

o Justificante continuava mexendo na calça com uma mão enquanto escrevia com a outra, apresentando-se ofegante e suado; que seu cônjuge, ao término daquela consulta, a encontrou sentada no meio-fio, chorando, ainda no interior do Hospital; que seu marido fez um relato preliminar ao S Cmt; e que procurou uma advogada, a qual lhe instruiu buscar a Delegacia da Mulher, sendo orientada a realizar um exame de corpo de delito no IML.

- O Sr. Kênio Viana, cônjuge da vítima (fls. 425/429 – V. 3), declarou que, na ocasião dos fatos, encontrou sua cônjuge sentada no meio-fio chorando; retornou ao Hospital para certificar com a recepcionista se a sua mulher tinha sido submetida a um exame com um urologista ou com um ginecologista; perguntou, na época, se era costume tais exames serem feitos na sala de atendimento urológico, recebendo resposta negativa; relatou o fato ao seu então Comandante (Cmt), o qual o levou até a sala do Cmt do HGeCG (Hospital Geral de Campo Grande); resolveu procurar um advogado particular que o auxiliasse na questão; e salientou que, naquela época, por diversas vezes, foi afrontado pelo advogado do ora Justificante.

Ainda, foram inquiridas as demais testemunhas relacionadas pelo Conselho (fl. 104 – V.1), cuja síntese de suas declarações seguem apresentadas:

- Cel Roosevelt Louback de Carvalho (fls. 548/558 – V. 3) – integrou a Comissão de Ética Médica Especial, formada no HGeCG, a qual apreciou a conduta perpetrada pelo então Maj Marcus Vinícius Carreira Bentes, à época dos fatos, com esteio na Parte apresentada pelo então 2º Sgt Kênio Viana, marido da suposta vítima. Em síntese, reafirmou a conclusão apresentada pela Comissão, a qual integrou, no sentido de atribuir à conduta imputada ao Justificante o potencial de violar o Código de Ética Médica, bem como a boa prática médica, em especial quanto ao fato de proceder a exames sem uso de luvas. Dessa forma, declarou ter o Justificante exposto negativamente a si próprio, o Corpo Clínico do HGeCG e a sua Administração. Inclusive, comentou sobre o mal estar produzido na Direção daquela OM de saúde, em face de pressão a que se sujeitara, pois se esperavam uma imediata apuração dos fatos e a adoção das eventuais medidas de cunho coercitivo.

- TC Sérgio Goya (fls. 563/570 – V. 3) – integrou a retromencionada Comissão de Ética Médica Especial, formada no HGeCG. Confirmou a repercussão negativa dos fatos perante a sociedade local, a qual reverberou na imagem dos integrantes do Corpo Clínico do Hospital em contexto. Ainda, em síntese, comentou sobre a conduta do ora Justificante ter marcadamente desconsiderado recomendações da Direção da OM de Saúde envolvida, afastando-se da boa prática médica esculpida, sobretudo, no Código de Ética Médica.

- TC Alexandre de Castro Costa (fls. 581/590 – V. 3) – compôs a prefallada Comissão de Ética Médica Especial, formada no HGeCG. mencionou que a veiculação dos fatos na mídia, à época, trouxe repercussão negativa ao Hospital, o qual, todavia, teve sua credibilidade restaurada com o passar do tempo.

Em suma, afirmou que, na consulta em apreço, a falta de emprego das recomendações alusivas ao Código de Ética Médica, as quais afetaram a boa prática da medicina, trouxeram reflexos negativos à imagem do ora Justificante, do Corpo Clínico do Hospital e de sua direção.

- TC Eduardo José Martins do Amaral (fls. 698/704 – V. 4) – participou da mencionada Comissão de Ética Médica Especial, formada no HGeCG. Confirmou anuir com as conclusões da citada Comissão, haja vista que o episódio em contexto, em síntese, além de refletir na consecução de exames desnecessários, na sua visão, representou injustificável violação aos preceitos de ética médica, malferindo a boa prática da medicina. E, nesse diapasão, complementou terem os fatos, negativamente, desembocado em reflexos à imagem do Corpo Clínico do Hospital.

- Cel José Adacyr Simm (fls. 736/742 – V. 4) – integrou a referida Comissão de Ética Médica Especial, formada no HGeCG. Afirmou que, atendido o critério técnico, o especialista pode entender cabível a realização de exame físico em paciente no interregno de consulta, para firmar ou confirmar diagnóstico. Todavia, nesse caso, incondicionalmente, deverá seguir as normas da boa prática médica, com a utilização de material adequado ao procedimento (lençol, luvas etc.), e observar os aspectos éticos, protegendo o pudor da paciente, inclusive solicitando a presença de acompanhante. No entanto, em suma, complementou ter o episódio em tela configurado infringência aos preceitos inerentes à ética médica, expondo, negativamente, a imagem do ora Justificante, bem como do Corpo Clínico do Hospital, conjuntamente com a sua Administração.

- Cel Alexandre Alfredo Silva (fls. 755/757 – V. 4) – disse que o então Diretor do HGeCG o nomeou sindicante, à época, para apurar os fatos em relevo. Sobre a narrativa do episódio em tela, reportou-se ao teor do relatório elaborado pela Comissão de Ética Médica do HGeCG, haja vista a sua fidedignidade. Afirmou que o relato da referida Comissão, assim como outros documentos juntados à sindicância outrora realizada, contribuíram para a feitura de seu relatório final.

Os advogados Drs. Marcus Vinicius Lima Chaves e Marlon Ricardo Lima Chaves, por razões de foro íntimo, inconformados com a nomeação de um Oficial da ativa do Exército para defender o Justificante, na ausência dos defensores constituídos, e por falta de pagamento de honorários, renunciaram ao mandato procuratório outrora conferido (fls. 668 e 691 – V. 4). Posteriormente, sob semelhante justificativa, o Dr. Evaldo Corrêa Chaves renunciou ao mandato que lhe fora outorgado (fl. 1.179 – V. 6).

Por motivo de transferência, *ex officio*, para a reserva remunerada em 22.8.2014, o Cel Art Emídio Silva Dias foi substituído, na Presidência do presente Conselho de Justificação, pelo Cel Inf Carlos Alberto Franco de Mello, conforme Despacho do Comandante do Exército e Portaria correspondente (fls. 1.050 e 1.140/1.145 – V. 6).

Em razão da movimentação do TC Cav Marco Aurélio Gonçalves Valério para o 1º RC Mec, em Itaqui/RS, foi solicitada a sua substituição nas funções de escrivão no presente Conselho. Assim, foi procedida a prefalada substituição recaindo o encargo sobre o TC Inf karlan Maduro de Mesquita (fls. 1.316/1.317, 1.319/1.322 e 1.336/1.338 – V. 7).

Os autos estão instruídos com notícias veiculadas em sites jornalísticos dando a tônica da repercussão dos fatos em apreço e de seus desdobramentos, à época, no meio social castrense e perante a comunidade médica. Certamente, essa motivação serviu, também, de suporte para a instauração do presente Conselho (fls. 1.212/1.273 – V. 7).

A Defesa protocolou requerimento, o qual diz respeito à instauração de Incidente de “Insanidade Mental Parcial” do Justificante, cujo desiderato seria a adoção de medidas pertinentes quanto à verificação do estado de saúde daquele Oficial (fls. 885/886 – V. 5). Assim, ele foi submetido a sucessivas inspeções de saúde, com vistas a responder, sobretudo, aos quesitos entendidos pertinentes aos interesses da Defesa, bem como aqueles que cuidavam de esclarecimentos ao Conselho (fls. 911/913 e 920/921 – V. 5).

Ademais, a Defesa apresentou impugnação ao Laudo de Inspeção de Saúde para fins de verificação de insanidade física e mental, questionando, sobretudo, a conclusão apresentada, bem como a especialidade dos integrantes de diferentes Juntas médicas, por ausência de psiquiatra (fls. 992/994 – V. 5).

Foram elaborados os correspondentes laudos da Junta de Inspeção de Saúde Especial (JISE) e da Junta de Inspeção de Saúde Regional (JISR/9ª RM), os quais davam o ora Justificante, respectiva e sequencialmente, como “apto para o serviço do Exército” (Ata nº 01/2014, de 7.5.2014 - fl. sem nº Apenso 10), “incapaz temporariamente para o serviço do Exército por 90 dias” (Ata nº 261/2014, de 1º.10.2014 – fl. 1515 – V. 8) e “incapaz definitivamente para o serviço do Exército. Não é inválido” (Ata nº 295/2014, de 26.11.2014 – fl. 1517 – V. 8 [outras referências: fls. 952 e 980 – V. 5, 1.030- V. 6]).

Posteriormente, em Inspeção de Saúde em Grau Revisional (ISGR) determinada pelo Exmo. Sr. Comandante do Exército (fls. 1.343/1.345 – V. 7), em atenção aos quesitos apresentados pelo Conselho (fls. 1.368/1.369 e 1.372/1.373 – V. 7), enquanto inexistentes aqueles de interesse da Defesa (fls. 1.370/1.371 – V. 7), a conclusão exposta pelos médicos integrantes da JISE/Rev (Junta de Inspeção de Saúde Especial – Revisional), em 29.4.2015, foi a de enquadrar-se o Justificante na situação de “Apto para o Serviço do Exército”, indicando a sua plena capacidade física e mental (Ata de Inspeção de Saúde Nº 01/2015, de 29.4.2015 e respectivo Laudo - fls. 1.400/1.412 – V. 8).

A Defesa apresentou “Alegações Finais”, nas quais, sinteticamente, pugnou pelo arquivamento do Processo, diante da ausência de tipicidade relativa à instauração do presente feito. Ainda, requereu a juntada dos laudos médicos atestando a necessidade de continuidade de tratamento médico especia-

lizado do Justificante. Inclusive, no afã de demonstrar a desnecessidade de aplicação de qualquer penalidade, argumentou encontrar-se o oficial em apreço, na ocasião dos fatos, desprovido de segurança e de equilíbrio mentais. Por fim, requereu fosse “julgado improcedente o perseguição perante o presente Conselho de Justificação”, por não se encontrarem configuradas as hipóteses do art. 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836/72, sob a alegação de inexistência de crime de natureza dolosa praticado pelo Justificante, o qual teria o potencial de afrontar a segurança do Estado (fls. 1.511/1.568 - V. 8).

Uma vez finalizada a instrução procedimental, o Conselho de Justificação, em deliberação unânime, à vista do conteúdo probatório colacionado, conforme consignado no Relatório elaborado, **considerou o Justificante culpado** das acusações que lhe foram imputadas no Libelo Acusatório, concluindo ser **incapaz de permanecer na ativa, em caráter definitivo**, conforme estabelece o art. 12, § 1º, alínea “c”, da Lei nº 5.836, de 5.12.1972 (fls. 1.689/1.778 – V. 9).

Por derradeiro, o Despacho Decisório nº 062/2016, de 4.4.2016, da lavra do Exmo. Sr. Comandante do Exército, em concordância com o julgamento realizado pelo Conselho de Justificação, decidiu ser o Maj Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES incapaz de permanecer nas fileiras do EB, nos termos do art. 12, § 1º, alínea “c”, da Lei nº 5.836/72. Por conseguinte, determinou a remessa dos autos do presente feito ao Superior Tribunal Militar, em conformidade com o prescrito no art. 13, *caput*, e inciso V, alínea “b”, da Lei nº 5.836/72 (fls. 1.784/1.789 - V. 9).

Este Relator, em Despacho de 9.5.2016, na forma do art. 158 do RISTM, determinou vistas ao Justificante para se manifestar sobre os fatos que lhe foram imputados no presente feito (fls. 1.794/1.795 - V. 9).

O advogado do Justificante apresentou Defesa Escrita, reiterando as razões expendidas em Defesa Prévia (fls. 114/129 – V. 1), na qual, sob a tônica preambular, foi requerida a incompetência do STM para o julgamento do CJ, a nulidade do feito por revogação tácita da Lei nº 5.836/72, a nulidade do Processo calcada na inconsistência do fundamento apresentado para sua instauração e a nulidade por violação ao Princípio da Ampla Defesa. Também, requereu, em sede preliminar, a declaração da prescrição relativa aos fatos em contexto, bem como a suspensão do processo até solução de questão prejudicial, a saber, o julgamento de Processo na Justiça Federal de Mato Grosso do Sul, no qual se discute a conclusão da Junta Médica revisional que considerou o Maj BENTES apto para o Serviço Militar, embora, na ótica defensiva, encontre-se com a sua saúde mental fragilizada. No mérito, postula o arquivamento do feito, considerando o Oficial justificado e, alternativamente, pugna-se pela reforma, nos termos do inciso II do art. 16 da Lei nº 5.836/72 (fls. 1.811/1.826 – V. 10).

A seu turno, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida, opinou

pela rejeição das preliminares arguidas, em face de suas inconsistências. No mérito, manifestou-se por considerar o Justificante culpado

(...) de procedimento incorreto no desempenho do cargo, de ter tido conduta irregular e da prática de atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, declarando-o incompatível com o oficialato, com a consequente perda do posto e patente, de acordo com o art. 16, I, segunda parte, c/c art. 2º, I, da Lei 5.836/1972 (fls. 1.946/1.961 – V. 10).

O Ministro-Revisor teve vista dos autos (fl. 1.963 – V. 10).

A Defesa foi intimada da inclusão do feito em mesa para julgamento (fls. 1.965/1.966 – V. 10).

É o Relatório.

VOTO

Em cumprimento ao prescrito no art. 13, *caput*, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 5.836, de 5.12.1972, o Exmo. Sr. Comandante do Exército encaminhou o presente Processo oriundo do Conselho de Justificação (CJ), ao qual se submetera o Maj Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES, para que, na forma do art. 14 da referida Lei, o STM o julgue.

O feito em apreço atende aos requisitos de admissibilidade.

O causídico, em manifestação de fls. 1.811/1.826, oportunizada na forma do art. 158 do RISTM, reportou-se, em caráter de reiteração, às razões que, sob o título de “Razões Prévias de Defesa”, foram acostadas às fls. 114/129 (V. 1). Nelas abordou diversos temas com caracteres de preliminares, conquanto retrataram, em resumo, pleitos de arquivamento do feito, de suspensão do processo ou de desclassificação da conduta para entendê-la punível apenas no âmbito administrativo disciplinar.

Em essência, para bem esclarecer, as preliminares arguidas naquela oportunidade, e que ora retornam, foram rechaçadas em deliberação do Conselho de Justificação. Excetuaram-se, contudo, aqueles pleitos que diziam respeito à sustentação oral, à produção de provas e à apresentação das alegações finais, os quais, a rigor, corresponderiam à regularidade da instrução processual de observância irrestrita. Outras pretensões constantes daquela peça defensiva foram relegadas à oportuna apreciação pelo Colegiado, conquanto corresponderiam ao mérito do procedimento em contexto (CJ) (fls. 208/271 – V.2).

À evidência, embora se trate de revolvimento de questões já deliberadas e não acolhidas no âmbito administrativo, torna-se cabível novamente sua análise tendo por foco proporcionar a benfazeja e necessária amplitude defensiva.

Em face dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, este Relator trará a julgamento as 6 (seis) preliminares.

Dessa forma, os temas preliminares passarão a ser tratados a seguir.

1ª PRELIMINAR

Incompetência do STM para apreciar o Conselho de Justificação, aduzindo a inconstitucionalidade e/ou não receptividade da Lei nº 5.836, de 1972, pela Constituição Federal

A Defesa sustentou inexistir disposição constitucional que estabeleça a competência do STM para o julgamento do processo oriundo do CJ, haja vista estar esta Corte voltada unicamente para o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei, consoante estabelece o art. 124 da Constituição Federal.

Nessa quadra, aduziu a incompetência do STM para julgamento do CJ, diante da potencial inconstitucionalidade e/ou não receptividade da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal.

À evidência, o art. 124 da CF traduz a peculiar natureza de caráter criminal desta Justiça Especializada. Embora seja esta a sua vocação natural, há normativos, os quais incorporam o ordenamento jurídico pátrio, que conferem especificamente ao STM, no aspecto competencial, outras espécies processuais que exigem a sua atuação. Nesse sentido, pode-se elencar: o RISTM, a Lei nº 5.836, de 5.12.1972, e a Lei nº 8.457, de 4.9.1992 (LOJM).

No tocante ao processo oriundo do CJ, vale dizer que, uma vez encerrada a fase administrativa conduzida perante a Força Armada, pelo Conselho instituído, o Comandante (autoridade instauradora do procedimento), caso reconheça a procedência do conteúdo do Libelo Acusatório, após toda a instrução procedimental realizada, encaminha o feito ao STM, com vistas à consecução da fase judicial correspondente.

Diferentemente do que aduz a Defesa, o STM é o único tribunal militar de caráter permanente, instituído constitucionalmente, ao qual, consoante entendimento consolidado, atende à disposição contida no art. 142, § 3º, inciso VI, da Carta Fundamental. Nessa quadra, resta estabelecido para este Tribunal o *munus* de apreciar, em caráter terminativo, a questão relativa à perda do posto e da patente de Oficial das Forças Armadas em razão de sua eventual indignidade ou incompatibilidade, consoante o teor do Libelo Acusatório apresentado, a partir do confronto com o conteúdo probatório.

Por conseguinte, amoldando o aspecto competencial a respeito da matéria, encontram-se alinhados os ditames estabelecidos no art. 13, inciso V, e no art. 14, ambos da Lei nº 5.836, de 1972, a qual dispõe sobre o CJ e dá outras providências, porquanto determina, em síntese, competir ao STM o julgamento do processo oriundo do CJ. Por fim, com idêntico propósito encontra-se o disposto no art. 6º, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 8.457, de 1992 (LOJM), haja vista a referida Lei organizar a Justiça Militar da União (JMU) e regular o funcionamento de seus órgãos.

Com efeito, o singelo argumento de ser a Lei nº 5.836/72 anterior à Carta Magna não serve para sustentar a incompatibilidade ou a não receptividade da referida norma (ou parte dela) pelo texto constitucional. Inclusive, esta tem sido a compreensão consolidada, de longa data, nesta Corte, conforme se vê nos precedentes abaixo colacionados, os quais reafirmam haver perfeita consonância da referida Lei com a CF. Nesse sentido, relaciono as seguintes Ementas:

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES. ARGUIÇÃO “INCIDENTER TANTUM” DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI NÚMERO 5.836/72. INEXISTÊNCIA. LEI RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO VIGENTE. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO STM PARA APRECIAR A MATÉRIA. INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA DA ALEGADA NULIDADE. AO JUSTIFICANTE FORAM ASSEGURADOS TODOS OS MEIOS DE PROVA E DEFESA PREVISTOS NA LEI NÚMERO 5.836/72, NA VIA ADMINISTRATIVA, E SE O JUSTIFICANTE MAIS NÃO PLEITEOU FOI PORQUE ASSIM NÃO DESEJOU. NESTE TRIBUNAL A DEFESA SE FEZ COM A AMPLITUDE PREVISTA NA LEI E NO REGIMENTO INTERNO DA CORTE. NULIDADE DA DECISÃO DO MINISTRO DA FORÇA PELO NÃO CUMPRIMENTO DO PRAZO DO ARTIGO 13, DA LEI NÚMERO 5.836/72. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. A DEMORA NA TOMADA DE DECISÃO PELO MINISTRO DA FORÇA NÃO GERA NULIDADE E QUANDO MUITO PODERÁ PROPICIAR A PRESCRIÇÃO DE ALGUNS FATOS CONSTANTES DO LIBELO ACUSATÓRIO. PRESCRIÇÃO DE ITENS DO LIBELO. (destaquei).

(STM. Conselho de Justificação nº 1994.01.000158-2 UF: DF. Relator para o Acórdão Ministro Dr. Antônio Carlos de Seixas Telles. Julg.: 7.3.1995. Public.: 28.8.1995).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. Oficial do Exército julgado, em Conselho de Justificação, culpado de incorreção no desempenho do cargo, conduta irregular e prática de atos atentatórios ao pundonor militar e ao decoro da classe.

Arguição de preliminares. No sistema constitucional, a Justiça Militar tem uma competência privativa que não lhe pode ser sonegada: processar e julgar os crimes militares. Essa competência pode, contudo, ser estendida a outros casos, como prevê o parágrafo único do art. 124 da Carta Magna, que expressamente remete à lei ordinária a regulamentação da organização, funcionamento e competência da Justiça Militar. O inciso VII do § 3º do art. 142 da Constituição não restringe as hipóteses de julgamento pelo Superior Tribunal Militar de indignidade ou incompatibilidade com o Oficialato, somente impõe sua obrigatoriedade nos casos de Oficiais condenados a pena privativa de liberdade superior a dois anos. Imperativo o reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos das Leis nºs 5.836/72 e 8.457/92, que atribuem competência ao STM para julgar as decisões dos Conselhos de Justificação. Não se conhece de preliminar que visa a suspensão do processo, se o próprio Justificante postu-

lou, e obteve, via “mandamus”, o prosseguimento do feito. A relação de afinidade, estritamente definida na lei, não se estende a concunhados, nem há considerar-se “acusador” Oficial que autentica Boletim Interno que publicou nota de punição do Justificante subscrita por outro Oficial. Alegações de cerceamento de defesa e inexistência do devido processo legal na aplicação de punições disciplinares não dizem respeito ao Conselho de Justificação. O Libelo Acusatório, no Conselho de Justificação, corresponde à “indiciação do servidor” no processo disciplinar da Lei nº 8.112/90. Resta descaracterizado o alegado cerceamento da defesa no Conselho de Justificação se o Justificante, presente em todas as sessões na forma da Lei nº 5.836/72, toma conhecimento das acusações na primeira sessão, recebe o Libelo Acusatório no momento processual adequado e é assistido por defesa técnica, cumprindo-se integralmente o rito previsto na lei. Preliminares da Defesa que se rejeitam ou não se conhecem. No mérito, fatos e circunstâncias apontam para um quadro de repetidas agressões aos preceitos da ética e aos deveres militares, estatuídos na Lei nº 6.680/80, e revelam a incompatibilidade do Justificante com as exigências ínsitas à condição de Oficial das Forças Armadas. Reconhecida a incompatibilidade com o oficialato, impõe-se a perda do posto e da patente, “ex vi” do art. 16 da Lei nº 5.836/72 e do inciso VI do § 3º do art. 142 da Constituição, e não apenas a reforma do oficial. Julga-se, por unanimidade, o Justificante culpado, e, por maioria, declara-se a incompatibilidade com o oficialato, determinando-se a perda do seu posto e patente. (sublinhei).

(STM. Conselho de Justificação nº 1997.02.000168-0/MS. Relator Ministro Alte Esq José Julio Pedrosa. Julg.: 3.3.1998. Public.: 20.5.1998).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DE PRELIMINAR. PERDA DO POSTO E PATENTE.

A Justiça Federal tem jurisdição sobre as causas em que a União for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, e assim sobre os atos administrativos emanados das autoridades militares. Entretanto, tal jurisdição não se estende ao Conselho de Justificação, enquanto procedimento instrutório de feito cujo julgamento é da competência exclusiva do Superior Tribunal Militar, conforme dispõe o art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal, art. 6º, inciso II, alínea “f” da Lei nº 8.457/92 e art. 14 da Lei nº 5.836/72. Preliminar da defesa não conhecida. Os autos revelam que o militar manteve conduta irregular e praticou atos atentatórios ao pundonor militar e ao decoro da classe. Justificante considerado culpado e declarado indigno do oficialato, determinando-se a perda do posto e patente. Unânime. (grifos nossos).

(STM. Conselho de Justificação nº 1996.01.000167-1/DF. Relator Ministro Alte Esq José Julio Pedrosa. Julg.: 9.12.1999. Public.: 21.2.2000).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. SESSÃO RESERVADA. DATA DE NOMEAÇÃO DO CONSELHO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO DE PRECEITOS ÉTICOS E DOS DEVERES MILITARES.

PRÁTICA REITERADA. INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO. PERDA DE POSTO E PATENTE.

A Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União, estabelece em seu art. 6º, inciso II, que o Superior Tribunal Militar é competente para julgar os feitos oriundos dos Conselhos de Justificação.

A “sessão secreta” de que trata o art. 12 da Lei nº 5.836/72, realizada no âmbito do Conselho de Justificação, destina-se a deliberar sobre o relatório a ser redigido. Inaplicável, “in casu”, o art. 93, inciso IX da Constituição Federal que se refere a julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.

Os procedimentos relativos aos Conselhos de Justificação, de natureza administrativa, não impedem sejam realizadas, antecipadamente, diligências e outras medidas visando ao fim a que se destinam.

Obedecidas às formalidades legais pertinentes capituladas na Lei nº 5.836/72 e assegurada a ampla defesa e o contraditório a Justificante que não se interessa, sequer em ter vista dos autos.

Oficial que reiteradamente pratica atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, torna-se incompatível com o oficialato.

Decisão majoritária. (grifei).

(STM. Conselho de Justificação nº 2003.01.000192-2/DF. Relator Ministro Ten Brig Ar Henrique Marine e Souza. Julg.: 16.11.2006. Public.: 23.3.2007).

Ementa: Conselho de Justificação. Lei nº 5.836/72. Constituição Federal. Recepção. Comandante. Conduta. Ética. Pundonor militar. Estatuto dos Militares.

A Lei nº 5.836/72 encontra-se em plena harmonia com o disposto no art. 142, [§ 3º,] inciso IV [VI], da Constituição Federal.

Os dispositivos da Lei nº 9.784/99, que regula a tramitação dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, não incidem nos processos que possuem rito específico, como é o caso do Conselho de Justificação.

O encaminhamento do Conselho a esta Corte não constitui instauração de novo processo e sim prosseguimento, no âmbito jurisdicional, do processo de natureza administrativa que teve seu regular trâmite na via originária.

Julgamento que, por se restringir exclusivamente ao campo ético-moral, não se confunde ou se sobrepõe àquele realizado na esfera penal, descabendo, assim, falar em Tribunal paralelo ou em *bis in idem*.

In casu, o Justificante não reúne mais as condições necessárias para permanecer na ativa, uma vez que com sua conduta infringiu o Estatuto dos

Militares, cujos incisos II, IV e XIII, do artigo 28, e inciso III, do artigo 31, versam, respectivamente, sobre a ética e sobre os deveres dos militares.

A decretação da reforma do Justificante constitui a solução que se apresenta em harmonia com o princípio da proporcionalidade.

Rejeição da Preliminar.

Decisão unânime.

Oficial julgado incapaz de permanecer no Serviço Ativo da Aeronáutica, determinando-se, por conseguinte, a sua reforma.

Decisão majoritária. (destaques nossos).

(STM. Conselho de Justificação nº 54-56.2012.7.00.0000/DF. Relator Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos. Julg.: 29/5/2013. Public.: DJe de 12/8/2013).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. CAPITÃO-AVIADOR DO EFETIVO DO COMANDO DA AERONÁUTICA. INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO. PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. INSUBSISTÊNCIA. COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 5.836/72 COM A ORDEM CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DEFENSIVA DE SUSPENSÃO DO FEITO E NOVA OITIVA DO JUSTIFICANTE. PRECLUSÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PORTARIA DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PRESCRIÇÃO. DECISÃO EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. PLURALIDADE DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA DEFLAGRAR O CONSELHO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DO CONSELHO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 18 DA LEI 5.836/72. PRAZO DE 6 (SEIS) ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DE DIREITO PENAL MATERIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE POR ILEGALIDADE DOS FUNDAMENTOS, POR INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS E POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. REGULARIDADE FORMAL E PLENO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. SESSÃO RESERVADA. AUSÊNCIA DE ATOS DECISÓRIOS. ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL. MERA INSTRUMENTALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MÉRITO. INCAPACIDADE DO OFICIAL PARA PERMANECER NA ATIVA. CONDUTAS INCOMPATÍVEIS COM O SENTIMENTO DE DEVER MILITAR, O PUNDONOR MILITAR, A ÉTICA E O DECORO DA CLASSE. PENALIDADE DE REFORMA DO JUSTIFICANTE. DECISÃO POR MAIORIA.

Rejeita-se preliminar ministerial de nulidade do Conselho de Justificação, sem repetição de atos, porquanto a legislação que rege a matéria (Lei nº 5.836/72), a princípio, não revela desconformidade com a atual ordem constitucional. Trata-se de procedimento essencialmente administrativo, portanto, não judicial. Decisão unânime.

Não se conhece de preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, relativamente às pretensões de suspender o feito e promover nova

oitiva do justificante, uma vez que se trata de questões preclusas, já examinadas em sede de Agravo Regimental e corporificadas em decisão do Plenário desta Corte Castrense, com trânsito em julgado. Decisão unânime.

Constatada que anterior condenação do justificante pelo delito de desrespeito a superior (art. 160 do CPM) foi alcançada pela prescrição da pretensão punitiva, desconsidera-se tal argumento como causa de deflagração do Conselho de Justificação. Isso não implica declaração de nulidade no Ato do Comandante da Aeronáutica que instaurou o Conselho, uma vez que listou outros motivos suficientemente idôneos para apurar a irregularidade das condutas do justificante. Preliminar de nulidade rejeitada por decisão majoritária.

Considerando-se que o Conselho de Justificação é, por conceito, procedimento administrativo especial, erige-se, como decorrência lógica, que não há falar em prescrição à luz da Lei Penal, mas sim em prazo, no qual há de ser instaurado o mencionado Conselho. Logo, o lapso estatuído no art. 18 da Lei nº 5.836/72 (6 anos) deve ser tomado como tempo limite para instauração do Conselho pelo Comandante da Força, e não para a conclusão do processo administrativo, conforme está lastreada a tese defensiva. Rejeitada, por maioria de votos, a preliminar defensiva de prescrição.

A ausência de prejuízo ao exercício da ampla defesa e a regularidade procedimental do feito conduzem à superação das teses defensivas de nulidade, seja porque foram legítimos os fundamentos propulsores do Conselho, seja porque foi dada oportunidade para defesa técnica, ou porque foram rigorosamente observados os dispositivos da lei de regência da matéria. Preliminares defensivas de nulidade rejeitadas, por decisão unânime.

Nas sessões reservadas durante as quais desenvolvem os atos instrutórios do Conselho de Justificação, somente é permitida a presença física do justificante e de seu defensor técnico, justamente sob o enfoque de resguardar o direito de privacidade do Oficial justificante perante os demais subordinados, tendo em vista a delicada apuração de eventual conduta irregular. No caso em tela, o que se denominou, impropriamente, “sessão secreta”, destinou-se apenas aos trabalhos de estudo e confecção do Relatório Final, para formalizar e homologar o Conselho de Justificação, sem elaboração de atos decisórios. Não identificado qualquer vício formal, por maioria de votos, rejeitou-se a preliminar de nulidade referente à realização de atos com a presença única dos integrantes do Conselho de Justificação.

Reputa-se não justificado e, portanto, incompatível de permanecer no serviço ativo da Força Aérea Brasileira, o Oficial que se conduz, em reiteradas oportunidades, em frontal contrariedade ao sentimento de dever militar, à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe.

Ordenada a reforma do justificante, nos termos do art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Decisão de mérito formada por maioria. (grifos nossos).

[STM. Conselho de Justificação (2) nº 4-98.2010.7.00.0000 (2)/DF. Relator Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos. Julg.: 11.9.2014. Public.: DJe de 24.11.2014].

Assim, por tudo quanto restou abordado, rejeito a preliminar defensiva de incompetência do STM para julgar o processo oriundo do Conselho de Justificação, calcada na inconstitucionalidade e/ou não receptividade da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal.

2ª PRELIMINAR

Nulidade do feito, em face da revogação tácita da Lei nº 5.836, de 1972, pela Lei nº 9.784, de 1999, cujo desfecho conduz à ilegalidade da instauração e da condução do CJ

A Defesa suscitou a nulidade do presente feito argumentando a incompatibilidade da Lei que trata o Conselho de Justificação com a Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A essência de seu argumento reside no critério cronológico de leis e na suposta solução de antinomias, com base no art. 2º, § 1º, da LINBD (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, denominação determinada pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010). Dessa forma, aduz a ilegalidade da instauração do CJ em tela, pois, na visão defensiva, o disposto na Lei mais recente (Lei nº 9.784/99) deve prevalecer sobre os ditames da mais antiga (Lei nº 5.836/72, que regula o CJ), porquanto, na sua óptica, tratam de temas correlatos.

O argumento não prospera.

Os preceitos estabelecidos na Lei nº 9.784/99 têm caráter geral, ou seja, reproduzem as linhas mestras e princípios, com suporte constitucional, no tocante à tramitação regular dos processos na Administração Pública. Sobretudo, quanto à observância: do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência.

Noutro vértice, a Lei nº 5.836/72, à vista de sua natureza especial, cuida tão somente do Conselho de Justificação. Por conseguinte, em seu âmago mantém-se a compatibilidade com aquela nova Lei de caráter geral (Lei nº 9.784/99). A base hermenêutica entre tais normas encontra-se mantida em harmonia.

Por óbvio, sem malferir qualquer princípio de matriz constitucional, aqui incluídos os retromencionados, a condução procedimental da instrução do feito, por conter caracteres específicos, tem regramento diferenciado, sendo consagrado, na forma do seu art. 17, a aplicação analógica do CPPM.

A propósito, nesse particular, nenhuma censura é cabível na condução do feito na sua fase instrutória, na via administrativa.

Sobre a não incidência das disposições da Lei nº 9.784/99, no âmbito do CJ, o qual tem regência própria, estabelecida em lei especial (Lei nº 5.836/72),

colhe-se da jurisprudência do Tribunal significativo precedente, cuja Ementa consagra o seguinte entendimento:

Ementa: Conselho de Justificação. Lei nº 5.836/72. Constituição Federal. Recepção. Comandante. Conduta. Ética. Pundonor militar. Estatuto dos Militares.

A Lei nº 5.836/72 encontra-se em plena harmonia com o disposto no art. 142, [§ 3º], inciso IV [VI], da Constituição Federal.

Os dispositivos da Lei nº 9.784/99, que regula a tramitação dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, não incidem nos processos que possuem rito específico, como é o caso do Conselho de Justificação.

O encaminhamento do Conselho a esta Corte não constitui instauração de novo processo e sim prosseguimento, no âmbito jurisdicional, do processo de natureza administrativa que teve seu regular trâmite na via originária.

Julgamento que, por se restringir exclusivamente ao campo ético-moral, não se confunde ou se sobrepõe àquele realizado na esfera penal, descabendo, assim, falar em Tribunal paralelo ou em *bis in idem*.

In casu, o Justificante não reúne mais as condições necessárias para permanecer na ativa, uma vez que com sua conduta infringiu o Estatuto dos Militares, cujos incisos II, IV e XIII, do artigo 28, e inciso III, do artigo 31, versam, respectivamente, sobre a ética e sobre os deveres dos militares.

A decretação da reforma do Justificante constitui a solução que se apresenta em harmonia com o princípio da proporcionalidade.

Rejeição da Preliminar.

Decisão unânime.

Oficial julgado incapaz de permanecer no Serviço Ativo da Aeronáutica, determinando-se, por conseguinte, a sua reforma.

Decisão majoritária. (sublinhei).

(STM. Conselho de Justificação nº 54-56.2012.7.00.0000/DF. Relator Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos. Julg.: 29/5/2013. Public.: DJe de 12/8/2013).

Para além, vale destacar que o reconhecimento de suposta irregularidade que conduza à arguição de nulidade deve estar calcada em prejuízo concreto suportado pela parte. Nesse sentido, encontra-se consolidada a jurisprudência pátria, conforme segue demonstrado na Ementa abaixo transcrita:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE INTIMADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1. Como é cediço, o princípio do *pas de nullité sans grief* requer a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente

da sanção prevista para o ato, pois não se declara nulidade por mera presunção. Precedentes. 2. A providência de nomear Defensor Público ao réu, cujo advogado não apresentou alegações finais, a despeito da sua regular intimação, afasta a alegação de nulidade do processo penal. Precedente. 3. A intimação do réu para constituir novo procurador, em razão da omissão de seu advogado, somente é exigida quando ocorre a renúncia do defensor constituído. Precedente. 4. Ordem denegada. (grifei).

(STF. HC nº 134.217/PE. Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA. Órgão Julgador: 2ª Turma. Julg.: 31.5.2016. Public.: DJe de 10.6.2016).

À evidência, a Defesa não logrou êxito em demonstrar qualquer espécie de prejuízo por ela sofrido, no tocante ao tema em foco. Esta circunstância, inclusive, reforça a fundamentação acerca do não acatamento da presente preliminar.

Nessa toada, verifica-se o não cabimento da Lei nº 9.784/99 no âmbito do processo relativo ao CJ, em substituição àquela regente do processo, a saber, a Lei nº 5.836/72.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do feito, suscitada pela Defesa, em face da suposta revogação tácita da Lei nº 5.836, de 1972, pela Lei nº 9.784, de 1999, com repercussão na instauração e na tramitação do feito.

3ª PRELIMINAR

Nulidade do feito, por inconsistência do fundamento para sua instauração, com base no inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72, bem como por constituir o CJ “bis in idem” em relação ao Justificante

A Defesa arguiu a inconsistência do fundamento utilizado para a instauração do CJ, o qual se encontra baseado no inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72. Ainda, ressaltou a potencialidade de resultar o presente feito em “bis in idem” (dupla penalização) em desfavor do ora Justificante.

Estabelece o mencionado dispositivo legal:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou “ex officio” o oficial das forças armadas:

(...)

IV- condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restritiva de liberdade individual até dois anos, tão logo transite em julgado a sentença; (grifos nossos).

Ora, a instauração do CJ deu-se em razão do trânsito em julgado da condenação imposta ao Maj Ex BENTES, nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS, a saber, à pena de 1 (um) ano de detenção, convertida em prisão, como incurso no art. 235, c/c o art. 237, inciso II, e art. 73, todos do CPM.

Ao reverso do sustentado pela Defesa, o enquadramento empreendido para a instauração do vertente CJ encontra-se satisfatório e apropriado.

Embora a legislação penal militar possua natureza especial, mormente se comparado ao Código Penal comum, o crime pelo qual o Justificante restara condenado, conforme tipificação empreendida (art. 235, c/c o art. 237, inciso II, e art. 73, todos do CPM) diz respeito à prática de ato libidinoso em lugar sob a Administração Militar. Assim, inexistente qualquer correspondência em relação à infringência de dispositivo legal, relativa à consumação delitiva, “concernente à segurança do Estado”.

Portanto, não procede a arguição defensiva referente a defeito, incompatibilidade ou inconsistência dos fundamentos utilizados para a instauração do CJ, com base no art. 2º, inciso IV, da Lei nº 5.836/72, conforme acima abordado.

No tocante a constituir-se o presente CJ *bis in idem* com relação ao Justificante, cumpre assinalar que, em regra, as esferas administrativa, civil e penal não se comunicam, porquanto se mostram independentes. Pode haver aplicação de sanção em razão de prática de ilícito de natureza penal e, ainda, consoante o bem jurídico malferido, a repercussão e os desdobramentos relativos aos fatos no âmbito funcional propiciar-se, em concomitância, o desfecho punitivo na seara administrativa, desde que, viabilizados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Contudo, quanto à incomunicabilidade das esferas (penal e administrativa) exceções existem, as quais se encontram jungidas às hipóteses em que, no processo criminal, resta proclamada a absolvição do suposto agente, calcada na inexistência do fato ou na negativa da autoria. Nesta situação, a instância administrativa deve vincular-se à decisão de cunho criminal. Para exemplificar, trago à colação o seguinte precedente do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO QUE NÃO RECONHECE A INEXISTÊNCIA DE FATO OU A NEGATIVA DE AUTORIA. INCOMUNICABILIDADE DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE FATOS E PROVAS EM MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que somente há comunicabilidade entre a esfera cível ou administrativa e a decisão do Juízo criminal quando nesta se reconheça a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Precedentes: AI 856126 AgR, Min. Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 7/12/2012, RE 430386 AgR, Min. Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 2/2/2015. 2. A Constituição da República atribui, expressamente, ao Conselho Nacional de Justiça a instauração de processo administrativo disciplinar contra magistrado que praticar ato definido em lei como infração administrativa (CF, art. 103-B, § 4º, I e III) 3. *In casu*, o pedido de arquivamento do inquérito não se baseou na negativa de autoria ou na inexistência de fato, de forma que a decisão prolatada na esfera criminal não deve vincular a esfera administrativa. Na peça de arquivamento, o Procurador-Geral da República assentou que: “1. Trata-se de

Inquérito instaurado para apurar a suposta prática de crimes de esbulho possessório, quadrilha ou bando e posse ilegal de arma de fogo (artigos 161, inc. II e 288 do Código Penal, e artigo 16 da Lei nº 10.826/2003) pelo Desembargador Bernardino Lima Luz, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (...) 10. Entretanto, não há elementos mínimos e suficientes sobre qualquer prática delitiva por parte do mencionado magistrado para a instauração da ‘persecutio criminis’ nessa Corte (...) 11. Cabe ressaltar, inicialmente, que Evangelista afirmou que teria vendido parte da fazenda Nova Jerusalém ao Desembargador Bernardino e a Giovanna Silveira, sendo que o imóvel também lhe pertencia (fls. 10). Ocorre que Aldacides Borges também acreditava que era proprietário da fazenda (fls.10); e que, em favor de outra pessoa, houve o cumprimento de mandado de reintegração de posse (fls. 06 e 14 dos autos principais, e fls. 08, *in fine*, do Apenso II). (...) 12. Nesse cenário, não há que se cogitar da prática de algum crime pelo Desembargador Bernardino. A sua ida à Fazenda e à Delegacia de Polícia Civil de Natividade teve por objetivo conhecer os fatos e, provavelmente, afirmar à autoridade policial que acreditava ser proprietário de parte da fazenda, sendo que o seu interesse na definição do caso seria em relação à sua posição de possível proprietário do bem, conforme se depreende das declarações prestadas por Adão Gualberto Nunes e Dalci Martins Rezende (fls. 19 e 21):” 4. No tocante à proporcionalidade da sanção em relação às condutas investigadas, a análise da matéria envolveria rediscussão de fatos e provas produzidas no âmbito do processo administrativo disciplinar, o que não se compatibiliza com a via do mandado de segurança. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (destaquei).

(STF. MS nº 32.806 AgR/DF. Relator Ministro LUIZ FUX. Órgão Julgador: 1ª Turma. Julg.: 2.2.2016. Public.: DJe de 2.2.2016).

Nessa toada, vale enfatizar a natureza administrativa do processo oriundo do Conselho de Justificação, o qual poderá dar ensejo à aplicação das sanções previstas no art. 16 da Lei nº 5.836/72, mormente quando a sua instauração encontra-se calcada em fato gerador derivado da sanção imposta na esfera criminal. A propósito, o CJ destina-se à avaliação sob o ponto de vista ético e moral, quanto à capacidade de o oficial permanecer na sua respectiva Força Armada.

Em reforço, oportuno citar precedentes do Tribunal, os quais fazem menção à inexistência de *bis in idem* em decorrência da instauração de CJ, motivado em sanção imposta a Oficial das Forças Armadas em sede criminal.

Ementa: Conselho de Justificação. Conduta funcional irregular. Incompatibilidade.

1. Preliminar: Princípio do *ne bis in idem*. Rejeição. Este princípio proíbe a punição de alguém pelo mesmo fato mais de uma vez na mesma esfera de atribuição. O Conselho de Justificação é processo administrativo no âmbito de sua respectiva força, tornando-se judicial quando o Ministro da Força o submete à apreciação do Superior Tribunal Militar. Os procedimentos a que foi submetido o justificante são distintos e autônomos, não incidindo o alegado princípio *ne bis in idem*.

2. Mérito: Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. À luz dos princípios referidos, nem sempre será considerada indigna a conduta do militar que apenas se mostra desajustada à disciplina, resultante de problemas psicológicos, sem comprometer os princípios basilares das FFAA. (destaquei).

(STM. Conselho de Justificação nº 192-57.2011.7.00.0000/DF. Relator Ministro Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes. Julg.: 6.9.2012. Public.: DJe de 20.9.2012).

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. ATO SUBMETIDO A CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRESCRIÇÃO ENTRE O FATO E A INSTAURAÇÃO. MPM COMO SUJEITO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR *AB INITIO* O DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRESCRIÇÃO REGULADA PELO ART. 18, *CAPUT*, DA LEI 5.836/72. ATOS RESTRITOS À SEARA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO ESTABELECIDADA NO ART. 18, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 5.836/72. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PENA *IN CONCRETO*. VINCULAÇÃO AO ART. 2º, IV, DA LEI 5.836/72. AUSÊNCIA DE FATOS LÍQUIDOS E CERTOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

A análise dos dispositivos da Lei nº 5.836/72 revela que a “mens legis” atribuiu ao Estado/Administração Militar o prazo de 6 (seis) anos para instaurar o Conselho de Justificação (CJ), contados da data em que ocorreram os fatos ensejadores de sua abertura.

Sendo parte, o notável múnus constitucional do MPM não o libera de demonstrar a presença das condições especiais da Ação Mandamental, incluído o direito líquido e certo (DLC), o qual deve ser comprovado, de plano, por qualquer impetrante.

Em relação à terminologia empregada pela Constituição, todo direito, se existente, mostra-se líquido e certo. À luz da doutrina, os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.

A prescrição de 6 (seis) anos, prevista no art. 18, *caput*, da Lei nº 5.836/72, restringe-se a atos administrativos.

Conforme o princípio da individualização da pena, o art. 18, parágrafo único, da Lei nº 5.836/72 deve ser interpretado com base na reprimenda *in concreto*. Esse dispositivo apenas faz sentido no tocante à pena definitiva, a qual, transitada em julgado, serve, na forma de outro fato gerador, de amparo legal à instauração de eventual CJ, sem significar o indesejável *bis in idem* - art. 2º, IV, da Lei nº 5.836/72.

Logo, estando os fatos alegados submetidos à condição futura e incerta – a dúvida sobre o que acontecerá no tocante à pena e à prescrição –, inexistente DLC. Em palavras mais precisas, não há fatos líquidos e certos.

Denegação do *mandamus*. Decisão por unanimidade. (grifei).

(STM. Mandado de Segurança nº 200-92.2015.7.00.0000/DF. Relator Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Julg.: 19.11.2015. Public.: DJe de 2.12.2015).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONDUTA FUNCIONAL IRREGULAR. INCOMPATIBILIDADE. REFORMA.

1. Preliminar de proibição de dupla punição. No caso em questão, não há que cogitar dupla punição, porquanto o presente processo não se destina a julgar transgressões disciplinares ou crimes, mas, sim, avaliar, do ponto de vista ético e moral, a capacidade do oficial de permanecer na respectiva Força Armada. Preliminar rejeitada por unanimidade.

2. Preliminar de ausência de previsão legal para a instauração de novo Conselho de Justificação. A anulação, pela autoridade nomeante, de Conselho de Justificação, por falta de diligências consideradas relevantes para a solução do processo, não impede que esta mesma autoridade, com competência legal estabelecida na Lei nº 5.836/72, c/c o art. 19 da Lei Complementar nº 97/1999, renove o procedimento, mediante a instauração de novo Conselho. Tal avaliação e iniciativa se inserem no âmbito do poder discricionário da autoridade nomeante. Precedente deste Tribunal. O excesso de prazo para a conclusão dos trabalhos em Conselho de Justificação anulado não impede a renovação do procedimento. Precedente deste Tribunal. Preliminar rejeitada por unanimidade.

3. Preliminar de imprestabilidade do atual Conselho de Justificação. A superação do prazo previsto no art. 11 da Lei nº 5.836/1972, para a conclusão dos trabalhos do Conselho de Justificação, não gera nulidade do procedimento, mormente em se tratando de procedimento complexo e demorado, no qual não resta demonstrado prejuízo à defesa e devem ser observados, em sua plenitude, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Preliminar rejeitada por unanimidade.

4. Preliminar de prescrição do fato constante da alínea “a” do Libelo Acusatório do Conselho de Justificação suscitada pela eminente Ministra-Revisora. A prescrição a que se refere a Lei nº 5.836/72 não tem a mesma natureza e efeitos da prescrição penal, devendo ser analisada à luz do direito civil e processual civil, por tratar-se de Processo Administrativo Especial, conforme pacífica jurisprudência dos tribunais, com a chancela do Pretório Excelso. Preliminar rejeitada por maioria.

5. Mérito: Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. À luz dos princípios referidos, os fatos demeritórios atribuídos ao Justificante, embora reprováveis, não o tornam indigno ou incompatível de modo a ensejar a aplicação da sanção máxima, como a perda do posto e da patente, consistindo, em última análise, em um desajustamento à disciplina e na falta de capacidade técnico-profissional, resultante de problemas psicológicos, sem comprometer os princípios basilares das FFAA.

Decisão por maioria. (grifos nossos).

(STM. Conselho de Justificação nº 222-24.2013.7.00.0000/DF. Relator Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes. Julg.: 2.2.2015. Public.: DJe de 3.3.2015).

Assim, também essa pretensão defensiva, em sede de preliminar, não comporta atendimento.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do feito, suscitada pela Defesa, baseada na inconsistência do fundamento para sua instauração, com base no inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72, bem como no tocante a constituir o CJ *bis in idem* imposto ao Justificante.

4ª PRELIMINAR

Nulidade do feito, por violação ao Princípio da Ampla Defesa

O Justificante sustentou ocorrência de prejuízo à sua defesa, em decorrência de o CJ ter sido instaurado a partir de procedimento apuratório, realizado no âmbito do Hospital Militar de Área de Campo Grande (HMilACG), por Comissão de Ética Médica Especial, no qual não fora advertido da possibilidade de constituir advogado para assisti-lo.

Nesse diapasão, aduziu que aquela apuração serviu como fato gerador para o CJ. Prosseguindo, atribuiu subjetividade à acusação, conforme o conteúdo do Libelo, sendo que tal circunstância dificultou a atuação defensiva.

Ora, a apuração empreendida no HMilACG, em procedimento instaurado naquela OM, tem natureza eminentemente apuratória de caráter administrativo. Nesse caso, inexistente imposição quanto à constituição de advogado para promover a defesa técnica do Oficial médico em apreço.

É consabido que, na esfera administrativa, encontra-se consolidado o entendimento da não obrigatoriedade de acompanhamento dos processos, em especial os de natureza disciplinar, por advogado inscrito na OAB.

Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 5 da Súmula Vinculante do STF:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Noutro giro, o Libelo acusatório foi constituído a partir da consolidação de todo o conjunto apuratório relativo aos fatos atribuídos ao nominado Oficial, dentre os quais, inclusive, se encontra o Acórdão condenatório, transitado em julgado, lavrado nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS. Por óbvio, o Libelo não se encontra jungido apenas à apuração realizada pela Comissão de Ética Médica Especial no HMilACG.

Na peça acusatória, sobretudo, restaram agregados os aspectos relativos aos desdobramentos inerentes aos fatos, assim considerando a sua repercussão no âmbito da Administração Militar, em especial, entre os militares e os servidores que exercem as suas atribuições no HMilACG, a relação de confiança mantida com os usuários dos serviços prestados por aquele Hospital, sopesando

o potencial prejuízo à credibilidade e à reputação daquela OM, com percalços, inclusive, à imagem da Força Terrestre.

Nessa quadra, não procede a alegação de deficiência acerca de fato gerador ou de ausência de sua descrição de modo objetivo.

Semelhantemente, não encontra respaldo o argumento de a acusação em tela possuir caráter subjetivo.

Com efeito, os fatos que restaram consolidados no Libelo acusatório são indiscutíveis. Têm sua gênese a partir de atendimento médico realizado na Sra. SGAV, cujo desfecho, conforme consta no Acórdão condenatório lavrado na citada Apelação, remonta à caracterização de ocorrência de crime tipificado no art. 235 do CPM.

Ao contrário do que sustenta a Defesa, a narrativa dos fatos no Libelo, no qual, inclusive, houve a demonstração acerca da repercussão do episódio em veículos de comunicação, na internet, encontra-se conciliada com o elenco de disposições legais de caráter ético/moral, cuja violação é atribuída ao Maj MARCUS VINÍCIUS, dando suporte à acusação em tela.

Embora a conduta em análise seja específica, evidencia-se, no cotejo com os aspectos ético/morais reputados malferidos, a formalização de imputação calçada em diversos dispositivos do Estatuto dos Militares, conforme consigna o Libelo:

(...) no Art. 14, *caput* e parágrafos 2º e 3º, no Art. 27, *caput* e incisos I, II, III, IV, V e VI, no Art. 28, *caput* e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI e XIX, no Art. 31, *caput* e incisos I, III, IV e V, nos Arts. 32 e 33, e no Art. 43, *caput* e parágrafo único, tudo da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

Assim, vale assinalar encontrar-se a violação aos deveres, à ética e à moral militares delineada no Libelo em adequada subsunção com o devido apontamento legal.

Nesse diapasão, cabe à Defesa tão somente adotar estratégia, que melhor atenda aos seus interesses, para sustentar a não violação aos preceitos de ordem ético/moral em evidência, atribuídos ao ora Justificante a partir da conduta delitiva pela qual foi condenado como incurso no art. 235 do CPM.

A propósito, convém consignar ter sido oportunizado o amplo exercício defensivo, porquanto restaram apresentadas, na fase administrativa, as “Razões Prévias de Defesa” (fls. 114/129 – V.1) e as “Alegações Finais” (fls. 1.511/1.568 - V.8), bem como, na fase judicial, a manifestação defensiva, nos termos do art. 158 do RISTM (fls. 1.811/1.940 – V. 10). Ainda, os defensores que atuavam no feito exerceram a prerrogativa de acompanhar a instrução probatória, tendo acesso às peças produzidas, as quais deram ensejo à apresentação de requerimentos visando ao atendimento dos interesses do Justificante. Inclusive, atendendo ao pleito defensivo, foi instaurado o Incidente de “Insanidade Mental

Parcial” do Justificante (fls. 885/886 – V. 5), o qual trouxe, em seu bojo, a realização de sucessivas inspeções de saúde.

Também, cumpre pontuar que, quando foram realizadas oitivas de testemunhas fora da sede de funcionamento do CJ, nas quais, embora intimados, constatou-se a ausência dos advogados constituídos, restaram nomeados defensores dativos (oficiais do Exército com formação jurídica). Contudo, estes, sistematicamente, foram dispensados pelo Justificante.

Portanto, pela abordagem empreendida, verifica-se inexistir, no curso da marcha processual, qualquer mácula aos cânones da ampla defesa, os quais, caso detectados, certamente teriam o condão de nulificar o feito por consolidar prejuízo ao Justificante.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade do feito, suscitada pela Defesa, embasada na violação à ampla defesa.

5ª PRELIMINAR

Prescrição incidente sobre o CJ

A Defesa requereu o reconhecimento da prescrição incidente neste CJ, com fulcro no art. 18 da Lei nº 5.836/72, à vista do transcurso de mais de 6 (seis) anos, contados a partir dos fatos que deram ensejo à instauração do presente feito, mormente sendo considerada a data de 17.4.2007, consoante específica o Libelo.

Para esse estudo específico, algumas ocorrências merecem registro, a saber:

- os fatos violadores à ética/moral atribuídos ao Maj BENTES foram perpetrados em 17.4.2007 (vide Libelo - fl. 96 – V.1);
- a condenação imposta ao ora Justificante ocorrera nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS, cujo Acórdão fora publicado no DJe de 21.6.2011;
- o trânsito em julgado, referente à comentada condenação, deu-se em 2.4.2013, após apreciação, inclusive, de Recurso Extraordinário subsequente (Nº 664.153), no STF (Apenso 2); e
- o CJ foi instaurado pela Portaria nº 827/RES, de 30.8.2013 (fl. 4 – V. 1).

A temática relativa à prescrição, em apreço, já fora, contextualmente, objeto de apreciação pela 1ª Seção do STJ, nos autos do Mandado de Segurança nº 20.591/DF, impetrado oportunamente naquela Corte. Vê-se que, desde aquela impetração, considerando a data de instauração do CJ, havia o transcurso de mais de seis anos, a contar da ocorrência dos fatos em apreço (17.4.2007). Na conjuntura daquele julgamento, fora entendido não haver caracterização da prescrição no feito (fl. 799 – V.4 e Acórdão às fls. 805/810 – V.5). Assim, foi redigida a Ementa do aludido julgado com o seguinte teor:

Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. TERMO INICIAL DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO (LEI Nº 5.836/72, ART. 2º, IV E ART. 18, PARÁGRAFO ÚNICO).

A norma do art. 18, parágrafo único, não pode ser interpretada restritivamente, de modo a ser entendida como uma remissão aos prazos abstratos de prescrição da ação penal previstos no Código Penal Militar.

O respectivo texto se reporta aos prazos de prescrição previstos no Código Penal Militar, e estes se desdobram em duas espécies: aqueles atinentes à prescrição da ação penal e aqueles relativos à execução da pena (CPM, art. 124).

Só a inviabilidade da punição, seja pela prescrição da ação penal, seja pela prescrição da execução da pena, implementa o suporte fático do art. 18, parágrafo único, inibindo a punição disciplinar.

Proposta a ação penal, e resultando esta em condenação, não há como cogitar de prescrição enquanto não decorrido o prazo para a execução da pena.

Consequentemente, tendo observado o disposto no art. 2º, IV, da Lei nº 5.836, de 1972, e sido editado tão logo transitada em julgado a sentença penal, a instauração do Conselho de Justificação ataca-da neste mandado de segurança está a salvo de censura.

Ordem denegada. (destaques nossos).

(STJ). Mandado de Segurança nº 20591/DF (2013/0377157-3). Relator Ministro Dr. ARI PARGENDLER. Órgão Julgador: 1ª Seção. Julg.: 12.2.2014. Public.: DJe de 20.2.2014).

Outros julgados, colhidos do acervo jurisprudencial do STM, proporcionam a elucidativa compreensão acerca da não ocorrência da prescrição cogitada neste feito, observada, sobretudo, a ocasião em que instaurado o presente CJ. Assim, seguem transcritas as seguintes Ementas:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. ATO SUBMETIDO A CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRESCRIÇÃO ENTRE O FATO E A INSTAURAÇÃO. MPM COMO SUJEITO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAR *AB INITIO* O DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRESCRIÇÃO REGULADA PELO ART. 18, *CAPUT*, DA LEI 5.836/72. ATOS RESTRITOS À SEARA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO ESTABELECIDA NO ART. 18, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 5.836/72. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PENA *IN CONCRETO*. VINCULAÇÃO AO ART. 2º, IV, DA LEI 5.836/72. AUSÊNCIA DE FATOS LÍQUIDOS E CERTOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM. DECISÃO POR UNANIMIDADE.

A análise dos dispositivos da Lei nº 5.836/72 revela que a *mens legis* atribuiu ao Estado/Administração Militar o prazo de 6 (seis) anos para instaurar o Conselho de Justificação (CJ), contados da data em que ocorreram os fatos ensejadores de sua abertura.

Sendo parte, o notável múnus constitucional do MPM não o libera de demonstrar a presença das condições especiais da Ação Mandamental, incluído o direito líquido e certo (DLC), o qual deve ser comprovado, de plano, por qualquer impetrante.

Em relação à terminologia empregada pela Constituição, todo direito, se existente, mostra-se líquido e certo. À luz da doutrina, os fatos é que deverão ser líquidos e certos para o cabimento do *writ*.

A prescrição de 6 (seis) anos, prevista no art. 18, caput, da Lei nº 5.836/72, restringe-se a atos administrativos.

Conforme o princípio da individualização da pena, o art. 18, parágrafo único, da Lei nº 5.836/72 deve ser interpretado com base na reprimenda *in concreto*. Esse dispositivo apenas faz sentido no tocante à pena definitiva, a qual, transitada em julgado, serve, na forma de outro fato gerador, de amparo legal à instauração de eventual CJ, sem significar o indesejável *bis in idem* - art. 2º, IV, da Lei nº 5.836/72.

Logo, estando os fatos alegados submetidos à condição futura e incerta – a dúvida sobre o que acontecerá no tocante à pena e à prescrição –, inexistente DLC. Em palavras mais precisas, não há fatos líquidos e certos.

Denegação do *mandamus*. Decisão por unanimidade. (sublinhei).

(STM. Mandado de Segurança nº 200-92.2015.7.00.0000/DF. Relator Ministro Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Julg.: 19.11.2015. Public.: DJe de 2.12.2015).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. CAPITÃO-AVIADOR DO EFETIVO DO COMANDO DA AERONÁUTICA. INCOMPATIBILIDADE COM O OFICIALATO. PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. INSUBSISTÊNCIA. COMPATIBILIDADE DA LEI Nº 5.836/72 COM A ORDEM CONSTITUCIONAL. PRELIMINAR DEFENSIVA DE SUSPENSÃO DO FEITO E NOVA OITIVA DO JUSTIFICANTE. PRECLUSÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA PORTARIA DE INSTAURAÇÃO DO CONSELHO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PRESCRIÇÃO. DECISÃO EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. PLURALIDADE DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA DEFLAGRAR O CONSELHO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DOS FATOS ENSEJADORES DO CONSELHO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 18 DA LEI 5.836/72. PRAZO DE 6 (SEIS) ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DE DIREITO PENAL MATERIAL. PRELIMINARES DE NULIDADE POR ILEGALIDADE DOS FUNDAMENTOS, POR INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS LEGAIS E POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. REGULARIDADE FORMAL E PLENO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. SESSÃO RESERVADA. AUSÊNCIA DE ATOS DECISÓRIOS. ELABORAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL. MERA INSTRUMENTALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MÉRITO. INCAPACIDADE DO

OFICIAL PARA PERMANECER NA ATIVA. CONDUTAS INCOMPATÍVEIS COM O SENTIMENTO DE DEVER MILITAR, O PUNTONOR MILITAR, A ÉTICA E O DECORO DA CLASSE. PENALIDADE DE REFORMA DO JUSTIFICANTE. DECISÃO POR MAIORIA.

Rejeita-se preliminar ministerial de nulidade do Conselho de Justificação, sem repetição de atos, porquanto a legislação que rege a matéria (Lei nº 5.836/72), a princípio, não revela desconformidade com a atual ordem constitucional. Trata-se de procedimento essencialmente administrativo, portanto, não judicial. Decisão unânime.

Não se conhece de preliminar suscitada pela Defensoria Pública da União, relativamente às pretensões de suspender o feito e promover nova oitiva do justificante, uma vez que se trata de questões preclusas, já examinadas em sede de Agravo Regimental e corporificadas em decisão do Plenário desta Corte Castrense, com trânsito em julgado. Decisão unânime.

Constatada que anterior condenação do justificante pelo delito de desrespeito a superior (art. 160 do CPM) foi alcançada pela prescrição da pretensão punitiva, desconsidera-se tal argumento como causa de deflagração do Conselho de Justificação. Isso não implica declaração de nulidade no Ato do Comandante da Aeronáutica que instaurou o Conselho, uma vez que listou outros motivos suficientemente idôneos para apurar a irregularidade das condutas do justificante. Preliminar de nulidade rejeitada por decisão majoritária.

Considerando-se que o Conselho de Justificação é, por conceito, procedimento administrativo especial, erige-se, como decorrência lógica, que não há falar em prescrição à luz da Lei Penal, mas sim em prazo, no qual há de ser instaurado o mencionado Conselho. Logo, o lapso estatuído no art. 18 da Lei nº 5.836/72 (6 anos) deve ser tomado como tempo limite para instauração do Conselho pelo Comandante da Força, e não para a conclusão do processo administrativo, conforme está lastreada a tese defensiva. Rejeitada, por maioria de votos, a preliminar defensiva de prescrição.

A ausência de prejuízo ao exercício da ampla defesa e a regularidade procedimental do feito conduzem à superação das teses defensivas de nulidade, seja porque foram legítimos os fundamentos propulsores do Conselho, seja porque foi dada oportunidade para defesa técnica, ou porque foram rigorosamente observados os dispositivos da lei de regência da matéria. Preliminares defensivas de nulidade rejeitadas, por decisão unânime.

Nas sessões reservadas durante as quais desenvolvem os atos instrutórios do Conselho de Justificação, somente é permitida a presença física do justificante e de seu defensor técnico, justamente sob o enfoque de resguardar o direito de privacidade do Oficial justificante perante os demais subordinados, tendo em vista a delicada apuração de eventual conduta irregular. No caso em tela, o que se denominou, impropriamente,

“sessão secreta”, destinou-se apenas aos trabalhos de estudo e confecção do Relatório Final, para formalizar e homologar o Conselho de Justificação, sem elaboração de atos decisórios. Não identificado qualquer vício formal, por maioria de votos, rejeitou-se a preliminar de nulidade referente à realização de atos com a presença única dos integrantes do Conselho de Justificação.

Reputa-se não justificado e, portanto, incompatível de permanecer no serviço ativo da Força Aérea Brasileira, o Oficial que se conduz, em reiteradas oportunidades, em frontal contrariedade ao sentimento de dever militar, à honra pessoal, ao pundonor militar e ao decoro da classe.

Ordenada a reforma do justificante, nos termos do art. 16, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Decisão de mérito formada por maioria. (grifos nossos).

[STM. Conselho de Justificação (2) nº 4-98.2010.7.00.0000/DF. Relator Ministro Ten Brig Ar José Américo dos Santos. Julg.: 11.9.2014. Public.: DJe de 24.11.2014].

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. PRELIMINAR ARGUIDA PELA DPU DE PRESCRIÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 18 DA LEI Nº 5.836/72. NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR REJEITADA POR MAIORIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO. PRELIMINAR ACOLHIDA POR UNANIMIDADE.

1 - Preliminar de prescrição do Conselho de Justificação por entender aplicável o art. 18 da Lei nº 5.836/72. O prazo de 06 (seis) anos previsto na citada Lei refere-se ao tempo em que a pretensão deverá ser ajuizada, não devendo ser aferido o período para a conclusão do processo administrativo. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria.

2 - Preliminarmente, não conheceu do Agravo Regimental. Decisão Unânime. (destaques nossos).

(STM. Agravo Regimental nº 9-91.2008.7.00.0000/DF. Relator Ministro Dr. Olympio Pereira da Silva Junior. Julg.: 3.2.2014. Public.: DJe de 4.8.2014).

Portanto, não caracterizada a prescrição incidente sobre o presente CJ, suscitada pelo Justificante, a qual se encontra calcada na data de instauração do feito e tem, como termo *a quo*, a ocorrência dos fatos.

O presente processo de CJ iniciou-se em 30.8.2013. Considerando esse longo período de tramitação e em face da gravidade dos fatos envolvidos, recomenda-se especial atenção no tocante à celeridade, a qual exige producente coordenação deste Tribunal e, eventualmente, com o Egrégio Pretório.

Dessa forma, rejeito a presente preliminar de prescrição do feito suscitada pelo Justificante.

6ª PRELIMINAR

Suspensão do CJ

A Defesa suscitou a suspensão do presente CJ, em razão de questão prejudicial, haja vista estar sob apreciação da Justiça Federal (4ª Vara da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul – 1ª Subseção – Campo Grande/MS), ação proposta pelo Justificante (Proc. nº 0014000-03.2015.403.6000) na qual é pretendida a sua reforma por incapacidade de saúde de caráter permanente.

Conforme consta do Relatório, o Justificante restou submetido a uma série de inspeções de saúde, em face do Incidente de Insanidade Mental, instaurado em atenção a pleito defensivo, cujas conclusões foram diversificadas, conforme será exposto.

Em laudos sequenciais elaborados pela JISE (Junta de Inspeção de Saúde Especial) e pela JISR (Junta de Inspeção de Saúde Regional), da 9ª RM, o ora Justificante, respectivamente, foi considerado “apto para o serviço do Exército” (Ata nº 01/2014 - fl. sem nº Apenso 10), “incapaz temporariamente para o serviço do Exército por 90 dias” (Ata nº 261/2014 – fl. 1.515 – V.8) e “incapaz definitivamente para o serviço do Exército. Não é inválido” (Ata nº 295/2014 – fl. 1.517 – V. 8).

Diante do impasse, o Exmo. Sr. Comandante do Exército (fls. 1.343/1.345 – V. 7) achou por bem determinar a sujeição do nominado Oficial à Inspeção de Saúde em Grau Revisional (ISGR). Para aquele desiderato, os integrantes do CJ apresentaram quesitos (fls. 1.368/1.369 e 1.372/1.373 – V. 7). Todavia, a Defesa nada manifestou (fls. 1.370/1.371). Assim, conclusivamente, os médicos integrantes da JISE/Rev (Junta de Inspeção de Saúde Especial, em grau Revisional), em 29.4.2015, exararam laudo no qual consta enquadrar-se o Justificante na situação de “Apto para o Serviço do Exército”. Daí, depreende-se a sua plena capacidade física e mental (Ata de Inspeção de Saúde Nº 01/2015 e respectivo Laudo - fls. 1.400/1.412 – V.8).

Vislumbra-se que o objetivo defensivo está calcado na canalização de esforços para, alfim, obter a reforma do ora Justificante pela via da inaptidão para o Serviço Militar, por incapacidade de saúde permanente, medida pleiteada no âmbito de ação proposta na Justiça Federal comum, conforme mencionado.

Cabe assinalar que a pena de reforma, passível de aplicação no campo do CJ, consoante dispõe o art. 16, inciso II, da Lei nº 5.836/72, refere-se à sanção aplicada por violação aos preceitos de ordem ético/moral. Embora, potencialmente se trata, em ambos as hipóteses legais, de reforma do Oficial, o contexto tem significativa diferenciação e, por conseguinte, motivações diametralmente distintas.

Assim, vê-se que o Justificante tenta inviabilizar o andamento deste Processo oriundo de CJ, em face da ação proposta na Justiça Federal de Mato Grosso do Sul: reforma por incapacidade de saúde permanente.

Entretanto, mostra-se crucial esclarecer fato indispensável de análise. Ainda que o ora Justificante viesse a merecer uma reforma, no contexto da Lei nº 5.836/72, tratar-se-ia de decisão atrelada ao campo ético/moral.

Daí a independência total do Processo submetido à Justiça Federal, pois aquela resume-se à reforma totalmente estranha à de que trata o CJ, ou seja, está restrita ao campo sanitário do Justificante.

Aliás, nada impede, por exemplo, que um Oficial com incapacidade permanente de saúde viesse a ser novamente reformado, desta vez por questões ético/morais previstas na Lei nº 5.836/72.

Conforme visto, a derradeira inspeção de saúde (ISGR – Inspeção de Saúde em Grau Revisional) a que se submetera o Maj MARCUS VINÍCIUS considerou-o apto para o Serviço Militar do Exército (fls. 1.400/1.412 – V. 8).

Embora a Defesa sustente a parcialidade dos integrantes dessa última Junta de Saúde para a confecção do dito Laudo, nada de concreto foi assinalado. O argumento mais contundente utilizado diz respeito a hipotético interesse do:

Comando-Geral do Exército, no claro intuito de aplicar a qualquer custo medidas drásticas de desligamento do Justificante em franco propósito vingativo, não suportando os resultados sucessivos de Laudos Médicos emitidos por abalizados especialistas e das Juntas de Inspeções Médicas realizadas, determinou a realização de uma nova Junta de Inspeção Médica em caráter revisional, com imposição velada de que fosse declarada a pseudacapacidade (sic) do Justificante para os serviços do Exército, a toda evidência amplamente irreconhecida. (fl. 1.817).

A rigor, evidencia-se sustentação acerca de ocorrência de eventual farsa, perpetrada pela Administração Militar, com o propósito inequívoco de alterar realidade no tocante ao estado de saúde do Justificante. Por conseguinte, na dicção defensiva, a medida enveredaria na produção de efeitos lesivos aos seus interesses, os quais desembocariam em sujeitá-lo aos rigores legais/punitivos, com reflexos na sua carreira, bem como na sua situação jurídica perante o Exército.

Incontroverso. Os argumentos não passam de assertivas defensivas sem qualquer lastro de sustentação e, inclusive, carregadas de inverossimilhança, diante de seu subjetivismo desarrazoado. A suposta validade dos argumentos apresentados, sem dúvida, colocaria abaixo os cânones da moralidade, da impessoalidade, da imparcialidade e da isenção da Administração Militar, no tocante à gestão dos assuntos e dos procedimentos no âmbito de suas atribuições, os quais são valores constitucionais consolidados. Inclusive, a Administração Pública, em hipótese alguma, poderá afastar-se desses vetores.

Para além, apenas com o desiderato argumentativo, consta dos autos que o Justificante encontrava-se matriculado e frequentando, no 1º Semestre de 2014, o Curso de Arquitetura e Urbanismo na Faculdade Anhanguera na cidade de Campo Grande/MS (fls. 879 e 900, e fls. 954/958 – V.5). Tal circunstância repercute desfavoravelmente ao argumento defensivo em tela, porquanto incomum haver pessoa dedicando-se à obtenção de nova graduação, sobretudo

que envolve matérias de difícil assimilação, sendo, na visão defensiva, portador de transtorno mental incapacitante.

Portanto, diante da presente abordagem, embora o Justificante se insurja contra a conclusão da Inspeção de Saúde em Grau Revisional, evidencia-se tratar de procedimento idôneo e de validade irretocável, o qual se deu no âmbito do Incidente de Insanidade instaurado, com a observância dos critérios inerentes ao procedimento. Nesse compasso, reafirma-se que o Maj MARCUS VINÍCIUS foi considerado apto para o Serviço Militar do Exército.

Em assim sendo, inexistente qualquer questão prejudicial que recomende a suspensão do presente CJ até a apreciação do Processo nº 0014000-03.2015.403.6000, em curso na 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, Subseção de Campo Grande.

Dessa forma, rejeito a presente preliminar de suspensão deste feito apresentada pelo Justificante.

Por derradeiro, outro pleito defensivo, a saber, a desclassificação da conduta para entendê-la punível no âmbito administrativo disciplinar será apreciado juntamente com o mérito, uma vez com ele estar imbricado, pois dirá respeito à própria natureza do presente procedimento.

MÉRITO

O Exmo. Sr. Comandante do Exército, no Despacho Decisório nº 62/2016, de 4.4.2016, concordando com as conclusões manifestadas pelo CJ nomeado pela Portaria nº 827-RES, de 30.8.2013, entendeu haver elementos indicadores de comportamento divorciado dos preceitos regulamentares, os quais causaram repercussão negativa à imagem da instituição. Desse modo, levando em conta os preceitos inerentes à aplicação da pena considerou o Maj Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES “incapaz de permanecer nas fileiras do Exército, nos termos do art. 12, § 1º, alínea ‘c’, da Lei nº 5.836/1972” (fls. 1.784/1.789 – V. 9).

1) O Relatório do CJ e o Despacho Decisório concluíram pela culpa do Justificante quanto às imputações elencadas no Libelo.

De acordo com o Libelo Acusatório, a imputação em que o Maj Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES foi considerado culpado, na fase administrativa deste procedimento, tem a seguinte descrição:

(...)

2. Em face do Conselho de Justificação, nomeado com a Portaria Reservada do Comandante do Exército nº 827/RES, de 30 de agosto de 2013, EB: 64536.018582/2013-48. E atendendo ao que preceitua o Art. 9º da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, apresento-vos o seguinte Libelo Acusatório, segundo o qual vos são imputados os atos e fatos a seguir discriminados:

a. O Major Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES, ora JUSTIFICANTE, foi condenado no Acórdão nº 0000008.7.09.0009-MS, transitado em julgado, à pena de 1 (um) ano de detenção, como incurso no

Art. 235, c/c o Art. 237, inciso II, e Art. 73, todos do CPM, convertida em prisão nos termos do Art. 59 do mesmo Códex, denegando a concessão do benefício do *sursis* em face de expressa vedação legal prevista no Art. 88, inciso II, alínea “b”, do CPM.

b. Conforme Acórdão contido na letra “a”, O JUSTIFICANTE, em tese, praticou as condutas a seguir descritas, as quais caracterizam a prática de atos libidinosos, quando do exercício de suas funções de médico urologista, no Hospital Militar de Área de Campo Grande (H Mil A CG), o JUSTIFICANTE, em tese, quando da consulta à Sr^a SAV, suposta VÍTIMA, por volta das 09:00h do dia 17 de abril de 2007, no H Mil A CG, em razão de seu esposo, o então Sgt KÊNIO VIANA, ter agendado consulta com o JUSTIFICANTE por não ter conseguido agendar a mesma para o Dr. Bonfim, também urologista no H Mil A CG, e médico da suposta VÍTIMA à época dos fatos, a qual comparecera na retromencionada consulta para mostrar o resultado dos exames realizados anteriormente e que foram solicitados pelo próprio Dr. Bonfim:

1) o JUSTIFICANTE, em tese, chamou a suposta VÍTIMA para o interior do consultório para realizar o atendimento sem a presença de um acompanhante, seja da suposta VÍTIMA, seja do JUSTIFICANTE;

2) o JUSTIFICANTE, em tese, tomou conhecimento da própria suposta VÍTIMA que a mesma estava naquela consulta para mostrar o resultado de exame, pedido pelo Dr. Bonfim, solicitando que a suposta VÍTIMA se deslocasse para o lado do JUSTIFICANTE (do outro lado da mesa); então, o JUSTIFICANTE, em tese, chegando a sua cadeira para a direita de sua mesa, permanecendo sentado e de pernas abertas, em tese, pediu que a suposta VÍTIMA se colocasse de pé a sua frente, virasse de costas para o JUSTIFICANTE, o qual, em tese, deu umas “pancadinhas” nas costas da suposta VÍTIMA;

3) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, pediu à suposta VÍTIMA que levantasse o vestido e abaixasse a calcinha, o que foi realizado; entretanto, o JUSTIFICANTE, em tese, abaixou a calcinha da suposta VÍTIMA um pouco mais (até a altura das coxas), começando a apalpar em cima da genitália;

4) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, se levantou rapidamente, ofegante, e sem pedir a suposta VÍTIMA que levantasse a calcinha e arriasse o vestido, trancou a porta (a suposta VÍTIMA relata que ela mesma se vestiu);

5) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, mandou a suposta VÍTIMA se deitar na maca, levantar o vestido e abaixar a calcinha, a qual abaixou um pouco para não mostrar a genitália, então o JUSTIFICANTE, em tese, abaixou a calcinha da suposta VÍTIMA até a altura do joelho, pediu que a VÍTIMA abrisse as pernas, deslizou uma de suas mãos entre a maca e as nádegas da VÍTIMA, e ao retirar sua mão a roçou na genitália da suposta VÍTIMA;

6) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, abriu a genitália da suposta VÍTIMA com as 2 (duas) mãos, ficando manipulando com todos os dedos por dentro e por fora a genitália da suposta VÍTIMA sem o uso de luvas;

7) a seguir, o JUSTIFICANTE, em tese, perguntou à suposta VÍTIMA se estava doendo e, recebendo um “sim” da suposta VÍTIMA, continuou manipulando a genitália da suposta VÍTIMA, dizendo-lhe que queria ver a sua uretra, colocou os 8 (oito) dedos na genitália da suposta VÍTIMA, alternadamente, mandando que a suposta VÍTIMA se colocasse de lado. Então, estando a suposta VÍTIMA com a sua frente voltada para o JUSTIFICANTE, este, em tese, continuou manipulando a genitália da suposta VÍTIMA, fazendo penetrações com os dedos, de forma ofegante, suando e com um sorriso nervoso no rosto, apesar do ar-condicionado ligado;

8) ato contínuo, o JUSTIFICANTE, em tese, mandou que a suposta VÍTIMA virasse de “bunda para cima”, segundo a suposta VÍTIMA, deslizou a sua mão entre a maca e a barriga da suposta VÍTIMA e voltou roçando seu corpo até a altura da genitália da suposta VÍTIMA; então o JUSTIFICANTE, em tese, abriu as nádegas da suposta VÍTIMA e continuou fazendo penetrações na genitália da suposta VÍTIMA, com movimentos de vai e vem com os dedos;

9) em seguida, o JUSTIFICANTE, em tese, tirou os dedos e foi rumo ao banheiro com os dedos “melecados” e voltados para cima, lavando as mãos, secando-as, cheirando os dedos e enxugando o suor da testa, excitado e com o volume na calça aumentado;

10) prosseguindo, o JUSTIFICANTE, em tese, voltou e sentou-se na cadeira de sua mesa, mas um pouco afastado desta, arrumando a sua genitália, ainda nervoso e meio ofegante;

11) posteriormente, o JUSTIFICANTE, em tese, perguntou se a suposta VÍTIMA era casada, se tinha filhos e como foi começar a vida sexual tão cedo [após saber da própria suposta VÍTIMA que fora mãe aos 16 (dezesseis) anos]; perguntou a suposta VÍTIMA se fazia sexo anal, começando a dar explicações sobre o assunto e dizendo, em tese, que “não estou dizendo [o JUSTIFICANTE] que você está tendo, mas quando for ter, não vai colocar o pênis na genitália”; e

12) finalizando, o JUSTIFICANTE, em tese, marcou novos exames para que a suposta VÍTIMA retornasse ao JUSTIFICANTE.

c. Ainda conforme consta no Acórdão contido na letra “a”, O JUSTIFICANTE foi submetido à Comissão de Ética Médica Especial, do H Mil A CG, quando aquele colegiado concluiu que o JUSTIFICANTE, ao não se utilizar, no atendimento à suposta VÍTIMA, dos meios recomendados pelo Código de Ética Médica e a boa prática de suas funções de urologista, sujeitou-se não só às acusações retromencionadas, como também expôs negativamente e de forma desnecessária, além de sua própria pessoa, o Corpo Clínico e o H Mil A CG, como a seguir descrito:

1) o JUSTIFICANTE procedeu ao atendimento da suposta VÍTIMA sem solicitar a presença de acompanhante da própria paciente ou de atendente do ambulatório, contrariando a recomendação CREMESP 01/88, consubstanciada pelo Art. 142, Cap XIV, do Código de Ética Médica;

2) o JUSTIFICANTE não utilizou lençol para cobrir a genitália da suposta VÍTIMA antes e após o exame físico especializado nem trancou a por-

ta do consultório, expondo, assim, a suposta VÍTIMA ao risco de entrada intempestiva de outra pessoa no momento do exame, contrariando as recomendações contidas no Art. 63, Cap V, do Código de Ética Médica; e

3) o JUSTIFICANTE não utilizou luvas para realizar o exame físico da genitália da suposta VÍTIMA, sendo que o parecer da própria Comissão de Ética do H Mil A CG ressaltou especificamente que tal uso seria altamente recomendável durante o exame físico realizado.

d. Ressalta-se ainda, em tese, o não cumprimento de seu compromisso profissional ao final de sua graduação como médico, quando assumiu que: “Eu juro, por Apoio médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: [...] Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. [...] Conservarei imaculada minha vida e minha arte. [...] o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres [...] Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça” (Fonte: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>. Acesso em 31 jul 2013 às 11:40h). Sua conduta feriu os princípios de Hipócrates, o que o tornou indigno pelo próprio grupo a que pertencia, tendo perdido seu registro profissional de médico, cassado pelo Conselho Regional de Medicina, ratificada pelo Conselho Federal de Medicina.

e. Também, conforme consta no retrocitado Acórdão do Conselho Federal de Medicina, o JUSTIFICANTE perdeu a condição de exercer a profissão de medicina, em razão de o Conselho Regional de Medicina ter cassado o seu Registro Funcional de médico, o que foi ratificado nos seguintes termos: “Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Conselheiros membros do Pleno Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto pelo apelante, mantendo a decisão do Conselho de origem, que lhe aplicou a pena de ‘CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISIONAL’, prevista na letra ‘e’ do artigo 22 da lei 3.268/57, por infração aos artigos 46, 55, 63 e 65 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.246/88, DOU 26.01.1988), cujos fatos também estão previstos nos artigos 22, 30, 38 e 40 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/09, DOU 13.10.2009), nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator. Brasília, 10 de fevereiro de 2012 (data do julgamento). Assinam ROBERTO LUIZ D’ÁVILA – Presidente e CLÁUDIO BALDUÍNO SOUTO FRANZEN – Relator”.

f. Conforme consta nas folhas de alterações do JUSTIFICANTE, o JUSTIFICANTE, após ingressar nas fileiras do Exército Brasileiro mediante matrícula no Curso de Formação de Oficiais da Escola de Saúde do Exército, em 3 FEV 1992, prestou, em 24 NOV 1992, compromisso de honra, no qual afirmou a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres mili-

tares, manifestando a sua firme disposição de bem cumpri-los. Tal compromisso, prestado pelo JUSTIFICANTE, teve caráter solene sob a forma de juramento à Bandeira do Brasil na presença de tropa formada, conforme os seguintes dizeres proferidos pelo JUSTIFICANTE: “Perante a Bandeira do Brasil e pela minha honra, prometo cumprir os deveres de oficial do Exército Brasileiro e dedicar-me inteiramente ao serviço da Pátria”.

g. Ademais, em decorrência dos atos e fatos supramencionados, os quais são a seguir descritos, todos constantes do Acórdão referido na letra “a”, *de per si* são necessários e suficientes para atestar, em tese, perante a sociedade sulmatogrossense, em sentido estrito, e perante a sociedade brasileira em geral, em sentido amplo, a repercussão altamente negativa que esses atos e fatos causaram à imagem do Exército Brasileiro, Instituição permanente e secular:

1) Publicação de Edital de Punição Disciplinar, versando sobre Cassação do Exercício Profissional do JUSTIFICANTE, datado de 16 JUN 12, no Diário Oficial da União (DOU) nº 138, de 18 JUL 12, Seção 3, e em jornais de grande circulação;

2) O sítio da rede mundial de computadores (Internet) Montedo.com (<http://montedo.blogspot.com.br/2012/07/major-tem-registro-de-medico-cassado.html>) postou as seguintes chamadas: “MAJOR MÉDICO CONDENADO POR ABUSO SEXUAL CUMPRE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. Médico acusado de abuso sexual só cumpre expediente administrativo no HG. O Comando Militar do Oeste, por meio de nota à imprensa, informou que o Major médico Marcus Vinícius Carreira Bentes, que foi denunciado por uma paciente por sua conduta durante um exame ginecológico, está afastado desde 2007, quando surgiu a primeira denúncia contra ele. Segundo a nota, tão logo recebeu a denúncia, a direção do Hospital procedeu o afastamento do oficial de todas as suas atividades médicas e instaurou uma Comissão de Ética a fim de apurar todos os procedimentos do médico para com a paciente. A comissão instaurada apresentou um relatório que apontou como irregular a conduta do médico tanto do ponto de vista do Código de Ética Médica como pelas Normas Militares. O CMO também informou que foi instaurada uma sindicância no Hospital Geral que apontou que houve transgressão disciplinar por parte do militar e o mesmo foi punido com 10 (dez) dias de prisão. O oficial médico respondeu a processo na 9ª Circunscrição Judiciária Militar, quando foi absolvido em primeira instância, decisão recorrida por parte do Ministério Público Militar (MPM), o processo foi enviado ao Superior Tribunal Militar (STM) que o analisou e decidiu pela condenação, estipulando a pena em um ano de prisão. Em nota o CMO ressaltou que Major Bentes sempre teve direito à ampla defesa, e que, diante disso, foi pedida a anulação do julgamento, recurso que ainda está em andamento e atualmente o processo está no STM aguardando o julgamento da nova apelação do Ministério Público Militar. Para o CMO, é preciso aguardar a conclusão do julgamento, para que providências eventualmente cabíveis sejam adotadas, uma vez que, atualmente, o major está afastado das funções médicas e exerce funções administrativas no Hospital Militar. Segundo a nota, ainda não há previsão de que a punição disciplinar aplicada ao oficial seja

revista, pois o processo tramita na esfera judicial”; “STM CONDENA MAJOR-MÉDICO DO EXÉRCITO QUE ABUSAVA DE PACIENTES. Passados quase três anos desde a denúncia, a Procuradoria de Justiça Militar em Campo Grande/MS conseguiu que major-médico do Exército fosse condenado por abuso sexual cometido durante consulta médica. Em julgamento de apelação do MPM, ocorrido ontem (3), o Superior Tribunal Militar condenou o militar a um ano de detenção pela prática do crime de libidinagem, art. 235 do Código Penal Militar. O fato que gerou a denúncia, oferecida pelo MPM em 18 de junho de 2008, ocorreu em 2007, no Hospital Geral de Campo Grande – HGCG. Na época, o major atendeu a uma paciente com problemas renais que o procurara para entregar o resultado de exames solicitados por outro urologista. Ela afirma que o médico, após lhe pedir para levantar o vestido para um exame, a tocou sem luvas. Relata ainda que ele estava ofegante e apresentava sinais de excitação. Sindicância aberta no HGCG considerou não haver provas consistentes para a abertura de inquérito, mas condenou o militar a 10 dias de prisão por conduta antiética ao realizar o exame sem acompanhante, por não ter utilizado lençol para cobrir a genitália da paciente e por não ter usado luvas para fazer o exame. Na denúncia, o MPM informava que o médico possuía um histórico de conduta antiética. Investigações revelaram que o militar já se envolvera em pelo menos seis casos de abuso sexual. Alguns deles ocorreram quando o denunciado era o responsável pelos exames médicos para a utilização de piscina do Clube de Subtenentes e Sargentos de Lorena/SP. Há indícios que o major-médico aproveitava-se da situação para solicitar que jovens e adolescentes ficassem nuas para, em seguida, molestá-las. Todas as denúncias formuladas em Lorena foram tratadas como transgressões disciplinares e não foram abertos inquéritos para investigação. Outros relatos de abusos sexuais ocorreram quando o major esteve em Fortaleza/CE. Um deles supostamente praticado contra a esposa de um sargento e outro contra uma fisioterapeuta. Em ambos os casos, foi absolvido por falta de provas. O argumento da insuficiência de provas foi utilizado para absolver o médico nos episódios. ‘Em todas as ocasiões o acusado nega com veemência a sua participação e é levantada uma injusta suspeição sobre a moral das vítimas. Em se tratando de delito cuja prática dá-se entre quatro paredes e sem testemunhas, poderá o acusado molestar sexualmente centenas de vítimas e eternamente a justiça considerará as provas insuficientes?’, questionava o MPM na denúncia. Entretanto, o Conselho Especial de Justiça para o Exército da Auditoria da 9ª CJM, em 17 de novembro de 2008, absolveu o oficial sob a alegação de inexistência de prova. Ainda em novembro de 2008, o MPM apelou ao Superior Tribunal Militar argumentando, entre outras razões, que sete senhoras, que não se conheciam, narraram condutas de abuso sexual cometidas pelo oficial médico, e isso não poderia ser considerado insuficiência de provas. O STM, em julgamento realizado em 8 de outubro de 2009, por maioria de votos, acolhendo a manifestação do MPM, condenou o major-médico a um ano de detenção como incurso no crime previsto no art. 235 do Código Penal Militar. Contudo, sob o argumento de que não houve intimação do advogado para fazer sustentação oral, quando do julgamento da apelação, a defesa do militar opôs Embargos de Nulidade. Os

Embargos foram admitidos, o julgamento anulado e determinado que outro fosse realizado, ocasião em que a defesa faria a manifestação oral. No novo julgamento, ocorrido ontem no STM, o recurso do MPM foi provido, por unanimidade, e o major-médico condenado a um ano de detenção, sem *sursis*, como incurso no art. 235 do Código Penal Militar, crime de pederastia. Cópias do Acórdão do STM serão encaminhadas ao comandante do Exército e ao Conselho Federal de Medicina para que adotem as providências que julgarem necessárias”; e “MAJOR MÉDICO CONDENADO PELO STM TINHA HISTÓRICO DE ABUSOS CONTRA ESPOSAS E FILHAS DE SARGENTOS. ABUSO 1 - O Superior Tribunal Militar (STM) condenou, nesta semana, major médico do Exército Marcus Vinícius Carreira Bentes a um ano de detenção por ter molestado sexualmente uma paciente do Hospital Geral de Campo Grande, em Mato Grosso do Sul. A condenação atendeu a pedido do Ministério Público Militar contra absolvição do major em primeira instância. O oficial foi enquadrado no crime de libidinagem (Art. 235 do Código Penal Militar), por ter pedido que a paciente com problemas renais levantasse o vestido para exame com toque de sua mão, sem luvas. Sindicância do hospital concluiu que não havia provas para abrir inquérito, mas o puniu por fazer o exame sem acompanhante e luvas. O militar tinha na ficha, porém, pelo menos outras seis acusações de abuso sexual contra pacientes. Cópia da condenação será encaminhada ao Comando do Exército. ABUSO 2 - EXAME PARA PISCINA. Pesavam contra o militar acusações de jovens quando ele fazia exames médicos para a uso da piscina do Clube de Subtenentes e Sargentos da cidade paulista de Lorena. ABUSO 3 - SÓ TRANSGRESSÃO. As denúncias de Lorena foram tratadas como simples transgressões disciplinares, apesar de o acusado pedir que jovens filhas dos praças ficassem nuas para o exame. ABUSO 4 - ESPOSA DE SARGENTO. Havia contra o médico acusações de abuso quando ele serviu em Fortaleza, uma delas feita por esposa de sargento. Na capital, o major fora absolvido por falta de provas”;

3) o sítio da rede mundial de computadores (Internet) CAMPO GRANDE NEWS (www.campograndenews.com.br/cidades/capital/crm-cassa-o-registro-de-medico-do-exercito-por-abusar-das-pacientes) postou a seguinte chamada: “CRM cassa médico do Exército denunciado por abuso sexual. A denúncia por abuso foi feita por uma paciente do Hospital Geral de Campo Grande em 2007. Denunciado por abuso sexual, o médico do Exército, Marcus Vinícius Carreira Bentes, foi cassado pelo CRM-MS (Conselho Regional de Medicina). A cassação do exercício profissional já havia sido decidida em 2010, mas ele recorreu ao CFM (Conselho Federal de Medicina). No entanto, a decisão foi mantida pela instância federal. ‘Ele está afastado da medicina para sempre. É a punição mais grave’, afirma o advogado André Borges, assessor jurídico do CRM. Na punição, publicada nesta quarta-feira, consta que ‘comete infração ética o médico que desrespeita o pudor do paciente procedendo ao exame ginecológico sem o rigor técnico e com práticas libidinosas’. A denúncia por abuso foi feita por uma paciente do Hospital Geral de Campo Grande em 2007. A mulher denunciou que o médico urologista pediu que ela levantasse o vestido e tocou em seu órgão genital sem luvas. Segundo a paciente,

ele apresentava sinais de excitação. A mulher foi ao local para entregar resultados de exames solicitados por um outro urologista. Até o ano passado, ele atendia em posto de saúde de Campo Grande. Em 2011, o médico, que é major do Exército, foi condenado pelo STM (Superior Tribunal Militar) a um ano de detenção. Como ele recorreu, a decisão ficou suspensa. Conforme a denúncia, o militar já se envolveu em pelo menos outros seis casos de abuso sexual. Os casos foram registrados em Lorena, interior de São Paulo, e em Fortaleza (Ceará). Em São Paulo, as denúncias foram tratadas como transgressões disciplinares e não foram abertos inquéritos para investigação. Em Fortaleza, ele foi absolvido por falta de provas”;

4) o sítio da rede mundial de computadores (Internet) <http://militaresbrasil.com.br>(<http://militaresbrasil.blogspot.com.br/2012/07/o-medico-que-e-major-do-exercito-em.html>)-postou a seguinte notícia: “Médico de Campo Grande tem registro cassado pelo CRM após denúncia de abuso sexual. O CRM/MS (Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul) publicou, nesta quarta-feira (18), o edital de punição disciplinar – cassação do exercício profissional do médico Marcus Vinícius Carreira Bentes (CRM/MS 3036), condenado por abuso. O médico teve o registro cassado por ter cometido infração ética, desrespeitando o pudor do paciente procedendo exame ginecológico sem o rigor técnico e com prática libidinoso. A pena segue a alínea ‘e’ do artigo 22 da Lei 3.268/57. Bentes, que é major do Exército, foi condenado a um ano de detenção, mas a defesa recorreu e aguarda julgamento. Caso. O médico, que é major do Exército, foi cassado por ter abusado sexualmente de uma paciente durante uma consulta no Hospital Geral de Campo Grande/Hospital Militar. Especialista em urologista (sic), o médico é major do Exército e atendia no HG, local onde durante uma consulta teria abusado sexualmente da paciente”.

3. Dessa forma, em função dos fatos supracitados, com fulcro no que estabelece a Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, Art. 2º, inciso IV, é imputada a Vossa Senhoria conduta delituosa contida no Acórdão nº 0000008.7.09.0009-MS (sic) por crime de natureza dolosa, com trânsito em julgado e não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, pelo Superior Tribunal Militar (STM), à pena restritiva de liberdade individual de 1 (um) ano de detenção, como incurso no Art. 235, c/c Art. 237, inciso II, e Art. 73, tudo do CPM, convertida em prisão nos termos do Art. 59 do mesmo “Codex”, com a agravante de ser oficial superior que desempenhava a função de médico militar, na especialidade de urologia, no Hospital Militar de Área de Campo Grande, **ferindo, em tese**, os valores, os deveres e a ética militar consubstanciada e prescritos no Art 14, *caput* e parágrafos 2º e 3º, no Art. 27, *caput* e incisos I, II, III, IV, V e VI, no Art. 28, *caput* e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI e XIX, no Art. 31, *caput* e incisos I, III, IV e V, nos Arts. 32 e 33, e no Art. 43, *caput* e parágrafo único, tudo da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) (...).

Oportuno apresentar alguns comentários sobre a tipologia criminal em comento.

Os crimes sexuais, ou contra a dignidade sexual – designação contemporânea adotada pelo Código Penal (CP) – são cometidos, em regra, às “escuras”, sem a presença de testemunha, acobertados por conduta sub-reptícia do agressor, resguardados pela imposição de temor, ou quiçá camuflados em atitude regular (embora, na realidade, encontram-se travestidos de atos abusivos no contexto de satisfação da concupiscência). Eventualmente, tais eventos são ocultados de terceiros, inclusive da família da vítima, com o intuito de preservar a integridade moral da ofendida e, sobretudo, sua imagem.

Tratam-se de delitos cujos efeitos não se exaurem na prática do ato libidinoso, pois provoca intenso sofrimento emocional na vítima, submetendo-a, na maioria dos casos, a longo período de acompanhamento psicológico, com reflexos durante a sua vida e a de seus familiares. Em outras palavras, traumatiza a agredida, deixando-a com seqüela permanente em sua psique.

Destaque-se haver no Libelo a descrição pormenorizada dos fatos imputados ao Maj MARCUS VINÍCIUS, a partir da qual restou suficientemente caracterizada a conduta violadora dos padrões ético-comportamentais esperados do nominado Oficial. A propósito, o atendimento médico em comento tornou-se digno de repugnância, porquanto adentrou as raias da afronta à moral e ao decoro militares.

Deve-se ter em conta, sobretudo, que a vítima era uma jovem senhora, cônjuge de graduado, à época. Passou por severo ultraje à sua intimidade, com sujeição, inclusive, a abalo de âmbito psicológico. Nesse campo, devo destacar as expressões utilizadas para descrever-se, na ocasião, em desabafo com o marido, logo após os fatos, em clima de transtorno e de desequilíbrio, indicando sentir-se um “lixo” e um “verme”.

A situação pela qual passou a ofendida no episódio em questão impôs-lhe, sem dúvida, grande humilhação, porquanto foi submetida aos abusos praticados pelo médico que a atendera, sob a justificativa concernente à necessidade de realização de exames físicos mais apurados. O que se viu, todavia, foi a manipulação da paciente, sobretudo em suas partes íntimas, em total descompasso com a boa prática médica, pois ultrapassou os limites da propedêutica recomendada.

A rigor, o agente em questão aproveitou-se de sua condição de Oficial médico para perpetrar os abusos. Inclusive, em tese, a sua real intenção libidinoso foi camuflada sob o pretexto de realização de exames. Inquestionável ter-se prevaletido de suas funções para a prática dos atos recrimináveis. Alçou-se em postura dominante para prosseguir naquele exame, sob o subterfúgio de estar atuando dentro da normalidade.

Com efeito, sobre os profissionais de saúde, em especial com respeito aos médicos, paira a confiança creditada pelo paciente acerca de estar sendo adotada a prática mais recomendada em cada situação singular. Daí, a propósito, entender-se-ia desnecessário o emprego da malícia pela paciente, diante da implícita recomendação de procedimento médico, já que qualquer espécie de ponderação, no caso, estaria calcada, a princípio, em interesses lícitos de âmbito terapêutico. Sob esse cenário é concebível estarem as resistências diminuídas, configurando circunstâncias que possibilitam, naturalmente com razoável constrangimento, a exposição da intimidade no afã de contribuir para a obtenção da melhor anamnese. Este panorama, sem dúvida, propiciará desaguar no diagnóstico correto e, por fim, no almejado e apropriado tratamento.

Tamanho foi o grau de humilhação sofrido pela ofendida, *in casu*, que o marido deparou-a aos prantos, após os fatos, sentada no meio-fio próximo ao Hospital, em franca demonstração de encontrar-se transtornada. Tais abalos de âmbito psicológico tiveram dimensão improvável e inesperada no contexto, haja vista ter repercutido no cônjuge (sargento), o qual chegou a requerer e obter o seu licenciamento do Exército.

Nesse compasso, elogiável a força moral da vítima para, suplantando toda espécie de obstáculos de âmbito moral, psicológico e, porventura, eventuais censuras, expor os fatos, trazendo-os à luz, com vistas à sua devida apuração e à consequente punibilidade do agente, a qual veio a efeito com o julgamento, nesta Corte Superior, da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS, com o seu consequente trânsito em julgado, em 2.4.2013.

Saliente-se, ainda, que a atitude heroica da paciente pode ter salvado outras mulheres, passíveis de sofrerem tamanha humilhação e ofensa íntima.

2) Aspectos inerentes à apreciação do CJ e ao pleito defensivo de desclassificação da conduta para a seara disciplinar.

Conforme especificado, o presente CJ diz respeito à verificação de suposta violação pelo Maj Med MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES dos preceitos inerentes aos valores, aos deveres, à ética militar e, porque não dizer, ao decoro da classe, esculpidos no art. 14, *caput* e parágrafos 2º e 3º, no art. 27, *caput* e incisos I, II, III, IV, V e VI, no art. 28, *caput* e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI e XIX, no art. 31, *caput* e incisos I, III, IV e V, nos arts. 32 e 33, e no art. 43, *caput* e parágrafo único, tudo da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

Com efeito, os fatos em apreciação estão adstritos àqueles detalhadamente descritos no Libelo Acusatório.

Encontram-se imbricados na presente análise, inevitavelmente, os efeitos decorrentes da conduta deflagrada da Ação Penal Militar que culminou com a condenação do ora Justificante, nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS, à pena de 1 (um) ano de detenção, como incurso no art. 235, c/c o art. 237, inciso II, e o art. 73, tudo do CPM.

Todavia, aqui se cuidará de julgamento de caráter ético/moral, envolvendo Oficial-médico do Exército, acerca do qual são imputadas sérias violações às retromencionadas disposições do Estatuto dos Militares. Em síntese, será objeto de apreciação a aferição da presença ou da ausência, a partir dos fatos em relevo, dos predicados inafastáveis que compõem o comportamento do militar. Sobretudo, como desfecho, concluir-se-á acerca da potencial integridade moral do Justificante para permanecer compondo, ou não, os quadros da Força Terrestre.

Em outras palavras, está prevista no art. 43 do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) a instauração de Conselho de Justificação para apurar eventual responsabilidade funcional, pecuniária, disciplinar ou penal do Oficial, ainda que se trate de fatos pelos quais já tenha sido condenado, porquanto a sua finalidade é aferir, diante dos preceitos éticos e morais afetos à instituição militar, a capacidade ou não do envolvido permanecer na ativa. E não se olvide que, diante da independência das instâncias, um mesmo fato pode ter reflexos penais, administrativos e civis, de forma que as condutas que deram suporte a processo criminal podem, por sua natureza e circunstâncias, servir de subsídio para a instauração de procedimento na esfera administrativa, sem acarretar *bis in idem*.

É certo que o Conselho de Justificação – consistente em processo administrativo especial, com o contorno de processo ético disciplinar, ao qual são submetidos os Oficiais das Forças Armadas – deve conduzir-se pelas normas estabelecidas na Lei nº 5.836/72. Ao procedimento também se aplicam, subsidiariamente, as normas previstas na Lei nº 9.784/99 (art. 69 da Lei nº 9.784/99) e do Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69) no que couberem.

Dá-se ao CJ a feição de um processo administrativo de caráter especial, havendo nele duas fases: a primeira desenvolvida no âmbito da Força Armada (fase administrativa), seguida da fase judicial, para a qual, exsurge a competência do STM.

Dado o caráter ético/moral do presente feito, descabido torna-se o argumento relativo ao *bis in idem*. Igualmente, verifica-se desprovido de sustentação o pleito defensivo no qual se pugna pela desclassificação da conduta para o campo administrativo disciplinar estrito.

Quanto à inexistência de *bis in idem*, trago à colação o precedente cuja Ementa segue transcrita:

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONDUTA FUNCIONAL IRREGULAR. INCOMPATIBILIDADE. REFORMA.

1. Preliminar de proibição de dupla punição. No caso em questão, não há que cogitar dupla punição, porquanto o presente processo não se destina a julgar transgressões disciplinares ou crimes, mas, sim, avaliar, do ponto de vista ético e moral, a capacidade do oficial de

permanecer na respectiva Força Armada. Preliminar rejeitada por unanimidade. (...). (destaquei).

(STM. Conselho de Justificação nº 222-24.2013.7.00.0000/DF. Relator Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes. Julg.: 2.2.2015. Public.: DJe de 3.3.2015).

Nesse diapasão, haja vista a gravidade, a repercussão e os reflexos dos fatos em contexto, tornar-se-ia descabido ficarem adstritos meramente aos aspectos de âmbito essencialmente disciplinar, como quer a Defesa. À evidência, além da repercussão no âmbito profissional relativa à pessoa do Justificante, aquele malsinado atendimento no Hospital Militar transcendeu o cabedal de consequências deletérias, atingindo a reputação da OM de Saúde envolvida e, inclusive, da própria Força Terrestre. Notável, pelas notícias veiculadas (cf. Libelo), a perplexidade causada pelos fatos perante a opinião pública.

Portanto, as consequências da conduta, mormente sopesados os seus contornos éticos e de decoro da classe, afastam soluções simplistas para a questão. Pelo contrário, fomentam sérias reflexões sobre o indevido exercício da medicina, em fatídico atendimento ambulatorial no comentado Hospital. O atendimento médico, em contexto, restou transmutado em ferramenta para a manipulação da paciente em franco desvirtuamento de sua finalidade, pois enveredou para a prática de atos libidinosos, inclusive, com intensidade acentuada, conforme assinalado no Libelo.

Ademais, vale frisar que os fatos mereceram a devida apreciação no campo penal militar. Alavancou-se a oportuna Ação Penal Militar que, por caracterizar a ocorrência de crime tipificado no CPM, mereceu a devida apreciação nesta JMU, culminando com a condenação exarada nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS, com trânsito em julgado em 2.4.2013.

Portanto, inviável a pretendida desclassificação da conduta para considerá-la unicamente sob a tônica disciplinar.

3) Elementos extraídos do Processo Ético Profissional nº 46/2007 – CRM/MS.

Devem ser trazidos à baila elementos extraídos do Processo Ético Profissional nº 46/2007, a que se submetera o Maj Médico MARCUS VINÍCIUS, no âmbito do Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul (CRM/MS), em razão dos fatos correlacionados ao presente CJ.

Da conclusão e Voto do Relator (Conselheiro Dr. Moacyr Basso Júnior) extraem-se elementos significativos que possibilitam equacionar a gravidade dos fatos (fls. s/nº - Apenso 9):

É de se esperar (sic) na vida de qualquer indivíduo que as experiências vividas, principalmente as negativas, nos faça ter mais cuidado ao nos

deparar com determinadas situações. O que chama atenção para este caso é a forma do exame físico empregado pelo colega para com a paciente; ou seja: nitidamente não a informou dos motivos do exame físico, visto que esta veio para trazer exames já solicitados em consulta anterior por outro profissional e receber possível medicação para infecção de urina. Outra ação surpreendente foi a realização de exame físico detalhado sem chamar assistente de enfermagem, possivelmente trancado a sala e não usando luvas de procedimento conforme reza a boa prática médica; lembramos que o médico justificou-se não sendo necessário referidos cuidados. Apesar das tentativas de justificar-se, não há explicação satisfatória para referido exame sem cuidados prévios e sem prévia comunicação e aceitação da paciente, salvo quando temos risco de vida iminente. Ou seja, seus atos mesmo que justificados pela semiologia não respeitaram a integridade física e psicológica da paciente, permitindo com isso transparecer um abuso sexual, transgredindo a relação médico/paciente; sinalizando demonstrar querer levar vantagens desta relação e maculando a ética médica.

(...)

Há sem sombra de dúvidas, da minha parte, infração da ética médica, ou seja, Dr. Bentes realizou exames íntimos em uma paciente sem solicitar consentimento, agravou seu ato ao não usar de aparatos médicos de proteção dele e da paciente, corrompeu costumes e maculou a relação médico paciente ao transparecer excitação ao realizar o exames (sic) físico, piorando sua situação ao não chamar a auxiliar de sala. Com tudo o que foi exposto e discutido, não creio haver necessidade de novamente relatarmos toda a forma de exame físico desenvolvido pelo Dr. Marcus à sua paciente, poupando assim novos constrangimentos, porém não há condições de não chegarmos a uma conclusão óbvia de culpabilidade deste profissional pois, reafirmo, seria de se esperar com os episódios anteriores que este tivesse aprendido a se proteger perante possíveis transgressões do Código de Ética Médica.

Voto pela culpabilidade a todos os artigos acima relacionados conforme amplamente discutido e justificado, menos quanto ao artigo já descharacterizado.

Art. 46 – Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida (art. 22 do atual Código de Ética Médica – Resolução CFM 1931/2009).

Art. 55 – Usar da profissão para corromper os costumes, cometer ou favorecer crime (art. 22 do atual Código de Ética Médica – Resolução CFM 1931/2009).

Art. 63 – Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sobre os seus cuidados profissionais (art. 38 do atual Código de Ética Médica – Resolução CFM 1931/2009).

Art. 65 – Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico/paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou política (art. 40 do atual Código de Ética Médica – Resolução CFM 1931/2009).

Quanto à pena.

Voto pela aplicação da pena contida na alínea “D” do art. 22 da Lei 3.268/57 (suspensão por trinta dias).

Estou a propor pena acima do mínimo legal em razão da gravidade de tudo que restou apurado e comprovado, havendo que se impor sanção ajustada à efetiva violação do Código de Ética Médica em atenção à noção jurídica da proporcionalidade. (grifos nossos).

Outro conselheiro, o Dr. Celso Rafael Gonçalves Codorniz, divergindo do Relator e do Revisor, tão somente no tocante à pena, apresentou voto nos seguintes termos (fls. s/nº - Apenso 9):

Estou a apresentar voto divergente, apenas quanto à pena a ser aplicada.

Concordo com Relator e Revisor, na parte relativa ao mérito, ou seja, a prova é clara e robusta no sentido de revelar que o denunciado não merece continuar a integrar a classe médica.

O denunciado, oficial do Exército Brasileiro, vergonhosamente usou da profissão para corromper costumes e praticar crime gravíssimo.

O § 1º do art. 22 da Lei Federal 3.268/57 garante a aplicação de pena superior ao mínimo legal, para os casos de GRAVIDADE MANIFESTA.

Estamos diante de tal situação, inequivocamente.

O que pode ser mais grave do que usar a profissão para praticar fraude sexual?

O que pode envergonhar mais toda a classe médica?

O *modus operandi* do denunciado demonstra que ele não se corrige.

Para situação grave, pena grave.

Por tais razões, divergindo do Relator e do Revisor apenas quanto à pena de seus votos, apresento proposta de pena de CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL, AD REFERENDUM DO CONSELHO FEDERAL (letra “e” do art. 22 da Lei 3.268/57). (grifei).

Sem dúvida, o voto acima se traduz em significativo expoente quanto aos fundamentos indicativos da culpabilidade do Dr. MARCUS VINÍCIUS. Diz respeito à percepção de atribuir aos fatos, em tela, o predicado de episódio vergonhoso para a classe médica. Igualmente, exsurge a forte impressão, exarada no contexto daquele julgamento de caráter ético profissional, de atribuir ao padrão de conduta no âmbito castrense, observados seus rigores, a evidente subversão dos valores cultuados na caserna. A rigor, do Oficial médico em apreço esperava-se conduta diversa da que empreendida na oportunidade. Reconhece-se que praticou crime gravíssimo.

Nesta esteira, o Acórdão exarado pelo CRM/MS foi lavrado com o seguinte teor, do qual, também, resultou a correspondente Ementa (fls. s/nº - Apenso 9):

Ementa

Processo disciplinar instaurado para apurar denúncia de suposto assédio sexual durante a prática de ato médico. Prova efetiva de atentado violento ao pudor. Uso da profissão para a prática de crime. Médico que aproveitou da relação médico-paciente para obter absurda vantagem sexual. Condenação por violação dos arts. 46, 55, 63 e 65 do Código de Ética Médica. Aplicação da pena de cassação do exercício profissional, pela gravidade da situação apurada, tudo por maioria de votos (apenas quanto à capitulação da pena).

Acórdão

Acordam os Conselheiros do CRM/MS, em Sessão Plenária de 11 de dezembro de 2010, em condenar o médico Marcus Vinícius Carreira Bentes, por violação dos arts. 46, 55, 63 e 65 do CEM (considerando-se descaracterizado o art. 4º do CEM, porque o novo CEM não manteve este artigo como possível de enquadramento ético), aplicando-lhe a pena da letra “e” do art. 22 da Lei 3268/57, por maioria de votos (apenas quanto à capitulação da pena). (destaquei).

Vale destacar que, nos termos do Aviso de Penalidade acostado aos autos, o CRM/MS aplicou a sanção prevista na alínea “e” do art. 22 da Lei nº 3.268/57, após ratificada pelo Pleno do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, em julgamento realizado em 10.2.2012, do qual se extrai (fl. 1.797 – V. 9):

(...) vem executar a pena aplicada ao médico MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES (CRM/MS 3036), de CASSAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL (pena contida na alínea “e” do art. 22 da Lei 3.268/57), por infração aos arts. 46, 55, 63 e 65 do Código de Ética Médica (fatos também previstos nos arts. 22, 30, 38 e 40 do atual CEM) – comete infração ética o médico que desrespeita o pudor do paciente procedendo exame ginecológico sem o rigor técnico e com práticas libidinosas. Este Edital visa executar a pena aplicada como punição disciplinar, devendo as autoridades, médicos e sociedade em geral que dele tomarem conhecimento fiscalizar a sua correta observância. (sublinhei).

Nesse contexto, exsurge questão curiosa. O ora Justificante exerce o Oficialato em atividade médica. Seu ingresso nas fileiras do Exército está estritamente imbricado com essa especial finalidade, qual seja, o atendimento médico-hospitalar, para o qual se especializou em urologia.

Ora, não mais podendo exercer a medicina, perde sustentação a sua permanência no exercício desse mister no âmbito da Força Terrestre. E mais, se ele for compelido à realização de atendimentos médicos, no contexto funcional, a Administração Militar estará, efetivamente, contribuindo para “o exercício ilegal da profissão”, haja vista a cassação formalizada pelo CRM/MS, conforme acima mencionado.

Por outra via, a eventual retirada do ora Justificante da atividade médica, em definitivo, representará evidente desvio de função, prática condenável no âmbito da Administração Pública.

Dessa forma, além de sua cristalina incompatibilidade em face da cassação de seu diploma, patente é a conclusão acerca da culpabilidade do Justificante, sendo merecedor da reprimenda aplicável no âmbito do presente CJ.

4) Ênfase extraída do Despacho Decisório do Comandante do Exército.

Significativos elementos de convicção são extraídos do Despacho Decisório nº 062/2016 da lavra do Cmt do Exército, exarado em 4.4.2016, o qual deu ensejo à finalização da fase administrativa do presente CJ.

Tamanha é a relevância da citada Decisão, cujo conteúdo decorre da análise aprofundada da *quaestio*, que será incorporada ao presente Voto como parcela integrante de sua fundamentação. Assim, pormenorizadamente, extrai-se daquele *Decisum* (fls. 1.784/1.789 – V. 9):

3. No mérito:

a. impende assinalar, inicialmente, que o Conselho de Justificação é um processo especial autônomo, de natureza administrativa, que tem por objeto apreciar determinadas condutas praticadas por militar, sob o ponto de vista ético-moral e, em razão disso, deve a decisão de instauração do processo fundamentar-se em indícios contundentes acerca das acusações que se pretende imputar por meio do Libelo Acusatório;

b. todas as profissões possuem um código de ética, traduzido em um documento formal que contém suas normas de conduta; a maioria desses códigos adota como princípios a honestidade, a lealdade, o respeito à dignidade da pessoa e o acatamento da hierarquia, entre outros;

c. no que diz respeito aos militares, esses padrões são especialmente rígidos, em função da própria natureza da profissão e das servidões que ela impõe aos que lhe devotam a existência;

d. a ética militar brasileira tem expressão no art. 28 do Estatuto dos Militares, onde se encontram elencados os padrões que conformam a conduta do militar e delinham, com exatidão, os limites que a circunscrevem, não havendo possibilidade de dúvida quanto ao seu verdadeiro significado nem quanto à sua real amplitude, em razão da forma simples como são enunciados;

e. destaca-se que, em conformidade com o art. 32 do Estatuto dos Militares, todo cidadão ao ingressar em uma das Forças Armadas presta o compromisso de honra, no qual afirma a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares, manifestando a sua firme disposição de bem cumpri-los;

f. em razão do rigor com que os padrões éticos se impõem aos militares, o compromisso a que se refere o art. 32 do Estatuto Castrense, atendendo ao disposto no subsequente art. 33, “terá caráter solene e será

sempre prestado sob a forma de juramento à Bandeira [...] e tão logo o militar tenha adquirido um grau de instrução compatível com o perfeito entendimento de seus deveres como integrante das Forças Armadas”;

g. salienta-se por importante, na questão em exame, que o oficial superior em tela, pertence ao Quadro de Oficiais Médicos e, além da condenação à pena de 1 (um) ano de detenção, em Acórdão transitado em julgado, pelo Superior Tribunal Militar, teve o seu Registro Funcional de Médico cassado, em decisão do Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso do Sul, a qual foi ratificada pelo Pleno do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, em 10 FEV 12;

h. a composição do Conselho de Justificação obedeceu aos ditames prescritos no art. 5º da Lei nº 5.836/1972, tendo sido o justificante regularmente intimado a comparecer a todas as sessões de julgamento, a apresentar suas razões de defesa por escrito, após ter-lhe sido fornecida cópia do Libelo Acusatório, sendo, ainda, assistido por advogado devidamente constituído, tudo em conformidade com o art. 9º da Lei em comento;

i. a respeito da observância, pelo Conselho, dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988, registra-se que foi permitido ao Justificante o acompanhamento de todas as etapas do processo, estando presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, sendo-lhe concedida vista e cópia dos autos, contestação, por escrito, do Libelo Acusatório e a apresentação de quesitos às diligências realizadas por intermédio de cartas precatórias, alegações finais, submissão às Juntas de Inspeção de Saúde, em grau de recurso e, ainda, em caráter revisional;

j. importante registrar que, além das provas documentais carreadas aos autos pela defesa, constituídas de documentos, foram ouvidas 8 (oito) testemunhas, ocasião em que tais provas foram produzidas sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, tendo sido contestados, de forma fundamentada, pelo Conselho de Justificação, todos os questionamentos apresentados pela defesa do Justificante;

k. ademais, após a conclusão da instrução do feito, foi oportunizada ao acusado e ao seu defensor ter vista dos autos e a apresentação de alegações finais, antes da decisão do Conselho, com a aplicação subsidiária dos art. 427 e 428 do CPPM, hipótese prevista no art. 17 da Lei nº 5.836/1972, sendo concedida, ainda, ao seu Defensor, profissional devidamente habilitado perante a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a oportunidade de realizar sustentação oral perante o Colegiado, antes do pronunciamento dos respectivos votos, na Sessão de Julgamento do Relatório, o que lhe garantiu, efetivamente, amplas possibilidades de defesa;

l. compulsando as provas testemunhais produzidas, verifica-se que restou sobejamente comprovada a conduta antiética imputada ao oficial superior, que feriu, de forma contundente, não somente os preceitos da ética e do dever militar, mas também o Código de Ética Médica;

m. assim, em face das razões de fato e de direito acima expendidas, vislumbra-se na conduta atribuída ao oficial em apreço a existência de elementos que indicam, com segurança, um comportamento divorciado dos preceitos regulamentares, que causou repercussão negativa no campo da hierarquia, da disciplina e à imagem do Exército perante o público interno e externo;

n. o art. 42, § 1º, do Estatuto dos Militares preconiza que a violação dos preceitos da ética militar será tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer;

o. o art. 36 do Estatuto dos Militares, por seu turno, dispõe que o oficial é preparado, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção e, portanto, a ofensa aos princípios da ética e dos deveres militares não se coaduna com a condição do militar, principalmente em se tratando de oficial, que, sendo forjado e educado para as normas de honradez, é obrigado a pautar sua conduta não só conforme a lei, mas, sobretudo, com dignidade e com a observância aos preceitos da ética militar;

p. neste sentido, o Conselho de Justificação revela-se como um instrumento de significativo valor, destinado a aferir a capacidade do oficial das Forças Armadas de permanecer na ativa, proporcionando-lhe, ao mesmo tempo, dentro do devido processo legal, a oportunidade do contraditório e da ampla defesa; e

q. à luz do art. 41 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), cabe ao militar a responsabilidade integral pelas decisões que tomar, pelas ordens que emitir e pelos atos que praticar.

4. Conclusão:

a. verifica-se, assim, que o oficial em questão foi condenado, por unanimidade, pelo Superior Tribunal Militar (STM) à pena de 1 (um) ano de detenção, como incurso no art. 235 (pederastia ou outro ato de libidinagem), combinado com o art. 237, inciso II (aumento de pena), e art. 73 (*quantum* da agravação ou atenuação), todos do Código Penal Militar (CPM), convertida em prisão, nos termos do art. 59 do mesmo Código, denegando a concessão do benefício do *sursis* em face de expressa vedação legal prevista no art. 88, inciso II, alínea "b", do CPM, tendo ocorrido o trânsito em julgado da referida ação penal em 2 ABR 13;

b. o Justificante teve o seu Registro Funcional de Médico cassado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Mato Grosso do Sul, decisão ratificada pelos Conselheiros membros do Pleno do Tribunal Superior de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina, por unanimidade de votos;

c. considerando, ainda, que o Conselho de Justificação constatou que houve infringências às seguintes disposições estatutárias referentes aos militares das Forças Armadas:

1) dos princípios basilares e estruturantes do Exército, consoante o estatuído no art. 14, §§ 2º e 3º, da Lei nº 6.880/1980;

2) das manifestações essenciais dos valores militares preconizados no art. 27, incisos I a VI, da Lei nº 6.880/1980;

3) dos princípios éticos morais do sentimento do dever, do pundonor militar e do decoro da classe, elencados no art. 28, incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XVI e XIX, da Lei nº 6.880/1980;

4) dos deveres militares que emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, consoante o insculpido no art. 31, incisos I, III, IV e V e aos arts. 32 e 33 da Lei nº 6.880/1980; e

5) a quebra do compromisso de honra, no qual o Justificante afirmou a aceitação consciente dos deveres militares, manifestando a sua firme disposição de bem cumpri-los; o descumprimento das atribuições, deveres e responsabilidades que lhes foram cometidas, arts. 32 e 33 da Lei nº 6.880/1980.

d. por fim, anota-se que o Exército Brasileiro, que sempre fundamentou sua atuação na busca incessante de aperfeiçoamento dos elevados padrões éticos e morais de seus integrantes, valorizando atitudes e comportamentos que privilegiam a assimilação e a prática dos deveres, dos valores e das virtudes militares, teve, no episódio em questão, a sua imagem maculada de forma contundente; e

e. em razão de toda a motivação de fato e direito acima expendida, dou o seguinte

DESPACHO

a. CONCORDO com o julgamento do Conselho de Justificação e considero o Maj Med (019622283-0) MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES, levando em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar, incapaz de permanecer nas fileiras do Exército, nos termos do art. 12, § 1º, alínea "c", da Lei nº 5.836/1972.

Impõe-se, na mesma trilha, de acordo com as violações de cunho ético/moral relativas à órbita do Oficialato, observadas no presente CJ, o desfecho concernente à aplicação de sanção correspondente à incompatibilidade do Maj MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES com o cargo ocupado, agregado à sua incapacidade de permanecer em atividade, no exercício de suas funções precípuas na Força Terrestre.

5) Teor da Prova Oral colhida no CJ.

A prova oral colhida compõe o acervo que deságua, de forma uníssona, na culpabilidade do Justificante, atribuindo-lhe a prática dissociada, sobretudo, da ética militar e do pundonor da classe. A princípio, vejamos as declarações da ofendida e de seu marido:

- A Sra. SGAV afirmou, peremptoriamente, ter sido vítima de atos libidinosos perpetrados pelo ora Justificante, por ocasião de atendimento médico por ele procedido. Extrai-se daquela oitiva (fls. 414/419 – V. 3):

(...) **perguntado** se quando foi chamada para ser atendida, se fazia acompanhar de alguma pessoa ou se viu o Justificante requerer a presença de uma enfermeira para acompanhá-los durante a consulta, **respondeu** que estava sozinha; **perguntado** se no momento em que foi chamada para a consulta estava nervosa porque o horário da sua consulta já havia sido ultrapassado, **respondeu** que não, que a sua consulta estava marcada para as 09:40 h e que ela foi atendida às 09:00 h; (...) **perguntado** se, ao entrar no consultório, e por ocasião do início da consulta, deu ciência ao Justificante de que estava ali tão somente para mostrar resultados de exames solicitados pelo seu urologista, o Dr. Bonfim, **respondeu** que sim, que estava ali para mostrar esses exames; **perguntado** se, além de estar naquela consulta para dar ciência dos exames solicitados pelo Dr. Bonfim, se também nesta oportunidade se queixou de alguma dor que estivesse sentindo para o Justificante, **respondeu** que não, porque o que tinha sentido, já havia sido tratado pelo Dr. Bonfim, e que estava ali apenas para mostrar os resultados dos exames pedidos pelo Dr. Bonfim; **perguntado** como se deu a dinâmica do suposto exame físico realizado, **respondeu** que se dirigiu à consulta para mostrar os exames solicitados pelo Dr. Bonfim e que fez anotações, pediu que a mesma ficasse do lado direito da mesa. O Justificante estava sentado e aproximou a sua cadeira, abrindo as pernas mais para o lado da mesa, estando a suposta Vítima neste momento de frente para o Justificante. A suposta Vítima ficou bem no meio das pernas do Justificante, sendo que o mesmo se aproximou e pediu que a suposta Vítima levantasse o vestido e abaixasse a calcinha. A mesma ficou com vergonha e o mesmo abaixou a calcinha da suposta Vítima até um pouco acima do joelho. A partir deste momento, o Justificante passou a apalpá-la. Apalpou em cima da genitália. Pediu que a suposta Vítima ficasse de costas e deu umas “batidinhas” nas suas costas. Logo em seguida, levantou-se rapidamente, dirigiu-se para a porta e a fechou. A suposta Vítima então levantou a calcinha e abaixou o vestido.

Depois que fechou a porta, o Justificante solicitou que a suposta Vítima deitasse na maca, estando a mesma já com a calcinha levantada e o vestido abaixado. Já deitada na maca, solicitou que a suposta Vítima levantasse o vestido e abaixasse a calcinha, novamente. Ela, então, levantou o vestido e não iria abaixar a calcinha até os joelhos. Então, o Justificante solicitou que a suposta Vítima abrisse as pernas e começou a mexer na sua genitália, abrindo-a. Neste momento, a suposta Vítima percebeu que o mesmo não tinha calçado as luvas. O Justificante passou, então, a introduzir os dedos e a fazer movimentos, perguntando se esta ação a estaria machucando, ao que a suposta Vítima **respondeu** que estava ardendo. Solicitou, então, que a suposta Vítima ficasse de lado, e prosseguiu introduzindo os dedos. Logo em seguida, pediu que a suposta Vítima ficasse de “bunda para cima”. Então passou a mão por debaixo de sua barriga e veio roçando o braço na sua genitália. A suposta Vítima sentiu que ele abriu as suas nádegas e chegou a mexer no seu ânus. Voltou a colocar os dedos na genitália da suposta Vítima, fazendo movimentos de fora para dentro, chegando, no seu entender, a colocar todos os dedos, aleatoriamente. Determinou, então, que a suposta Vítima ficasse de barriga para cima novamente e continuou manipulando a sua genitália. Observou,

neste momento, que o mesmo cheirou a ponta dos dedos. Logo em seguida, o mesmo se retirou e foi até o banheiro. Como a suposta Vítima estava de barriga para cima, pôde observar que o Justificante estava lavando os seus dedos. Observou, ainda, que o mesmo estava suando. O Justificante secou então os dedos e, logo em seguida, o rosto. Observou, neste momento, que o mesmo cheirou a ponta dos dedos.

Ao retornar do banheiro, a suposta Vítima já tinha levantado a calcinha e abaixado o vestido. Neste momento, percebeu que o Justificante mexeu na calça. Percebeu, então, que havia volume na mesma e que o Justificante esboçava um leve sorriso.

A partir deste momento, o Justificante sentou e solicitou que a suposta Vítima sentasse novamente. Ao sentar-se, percebeu que o Justificante continuava mexendo na calça com uma mão enquanto escrevia com a outra, apresentando-se ofegante e suado.

O Justificante passou, então, a perguntar se a suposta Vítima era casada, se tinha filhos, ao que ela **respondeu** que era casada e que tinha 2 (dois) filhos, passando o Justificante, com um sorriso “sem graça”, a comentar que a mesma começou muito cedo, e perguntou a idade dos filhos. Perguntou se a mesma fazia sexo anal com seu esposo, respondendo ela que não, passando ele a afirmar, mesmo após a resposta negativa a respeito da prática de sexo anal, que, no dia em que fosse fazer, não deveria retirar o pênis do ânus e colocar na vagina.

O Justificante apresentava-se, neste momento, suado e ofegante, apesar do ar-condicionado da sala estar ligado. Neste momento, o Justificante prescreveu novos exames e que, assim que os mesmos estivessem prontos, deveria retornar. (...)

(...) **perguntado** se chamou a imprensa acerca do caso, **respondeu** que a sua advogada a orientou que a imprensa fosse chamada logo após a absolvição do Justificante na Auditoria da 9ª CJM, por entender que o Exército Brasileiro não estava dando a devida atenção ao que tinha acontecido com ela. Completou dizendo que a chamada da imprensa teve por objetivo chamar a atenção de todos para o que havia lhe ocorrido, dizendo que já havia acontecido outro caso com esposa de sargento e que entende que a devida atenção não teria sido dada a ela por ser ele um oficial e ela, esposa de sargento; **perguntado** se sabe aproximadamente o tempo de duração da consulta com o Justificante, **respondeu** que deve ter durado de 40 a 50 minutos; (...) **perguntado** quanto tempo demoravam as consultas com o Dr. Bonfim, **respondeu** que eram rápidas, da ordem de 5 (cinco) minutos; **perguntado** se nas consultas realizadas com o Dr. Bonfim, foi realizada manipulação da sua genitália, **respondeu** que não; **perguntado** se o exame físico que a suposta Vítima descreve ter sido realizado pelo Justificante era realizado pelo ginecologista, **respondeu** que nem o ginecologista fez este tipo de exames; (...). (grifos do original).

- O Sr. Kênio Viana (marido da ofendida) declarou ter encontrado a sua mulher completamente transtornada após ter sido atendida pelo Maj Ex MARCUS VINÍCIUS. Disse haver estranhado o tipo de exame realizado em sua

cônjuge, conquanto aparentava dizer respeito à ginecologia, apesar da especialidade do médico consultado ser urologia. Complementou haver encontrado sua mulher, após a consulta, sentada em meio-fio, próximo ao Hospital, chorando e queixando sentir-se “um lixo” e, em contínuo, passou a narrar os acontecimentos relativos àquele atendimento médico. Seguem suas declarações (fls. 425/429 – V. 3):

(...) **perguntado** se a suposta Vítima foi à consulta à época dos fatos, sozinha, ou se foi levada pelo seu esposo, **respondeu** que foi levada por ele; **perguntado** se permaneceu ou não com a esposa no H Ge CG e, caso não tenha permanecido, porque, **respondeu** que não, pois teve de retornar ao quartel, tendo em vista que teria de participar de uma Formatura Geral; **perguntado** como a testemunha foi acionada pela sua esposa após a consulta, **respondeu** que, quando chegou em sua Seção para trabalhar, havia um recado de sua esposa, que havia lhe telefonado para que retornasse ao Hospital para buscá-la; **perguntado** como se deram, cronologicamente, os fatos, desde o momento em que a esposa o acionou, até o início do processo na Justiça Militar, **respondeu** que, assim que chegou à Seção para trabalhar, foi informado que a sua esposa o havia acionado para buscá-la no Hospital, citando que este acionamento, naquele momento, não estava previsto. Ao lá chegar, encontrou a sua esposa sentada no meio-fio, chorando. As primeiras palavras que sua esposa lhe disse foi que estava se sentindo “um lixo”, “um verme”. Pediu a ela que se acalmasse e passou ele a lhe perguntar os motivos dela estar se sentindo assim. Sua primeira pergunta foi porque foi atendida antes do horário. Passou ela, então, a lhe relatar o que ocorreu no consultório do Justificante, o que foi relatado pela testemunha da seguinte forma: “que ao entrar na sala, o doutor olhou o resultado do exame, pediu para que ela ficasse de pé, de costas; depois pediu que ficasse de frente, ela já estando próxima a ele, pediu para que levantasse o vestido, ele abaixou a calcinha e passou a apalpá-la. Não contente, abaixou a sua calcinha até o joelho, logo se levantou, pediu para que ela deitasse na maca, e aí começou a colocar os dedos em sua vagina, pediu para que se colocasse de bruços, colocou a mão por baixo do seu corpo. Nisto, ela por diversas vezes, observou que o mesmo estava ofegante, suado. Tais procedimentos sendo feitos todos sem luva e sem outra pessoa na sala, sem acompanhante, equipamento, estrutura que pudesse permitir esse exame. Depois disso, o mesmo foi até a pia lavar as mãos e cheirava os dedos”. Logo em seguida, passou a relatar suas ações (testemunha) da seguinte forma: “eu a deixei em casa e retornei ao Hospital, para me certificar com a recepcionista de que a minha esposa tinha sido submetida a um exame com um urologista, não com um ginecologista. (...)” Prosseguiu sua resposta da seguinte forma: “ainda perguntei à recepcionista se era de costumes tais exames serem feitos na sala de um urologista, e ela **respondeu** que não. (...) Entrei em contato com o Sargento que tinha passado pelos mesmos problemas que eu estava passando (...) Este Sargento, formado em Direito, estava de posse de todo o processo, pelo que o mesmo Major tinha passado anteriormente, que veio a nos ajudar bastante. De posse de todo esse material, esse processo, e com a presença das outras vítimas, compa-

recemos no dia do julgamento, que, para minha surpresa, o médico foi novamente absolvido, o que me decepcionou, me fez voltar ao quartel e pedir baixa. Eu gostaria de citar que, durante o trâmite, eu procurei, de todas as formas, para que tudo fosse resolvido no âmbito interno, mas fui chamado por várias vezes pelo Major, que agora já não se demonstrava uma figura com a intenção de ajudar, o Major tinha mudado. O Major me passa agora a fazer perguntas como: ‘a sua mulher nunca pulou a cerca?’. Em outra oportunidade: ‘o pessoal do HG está com o resultado de um exame ginecológico que comprova que a sua esposa tem doença venérea’, o que me fez, novamente, procurar rapidamente a advogada, a qual levou minha esposa para fazer exames ginecológicos numa clínica particular, o que foi constatado que a mesma estava em saúde plena. Durante o problema, gostaria de salientar que, por diversas vezes, fui ameaçado pelo advogado do doutor, o qual demonstrava que possuía relacionamento com o Comandante do HG, e por vezes, me dizia ‘isto não vai dar em nada, vai terminar em pizza, você é praça, ele é oficial, e você sabe como que é, eles estão dizendo: vão te arrebentar, a tua carreira já era.’” (grifos do original).

À semelhança, as declarações prestadas pelas cinco testemunhas que, inquiridas neste feito, integraram a Comissão de Ética Médica Especial, outrora formada no HGeCG (Hospital Geral de Campo Grande), mostram-se uniformes em atribuir, na visão daqueles Oficiais médicos, considerando os fatores que orbitaram no cenário daquele comentado atendimento, conduta injustificável empreendida pelo Maj MARCUS VINÍCIUS. De forma uníssona foi atribuída, ao Oficial em comento, a violação aos valores precípuos da ética médica. Afirmaram, ainda, ter sido empreendida exposição negativa, perante a sociedade local, da imagem própria do médico em evidência, bem como da Direção do Hospital e de seu Corpo Clínico.

Portanto, na ótica daquelas testemunhas, nenhuma das justificativas apresentadas para a conduta inadequada em contexto seria idônea para excluir a responsabilidade no campo ético/profissional do ora Justificante, haja vista, por exemplo, a disponibilidade de materiais para a realização dos exames (lençol, luvas etc.), caso fosse indispensável a consecução do ato médico naquelas circunstâncias. Igualmente, dispunha-se de atendentes que, se acionadas, far-se-iam presentes para acompanhar o procedimento em tela, no interior do consultório, independentemente de inopinado aumento da demanda de atendimentos.

Nesse contexto, destacam-se os trechos das declarações prestadas:

- Cel Roosevelt Louback de Carvalho (fls. 548/558 – V. 3):

O depoente integrou a Comissão de Ética Médica Especial do HGeCG, como membro; que a citada Comissão foi designada no Boletim Interno nº 090, de 15 de maio de 2007, pelo então Diretor daquele nosocômio, para apurar os fatos descritos na Parte Sem Número, do então 2º Sargento Kênio Viana, esposo da suposta vítima; que a referida Comissão expediu Relatório conclusivo, atestando os seguintes pontos: que não

é caso de justificação, pelo Justificante, a alegação de que procedeu exame físico na suposta vítima sem a presença de acompanhante da mesma ou de funcionária do ambulatório, devido ao grande movimento do ambulatório e poucas funcionárias do mesmo disponíveis, assim, o Justificante violou o Código de Ética Médica; que não é caso de justificação, pelo Justificante, a alegação de que não utilizou lençol para cobrir a genitália da suposta vítima antes e após o exame físico especializado e nem ter trancado a porta do consultório, expondo a suposta vítima a entrada intempestiva de outra pessoa no momento do exame, devido ao fato de não haver lençol na sala de atendimento e de que as pessoas batem na porta antes de entrar e aguardam autorização para entrarem, assim, o Justificante violou o Código de Ética Médica; que, apesar de não ter violado o Código de Ética Médica, violou a boa prática médica o fato do Justificante não ter utilizado luvas de proteção durante o exame da genitália da vítima; e que o Justificante sujeitou-se às acusações provenientes da suposta vítima, expondo negativamente e de forma desnecessária, além de sua própria pessoa, o então Corpo Clínico e o então HGeCG; (...) **perguntado** ao depoente se concorda com a conclusão a qual chegou a Comissão de Ética Médica Especial por ocasião da conclusão da apuração dos retromencionados fatos que envolveram a citada consulta, à época desses fatos, qual seja: que o Justificante, ao não se utilizar dos meios preconizados pelo Código de Ética Médica e da boa prática médica, nessa consulta, se sujeitou a ser denunciado pela suposta vítima, expondo a própria imagem, a do Corpo Clínico e a do então HGeCG, **respondeu** que sim; **perguntado** ao depoente se houve reflexos negativos para o então Corpo Clínico e o então HGeCG à época dos fatos, em virtude deste caso, **respondeu** que ficou um mal-estar das pessoas que tomaram conhecimento dos fatos em relação à Direção do então HGeCG, principalmente em função da suposta vítima no sentido de que fosse apurado com o maior rigor possível o seu relato. O depoente quer deixar claro que o mal-estar com relação à Direção do hospital foi relacionado com as pessoas do círculo de amizade da suposta vítima, que tomando conhecimento dos fatos buscavam um posicionamento da Direção do hospital para que houvesse o máximo de rigor na apuração; **perguntado** ao depoente se poderia citar exemplos desses reflexos, **respondeu** que o fato ficou restrito no âmbito da Direção do hospital e da Comissão, que os reflexos se deram muito mais pela suposta vítima e seus familiares sobre o acusado no sentido de que iriam buscar seus direitos junto ao Conselho Regional de Medicina e a própria Justiça caso o hospital não procedesse a apuração com rigor, mas também gerou um mal estar dentro dos oficiais que detinham o conhecimento do fato em saber que aquilo que foi constatado pela Comissão ocorrera dentro do local que você serve; que após o fato a Direção do hospital determinou a obrigatoriedade de que houvesse uma acompanhante na consulta toda vez que a consultada fosse do sexo feminino, que num primeiro momento a Direção do hospital colocou o Justificante atendendo apenas o segmento masculino e que após mais algum tempo depois o Justificante foi afastado do desempenho técnico como médico, passando a realizar apenas trabalhos administrativos; (...) **perguntado** ao depoente se antes do fato ocorrido não existia nenhum

tipo de ordem para que houvesse a obrigatoriedade de uma acompanhante à consulta de segmento feminino, por que está claro que uma das conclusões chegadas pela Comissão de Ética Médica Especial ou da sindicância instaurada à época dos fatos era no sentido de que havia uma ordem não escrita no hospital de que tal ordem existia, mas pela sua resposta anterior tal ordem só passou a existir após o fato, **respondeu** que antes do fato tal ordem existia, mas não era escrita porque a Direção do hospital entendia que todo profissional de saúde tinha pleno conhecimento dessa norma até porque tal norma é ensinada nos bancos escolares, é reforçada na residência e é amplamente divulgada pela nossa sociedade médica representativa, mas que após o fato a Direção quis deixar clara, de forma expressa, tal recomendação e a justificativa usada para escrever tal ordem era que tal norma já era uma recomendação estabelecida pelo Conselho de Medicina. (...) (grifos do original).

- TC Sérgio Goya (fls. 563/570 – V.3):

(...) **perguntado** ao depoente se houve reflexos negativos para o então Corpo Clínico e o então HGeCG à época dos fatos, em virtude deste caso, **respondeu** que logo quando aconteceu o fato quem ficou sabendo foram somente nós da Comissão, o Diretor e alguns oficiais, mas depois o assunto se tornou público com a denúncia através da mídia e todos ficaram sabendo e ficou uma imagem negativa; **perguntado** ao depoente se poderia citar exemplos desses reflexos, **respondeu** que Campo Grande apesar de ser capital é uma cidade com característica de cidade do interior e todo mundo fica sabendo de tudo e a gente trabalha em outros hospitais e ficam associando a nossa imagem a do fato e outro reflexo também foi sentido pelos pacientes que ficaram com o “pé atrás”; (...) **perguntado** ao depoente se antes do fato ocorrido não existia nenhum tipo de ordem para que houvesse a obrigatoriedade de uma acompanhante à consulta de segmento feminino, **respondeu** que não se lembra, mas que essa atitude é inerente às boas práticas da medicina. Não existe uma determinação que eu tenho que ter, mas o bom senso e a boa prática nos impelem a que tenhamos uma auxiliar ou alguém da família junto, é uma coisa inerente a profissão; **perguntado** ao depoente o que ele entende acerca da decisão da direção do hospital em normatizar uma ordem não escrita que havia de que consultas realizadas com o segmento feminino deveriam ser realizadas com a presença de acompanhante e que após o ocorrido e apurado pela Comissão, a direção do hospital resolveu escrever aquilo que não estava escrito, **respondeu** que existe uma recomendação e existe uma lógica de você exercer a sua atividade, isso é inerente e é da nossa natureza, mas quando acontece um fato se faz necessário colocar por escrito; (...) **perguntado** ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que o grande movimento do ambulatório e poucas funcionárias do mesmo disponíveis é justo motivo para que o Justificante tenha procedido ao exame físico na suposta vítima sem a presença de acompanhante da mesma ou de funcionária do ambulatório, ferindo, assim, o Código de Ética Médica, e porque, **respondeu** que não justifica, porque o depoente acha que por mais falta que tenha a gente sempre vai conseguir alguém para acompanhar o exame; **perguntado** se

essa grande demanda existente sobre a especialidade do Justificante é motivo para que essa norma contida no Código de Ética Médica seja descumprida, **respondeu** que não; **perguntado** ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante apresentada pelo Justificante de que o fato de não haver lençol na sala de atendimento e de que as pessoas batem na porta antes de entrar e aguardam autorização para entrarem é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado lençol para cobrir a genitália da suposta vítima antes e após o exame físico especializado e nem ter trancado a porta do consultório, expondo a suposta vítima a entrada intempestiva de outra pessoa no momento do exame, ferindo, assim, o Código de Ética Médica, **respondeu** que não justifica; **perguntado** ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que não tocaria nas mucosas da genitália da suposta vítima é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado luvas de proteção durante o exame da genitália da suposta vítima, ferindo, assim, a boa prática médica, **respondeu** que não justifica.

A suposta vítima afirmou em seu depoimento na Auditoria da 9ª Circunscrição Judiciária Militar (9ª CJM), em 30 de junho de 2008, que procurou, em novembro de 2006, o então Tenente Médico Bonfim, seu urologista, no então Hospital Geral de Campo Grande (HGeCG), porque estava em crise e com muitas dores; que naquela oportunidade o Dr. Bonfim não procedeu nenhum tipo de exame físico na suposta vítima; que o Dr. Bonfim mandou a suposta vítima continuar com a medicação prescrita pelo Setor de Emergência do HGeCG; que o Dr. Bonfim ainda prescreveu à suposta vítima exames para serem realizados; que a suposta vítima, após tomar toda a medicação prescrita pelo Setor de Emergência do HGeCG, e realizar todos os citados exames, retornou ao HGeCG para agendar consulta com o Dr. Bonfim; que a suposta vítima não conseguiu agendar a consulta com o Dr. Bonfim porque o mesmo já tinha sido licenciado das fileiras do Exército; que a suposta vítima agendou consulta com o Justificante para o dia 17 de abril de 2007; que no dia da consulta a suposta vítima foi chamada pessoalmente pelo Justificante para entrar na sala de atendimento antes das 09:00 h, apesar da consulta ter sido agendada para às 09:40h; que a suposta vítima entrou sozinha na sala de atendimento; que a suposta vítima sentou-se na cadeira defronte à mesa do Justificante; que a suposta vítima entregou os exames realizados ao Justificante; que o Justificante abriu os exames realizados pela suposta vítima; que o Justificante olhou os exames realizados pela suposta vítima; que o Justificante fez anotações no prontuário da suposta vítima; que o Justificante perguntou à suposta vítima se estava sentindo algo; que a suposta vítima **respondeu** dizendo que não estava sentindo nada e que a suposta vítima estava ali apenas para mostrar os exames solicitados pelo Dr. Bonfim; que o Justificante iniciou o exame físico na suposta vítima, o qual contou com as práticas descritas de próprio punho, pelo Justificante, no Relatório de Atendimento Médico da suposta vítima, e com as supostas práticas descritas pela suposta vítima e contidas na Parte Sem Número do Ex (sic) Sargento Kênio Viana, esposo da suposta vítima, (...); **perguntado** ao depoente se o procedimento adotado pelo Dr. Bonfim por ocasião da consulta realizada na suposta vítima, em novembro de 2006, em manter

o tratamento da suposta vítima prescrito pelo médico do pronto atendimento, pedir exames complementares e não realizar o exame físico na suposta vítima, naquele momento, foi considerado adequado do ponto de vista da clínica médica para aquele caso concreto, **respondeu** que sim, é adequado, e, às vezes, o especialista concorda e complementa solicitando exames; **perguntado** ao depoente se o procedimento adotado pelo Justificante por ocasião da consulta realizada na suposta vítima e descrita acima, em 17 de abril de 2007, qual seja, realizar exame físico na suposta vítima, inclusive com manipulação da genitália da mesma, mesmo sabedor de que a suposta vítima não apresentava nenhum sintoma clínico e que só estava naquela consulta para mostrar os exames solicitados pelo Dr. Bonfim, e se isso foi considerado adequado do ponto de vista da clínica médica para aquele caso concreto, **respondeu** que, se a paciente vem para mim e eu vejo que no exame existe alteração, a realização do exame físico se justifica para confirmar ou não os exames apresentados, mas não realizar o exame nas condições que foram realizados; **perguntado** ao depoente se os procedimentos adotados pelo Justificante e descritos pelo próprio no Relatório de Atendimento Médico durante a consulta realizada na suposta vítima, em 17 de abril de 2007, qual seja, realizar exame físico na suposta vítima, inclusive com manipulação da genitália da mesma e sem a presença de acompanhante da suposta vítima ou de funcionária do ambulatório do então HGeCG; deixar a porta da sala de atendimento destrancada durante a realização do exame físico na suposta vítima, inclusive com manipulação da genitália da mesma; deixar de usar lençol para cobrir a genitália da suposta vítima por ocasião do exame físico na genitália da mesma; e deixar de usar luvas de proteção durante a manipulação da genitália da suposta vítima, foram considerados adequados do ponto de vista da clínica médica para aquele caso concreto, **respondeu** que não. (...) **perguntado** ao depoente se um médico que estudou por 06 (seis) anos para se formar médico, prestando, inclusive o juramento solene de Hipócrates, depois estudou mais 03 (três) anos para se especializar como urologista, depois cursou por mais 01 (um) ano a Escola de Saúde do Exército, contando, aproximadamente, com mais de 10 (dez) anos de prática médica no meio militar como urologista, que tem obrigação de conhecer o Estatuto Militar e o Código de Ética Médica, e tem o dever, moral e ético, de cumpri-los, poderia alegar desconhecimento de que estava descumprindo normas expressas de procedimentos militares e médicos contidas nos citados documentos, as quais não só foram alvos de apuração como também restaram provadas pela Comissão de Ética Médica do então HGeCG, **respondeu** que não; (...) **perguntado** ao depoente se as condutas médicas realizadas pelo Justificante e descritas de próprio punho, no Relatório de Atendimento Médico, carimbado e assinado por ele mesmo, (realizar exame físico na suposta vítima sem o uso de luvas de proteção, sem cobrir a sua genitália, sem estar acompanhado de funcionária do ambulatório ou de acompanhante da suposta vítima e sem trancar a porta) eram adequadas e recomendadas pelas normas descritas pelo Código de Ética Médica e pela boa prática da medicina, **respondeu** que não; **perguntado** ao depoente se as condutas médicas, em tese, realizadas pelo Justificante sobre a suposta vítima e descritas

na Parte Sem Número do Sgt Kênio Viana, esposo da suposta vítima, são consideradas pela clínica médica e pela boa prática médica como adequadas e como exame físico do tipo urológico que, em tese, foi realizada pelo Justificante sobre a suposta vítima, após a mesma ter atestado pessoalmente ao Justificante que estava assintomática e que o motivo de estar ali era tão somente para mostrar os exames solicitados pelo seu antigo médico acerca de 05 (cinco) meses antes da consulta, **respondeu** que no exame físico do tipo urológico está previsto o toque vaginal sim, mas não nas condições descritas. (grifos do original).

- TC Alexandre de Castro Costa (fls. 581/590 – V.3):

(...) **perguntado** ao depoente se integrou a Comissão de Ética Médica Especial instaurada pelo então Diretor do HGeCG, em 2007, com a finalidade de apurar fatos envolvendo a supracitada consulta, **respondeu** que sim; **perguntado** ao depoente se concorda com a conclusão a qual chegou a Comissão de Ética Médica Especial por ocasião do término da apuração dos retromencionados fatos que envolveram a citada consulta, à época desses fatos, qual seja: que o Justificante ao não se utilizar dos meios preconizados pelo Código de Ética Médica e da boa prática médica, nessa consulta, se sujeitou a ser denunciado pela suposta vítima, expondo a própria imagem, a do Corpo Clínico e a do então HGeCG, **respondeu** que sim; **perguntado** ao depoente se houve reflexos negativos para o então Corpo Clínico e o então HGeCG à época dos fatos, em virtude deste caso, **respondeu** que na situação específica do depoente não reparou esses reflexos, mas como o fato saiu na mídia provavelmente pode ter gerado algo; (...) **perguntado** ao depoente se após a veiculação do fato pela mídia notou reflexos negativos em relação à Instituição, a sua pessoa e à pessoa do Justificante, **respondeu** que em relação à Instituição, por ter saído na mídia, houve por um tempo alguma alteração, mas que depois voltou o grau de confiança no hospital; em relação à pessoa do depoente, não sentiu esses reflexos, e em relação ao Justificante, houve uma mudança de humor que, com o passar do tempo, voltou à normalidade, até porque ele voltou ao desempenho de suas funções administrativas dentro do hospital e da própria Região Militar, mas que não sabe precisar se voltou às funções médicas de atendimento; (...) **perguntado** ao depoente se a testemunha atenderia uma paciente do sexo feminino, realizando exame físico de manipulação de sua vagina sem o uso de luvas, sem a presença de uma acompanhante, sem o uso de lençol para cobrir a sua genitália e sem trancar a porta da sala de atendimento, sob a alegação de justo motivo para tal atendimento de que era grande o movimento do ambulatório e que havia poucas funcionárias do mesmo disponíveis para presenciar essa consulta, **respondeu** que não; **perguntado** se essa grande demanda existente sobre a especialidade do Justificante de que o fato de não haver lençol na sala de atendimento e de que as pessoas batem na porta antes de entrar e aguardam autorização para entrarem é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado lençol para cobrir a genitália da suposta vítima antes e após o exame físico especializado e nem ter trancado a porta do consultório, expondo a suposta vítima à entrada intempestiva de outra pessoa no momento do exame, ferindo,

assim, o Código de Ética Médica, **respondeu** que não; **perguntado** ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que não tocaria nas mucosas da genitália da suposta vítima é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado luvas de proteção durante o exame da genitália da suposta vítima, ferindo, assim, a boa prática médica, **respondeu** que não.

(...) **perguntado** ao depoente se o exame físico realizado na suposta vítima pelo Justificante como está descrito no Relatório de Atendimento Médico pelo próprio Justificante, qual seja, dentre outras ações, realizar esse exame, inclusive com manipulação de sua genitália, mesmo sendo sabedor de que a suposta vítima não apresentava nenhum sintoma clínico e que só estava naquela consulta para mostrar-lhe os exames solicitados pelo Dr. Bonfim, se é considerado adequado do ponto de vista da clínica médica para este caso concreto, **respondeu** que, em relação aos exames, sendo realizados há acerca (sic) de 05 (cinco) meses, é necessária a realização do exame físico, mas o modo como tais exames foram realizados é que podem ser questionados.

(...) **Perguntado** ao depoente se os procedimentos adotados pelo Justificante e descritos pelo próprio no Relatório de Atendimento Médico durante a consulta realizada na suposta vítima, em 17 de abril de 2007, qual seja, realizar exame físico na suposta vítima, inclusive com manipulação da genitália da mesma e sem a presença de acompanhante da suposta vítima ou de funcionária do ambulatório do então HGeCC; deixar a porta da sala de atendimento destrancada durante a realização do exame físico na suposta vítima, inclusive com manipulação da genitália da mesma; deixar de usar lençol para cobrir a genitália da suposta vítima por ocasião do exame físico na genitália da mesma; e deixar de usar luvas de proteção durante a manipulação da genitália da suposta vítima, foram considerados adequados do ponto de vista da clínica médica para este caso concreto, **respondeu** que não. (...) **perguntado** ao depoente se as condutas médicas realizadas pelo Justificante e descritas de próprio punho, no Relatório de Atendimento Médico, carimbado e assinado por ele mesmo, (realizar exame físico na suposta vítima sem o uso de luvas de proteção, sem cobrir a sua genitália, sem estar acompanhado de funcionária do ambulatório ou de acompanhante da suposta vítima e sem trancar a porta) eram adequadas e recomendadas pelas normas descritas pelo Código de Ética Médica e pela boa prática da medicina, **respondeu** que não; **perguntado**, agora, se as condutas médicas em tese realizadas pelo Justificante sobre a suposta vítima e descritas na Parte Sem Número do Sgt Kênio Viana, esposo da suposta vítima, são consideradas pela clínica médica e pela boa prática médica como adequadas e como exame físico do tipo urológico que, em tese, foi realizada pelo Justificante sobre a suposta vítima, após a mesma ter atestado pessoalmente ao Justificante que estava assintomática e que o motivo de estar ali era tão somente para mostrar os exames solicitados pelo seu antigo médico acerca de 05 (cinco) meses antes da consulta, **respondeu** que embora exista o relato da suposta vítima de ter sido, em tese, examinada em posição ginecológica,

o que é procedimento propedeuticamente correto, o que chama atenção são algumas variações que a suposta vítima, em tese, descreve, tais como o toque lateralizado e o toque de brucos. (...) (grifos do original).

- TC Eduardo José Martins do Amaral (fls. 698/704 – V. 4):

(...) **perguntado** ao depoente se concorda quando a Comissão de Ética Médica Especial afirma que houve delito médico cometido pelo Justificante porque nenhuma das justificativas apresentadas pelo Justificante foi acatada como relevante, pela Comissão, porque existia à época dos fatos norma não escrita, no hospital, de que exame de paciente de sexo oposto ao do médico somente deveria ser feito com a presença de acompanhante; de que o Justificante poderia ter solicitado lençol à funcionária do ambulatório; e de que o Justificante deveria ter usado luvas de proteção independente da manipulação da mucosa da genitália da suposta vítima, não só para sua proteção como também para proteção da suposta vítima, **respondeu** que sim; **perguntado** ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que o grande movimento de pacientes no ambulatório e as poucas funcionárias disponíveis são justo motivo para que o Justificante tenha procedido ao exame físico na suposta vítima sem a presença de acompanhante da mesma ou de funcionária do ambulatório, infringindo, assim, o Código de Ética Médica e a boa prática médica. E por quê; **respondeu** que não, porque existem atendentes no andar que poderiam dar apoio a consulta realizada; **perguntado** ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que o fato de não haver lençol na sala de atendimento e de que as pessoas batem na porta antes de entrar e aguardam autorização para adentrarem na sala de atendimento é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado lençol para cobrir a genitália da suposta vítima antes e após o exame físico especializado e nem ter trancado a porta do consultório, expondo a suposta vítima à entrada intempestiva de outra pessoa no momento do exame, infringindo, assim, o Código de Ética Médica e a boa prática médica. E por quê; **respondeu** que não justificativa, porque o lençol poderia ter sido solicitado à atendente e, quanto à porta destrancada, não há como prever se alguém abriria ou não a porta da sala; **perguntado** ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que não tocaria nas mucosas da genitália da suposta vítima é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado luvas de proteção durante o exame da genitália da suposta vítima, infringindo, assim, a boa prática médica. E por quê; **respondeu** que não é justificativa, pois é rotina a utilização de equipamento de proteção individual; **perguntado** se é do conhecimento do depoente de que existia à época dos fatos ordem não escrita, no hospital, de que exame de paciente de sexo oposto ao do médico somente deveria ser feito com a presença de acompanhante, **respondeu** que sim; **perguntado** ao depoente se sabe o motivo pelo qual existia à época dos fatos ordem não escrita, no hospital, de que exame de paciente de sexo oposto ao do médico somente deveria ser feito com a presença de acompanhante. E por quê; **respondeu** que é comum a presença de um acompanhante em situações como essa; **perguntado** ao depoente se existia à época dos fatos uma

grande demanda por consultas na especialidade de urologia, ou seja, a especialidade do Justificante, **respondeu** que sim; **perguntado** ao depoente se a grande demanda por consultas na especialidade de urologia pode ser usada como fundamento, como justificativa para que o Justificante tenha infringido o Código de Ética Médica e a boa prática médica na consulta com a suposta vítima, **respondeu** que não é justificativa; **pergunta-do** ao depoente se houve reflexos negativos para o então Corpo Clínico e o então HGeCG à época dos fatos, em virtude deste caso, **respondeu** que sim; (...) **perguntado** ao depoente se ao não concordar com a não realização do exame pelo Dr. Bonfim, na consulta de novembro de 2006, se o depoente entende que o Justificante deveria ter realizado o exame na suposta vítima e nas condições pelas quais esta consulta foi realizada, considerando se estas condições são consideradas adequadas do ponto de vista da ética médica para a consulta, **respondeu** que entende que deveria ter sido realizado o exame físico, porém não nas condições em que foi realizado, **perguntado** ao depoente se os procedimentos que, em tese, foram adotados pelo Justificante por ocasião do exame físico realizado na suposta vítima, em consulta realizada no dia 17 de abril de 2007, e descritos pelo esposo da suposta vítima na Parte Sem Número, de 18 de abril de 2007, onde consta que o Justificante, além de realizar esse exame, conforme constou da pergunta acima, também realizou, em tese, exames de toque vaginal usando todos os seus dedos com a suposta vítima nas posições de decúbito ventral, decúbito dorsal e de lado, se tais procedimentos foram considerados adequados do ponto de vista da clínica médica, nesta consulta, **respondeu** que, tendo acontecido da forma como foi relatada pelo marido, não são adequados; **perguntado** ao depoente se é adequado do ponto de vista da clínica médica realizar exame físico do tipo ginecológico, conforme descrito e assinado pelo próprio Justificante no Relatório de Atendimento Médico, e, em tese, conforme descrito na Parte Sem Número, de 18 de abril de 2007, do esposo da suposta vítima, em paciente que se diz assintomática em depoimento colhido pela 9ª CJM e que está munida de exames realizados cujos resultados estão normais, **respondeu** que acredita ser desnecessário; (...) **perguntado** ao depoente se um médico que estudou por 06 (seis) anos para se formar médico, prestando, inclusive o juramento solene de Hipócrates, depois estudou mais 03 (três) anos para se especializar como urologista, depois cursou por mais 01 (um) ano a Escola de Saúde do Exército, contando, aproximadamente, com mais de 10 (dez) anos de prática médica no meio militar como urologista, que tem o dever e a obrigação de conhecer o Estatuto Militar e o Código de Ética Médica, e tem o dever e a obrigação de conhecer o Estatuto Militar e o Código de Ética Médica, e tem o dever, moral e ético, de cumpri-lo, poderia alegar desconhecimento de que estava descumprindo normas expressas de procedimentos militares e médicos contidas nos citados documentos e na boa prática médica, as quais não só foram alvos de apuração como também restaram provadas pela Comissão de Ética Médica Especial e pela sindicância instaurada pelo então Diretor do então HGeCG, **respondeu** que não; (...).

- Cel José Edacyr Simm (fls. 736/742 – V. 4):

(...) 7. Perguntado ao depoente se concorda com a conclusão à qual chegou a Comissão de Ética Médica Especial, por unanimidade, de que o Justificante cometeu os seguintes delitos médicos ao infringir o Código de Ética Médica e violar a boa prática médica vigente no âmbito dessa classe quando da realização da consulta médica na suposta vítima, no dia 17 de abril de 2007, quais sejam: realizar exame físico na suposta vítima sem a presença de acompanhante da suposta vítima ou de funcionária do ambulatório de então HGeCC; deixar a porta da sala de atendimento destrancada durante a realização do exame físico na suposta vítima, inclusive com manipulação de sua genitália; deixar de usar lençol para cobrir a genitália da suposta vítima por ocasião do exame físico na mesma; deixar de usar luvas de proteção durante a manipulação da genitália da suposta vítima; e deixar de utilizar os meios preconizados pelo Código de Ética Médica e pela boa prática médica, sujeitando-se a ser denunciado pela suposta vítima, expondo, assim, a própria imagem, a do Corpo Clínico e a do então HGeCC. **Respondeu que sim.**

8. Perguntado ao depoente se concorda quando a Comissão de Ética Médica Especial afirma que houve delito médico cometido pelo Justificante porque nenhuma das justificativas apresentadas pelo Justificante foi acatada como relevante, pela Comissão, porque existia à época dos fatos norma não escrita, no hospital, de que exame de paciente de sexo oposto ao do médico somente deveria ser feito com a presença de acompanhante; de que o Justificante poderia ter solicitado lençol à funcionária do ambulatório; e de que o Justificante deveria ter usado luvas de proteção independente da manipulação da mucosa da genitália da suposta vítima, não só para sua proteção como também para proteção da suposta vítima. **Respondeu que sim.**

9. Perguntado ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que o grande movimento de pacientes no ambulatório e as poucas funcionárias disponíveis são justo motivo para que o Justificante tenha procedido ao exame físico na suposta vítima sem a presença de acompanhante da mesma ou de funcionária do ambulatório, infringindo, assim, o Código de Ética Médica. E por quê. **Respondeu que não**, pois durante o exame físico de paciente do sexo oposto ao do profissional é eticamente exigida a presença de acompanhante, seja do(a) paciente, ou servidor(a) do próprio hospital, habilitado(a) para a função. No HGeCC estava disponível servidora qualificada para tal, bastando que o profissional solicitasse sua presença no consultório durante a consulta. Havia disponível também todo o material (lençol, luvas de procedimento e estêreis, etc.), necessário à consulta.

10. Perguntado ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que o fato de não haver lençol na sala de atendimento e de que as pessoas batem na porta antes de entrar e aguardam autorização para adentrarem na sala de atendimento é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado lençol para cobrir a genitália da suposta vítima antes e após o exame físico especializado e nem ter trancado a porta do

consultório, expondo a suposta vítima à entrada intempestiva de outra pessoa no momento do exame, infringindo, assim, o Código de Ética Médica e a boa prática médica. E por quê. **Respondeu que** não, pois tais materiais devem ser solicitados pelo médico ao iniciar suas consultas, e não realizar atendimento sem que esses materiais estejam presentes no consultório. A alegação de que as pessoas batem na porta antes de entrar também não é motivo para manter a porta destrancada, porque a mesma pode ser aberta por pessoas estranhas ao serviço e que não conhecem tal norma, expondo a paciente, já que o ambulatório é setor de grande movimento de pessoas do público externo.

11. Perguntado ao depoente se a justificativa apresentada pelo Justificante de que não tocara nas mucosas da genitália da suposta vítima é justo motivo para que o Justificante não tenha utilizado luvas de proteção durante o exame da genitália da suposta vítima, infringindo, assim, a boa prática médica. E por quê. **Respondeu que** não, porque a utilização de EPI (equipamentos de proteção individual), tais como luvas, pelo profissional, é norma consagrada na prática médica, e a mesma tem a finalidade de proteger o paciente e o próprio profissional. Isto tem ainda maior importância quando do exame da genitália, sendo imprescindível sua utilização.

12. Perguntado se é do conhecimento do depoente de que existia à época dos fatos ordem não escrita, no hospital, de que exame de paciente do sexo oposto ao do médico somente deveria ser feito com a presença de acompanhante. **Respondeu que** sim, e que tal ordem existe em quaisquer hospitais civis ou militares, visando à boa prática médica e protegendo paciente e profissional de possíveis transtornos no que se refere a alterações, assédio moral e sexual, para que haja testemunhas para garantir que o relacionamento durante a consulta seja estritamente profissional. Além disso, a presença de servidor(a) qualificado(a) do hospital durante a consulta muito auxilia o médico durante exame físico e procedimentos a serem realizados, deixando à mão equipamentos e materiais que porventura possam ser utilizados.

(...)

14. Perguntado ao depoente se existia à época dos fatos uma grande demanda por consultas na especialidade de urologia, ou seja, a especialidade do Justificante. **Respondeu que** não, pois havia mais de um profissional (urologista) no atendimento e a demanda era normal para a rotina do hospital.

15. Perguntado ao depoente se a grande demanda por consultas na especialidade de urologia pode ser usada como fundamento, como justificativa para que o Justificante tenha infringido o Código de Ética Médica e a boa prática médica na consulta com a suposta vítima. **Respondeu que** não.

16. Perguntado ao depoente se houve reflexos negativos para o então Corpo Clínico e o então HGeCG à época dos fatos, em virtude deste caso. **Respondeu que** sim.

17. Perguntado ao depoente para citar exemplos dos supracitados reflexos. **Respondeu que** houve exposição desnecessária do corpo clínico do HGeCG quando o fato tornou-se público, uma vez que há tendência de generalizações por parte dos clientes quanto à conduta dos profissionais. À época, a direção do hospital houve por bem afastar o profissional de suas atividades técnicas durante a apuração dos fatos, ficando a especialidade com demanda reprimida no atendimento.

(...)

20. Perguntado ao depoente se os procedimentos adotados pelo Justificante por ocasião do exame físico realizado na suposta vítima, em consulta realizada no dia 17 de abril de 2007, e descritos pelo próprio Justificante no Relatório de Atendimento Médico da mesma, onde consta que o Justificante realizou esse exame físico sem a presença de acompanhante da mesma ou de funcionária do ambulatório de então HGeCG: que Justificante deixou a porta de sala de atendimento destrancada durante a realização do exame físico na suposta vítima, inclusive com manipulação de sua genitália; que o Justificante deixou de usar lençol para cobrir a genitália da suposta vítima por ocasião de exame físico na mesma; e que o Justificante deixou de usar luvas de proteção durante a manipulação da genitália da suposta vítima, foram considerados adequados do ponto de vista da clínica médica, nesta consulta. **Respondeu que** o médico, durante a consulta, pode chegar à conclusão de que é necessário exame físico do paciente para elucidar o diagnóstico, sendo esta decisão de caráter técnico, porém uma vez tomada a decisão de realizar exame físico, as medidas técnicas e éticas devem ser tomadas, como já respondido nas perguntas anteriores.

(...)

23. Perguntado ao depoente se é adequado do ponto de vista da clínica médica realizar exame físico do tipo ginecológico, conforme descrito e assinado pelo próprio Justificante no Relatório de Atendimento Médico, e, em tese, conforme descrito na Parte Sem Número, de 18 de abril de 2007, do esposo da suposta vítima, em paciente que se diz assintomática e que está munida de exames realizados cujos resultados estão normais. E sendo normal realizar tais exames físicos, nessas condições, como esses exames devem ser realizados. **Respondeu que** o exame físico faz parte da consulta médica e é realizado quando o profissional julga necessário para estabelecer ou confirmar um diagnóstico. Uma vez tomada a decisão de realizar o exame físico, o mesmo deverá seguir as normas da boa prática médica, no que concerne aos aspectos técnicos, tais como utilização de material adequado ao exame (lençol, luvas, etc.), e aspectos éticos, protegendo o pudor do(a) paciente e caso o(a) paciente seja do sexo oposto ao do médico, ter a presença de acompanhante.

(...)

30. Perguntado ao depoente se um médico que estudou por 06 (seis) anos para se formar médico, prestando, inclusive o juramento solene de Hipócrates, depois estudou mais 03 (três) anos para se especializar como

urologista, depois cursou mais 01 (um) ano a Escola de Saúde do Exército, contando, aproximadamente, com mais de 10 (dez) anos de prática médica no meio militar como urologista, que tem o dever e a obrigação de conhecer o Estatuto dos Militares e o Código de Ética Médica, e tem o dever, moral e ético, de cumpri-los, poderia alegar desconhecimento de que estava descumprindo normas expressas de procedimentos militares e médicos, contidos nos citados documentos, as quais não só foram alvos de apuração como também restaram provadas pela Comissão de Ética Médica e pela sindicância instaurada pelo então Diretor do então HGeCG. **Respondeu que** não, pois as normas são sobejamente conhecidas tanto no âmbito técnico (médico) quanto no âmbito militar. (...). (grifos do original).

6) Ênfase extraída do Parecer da PGJM.

Encorpendo a conclusão concernente a não justificação do Maj MARCUS VINÍCIUS e à sua conseqüente perda do posto e da patente, vem o Parecer da PGJM, da lavra do Dr. Edmar Jorge de Almeida, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, do qual se extrai o trecho, *in litteris* (fls. 1.958/1.961 – V. 10):

Estamos em que, por tudo quanto se lê nestes autos, há a comprovação bastante de um comportamento funcional deslustrado por nódoas, a recomendar a procedência do libelo que lhe é irrogado, para julgá-lo indigno do oficialato, com a conseqüente perda do posto e da patente.

A fiel observância dos preceitos de ética militar impõe ao Servidor Público Militar, integrante das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensível.

O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe não se exaurem e não se satisfazem com a mera declaração do conhecimento dos cânones éticos, com a aparente aceitação de seus preceitos, exigem a inequívoca manifestação – ostensiva, concreta, pública – dos seus postulados.

Uma completa, plena, integral adesão aos valores de ordem moral e intelectual que norteiam a existência e finalidade das Instituições Militares.

Dos militares se exige, assim, nessa esfera axiológica, um proceder ilibado, na vida pública e privada, discrição em atitudes, maneiras, na linguagem escrita e falada, comportamento de modo a não malferir, em nenhuma hipótese, os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar.

Restam suficientemente comprovadas as violações aos princípios balizadores do Exército, às manifestações essenciais dos valores militares e aos cânones éticos, de acordo com o insculpido nos arts. 14, §§ 2º e 3º, 27, I a VI, 28, I, II, III, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XVI e XIX, da Lei nº 6.880/1980; dos deveres militares que traduzem um compromisso moral e de honra, ligando o militar à Pátria e ao seu serviço, consoante o disposto nos arts. 31, I, III, IV e V, 32 e 33 da citada Lei.

As declarações da ofendida, Srª [SAV], revestem-se de fundamental importância probatória, porque exigem força moral incomum para vencer os indiscutíveis reflexos que o simples conhecimento coletivo implica.

Por isso que, como nos crimes contra os costumes, sendo firmes e coerentes com outros elementos, ainda que indiciários estes últimos, só devem ser rejeitadas quando houver seguras provas em contrário.

A circunstância de terem sido levadas ao conhecimento das autoridades superiores é fator decisivo de convicção de que outras, e muitas, condutas idênticas ocorreram, permanecendo impunes pelo silêncio que o pudor, a dignidade, o recato e a vergonha impõem, não raro, às eventuais vítimas dessa prática delitativa.

Nestes casos – como demonstra a experiência comum – o que vem a público é apenas a ponta de um imenso *iceberg* de violações, e há diversas acusações de conduta abjeta e indecorosa do Justificante, que possui em extenso histórico de casos de abuso sexual.

Verbi gratia, quando era responsável pelos exames médicos para a utilização de piscina do Clube de Subtenentes e Sargentos de Lorena/SP, houve denúncia apontando indícios de que o major-médico se valia da situação para solicitar que jovens e adolescentes ficassem nuas para, ato contínuo, molestá-las (fl. 100).

Resvala para ausência de pejo, sustentar a honorabilidade do Justificante com base no respeito e na valorização do instituto da família, sublinhando-se o seu comportamento social e familiar – esposa e dois filhos – elogiável segundo o seu próprio conceito.

Como admitir que respeite a célula familiar, se é esta o alvo preferido das suas torpes investidas? Sua degenerada perversão ofende, gravemente, a confiança de suas pacientes, no silêncio dos consultórios, sozinhas, indefesas e em situação de desconforto moral, vítimas de sua sanha libidinosa.

As inaceitáveis transgressões partem exatamente daquele que, por força da atividade médica, tem o dever legal e profissional de preservar o espaço íntimo, a dignidade, das que se veem obrigadas à exposição da sua intimidade, à busca de amparo, socorro, auxílio terapêutico.

A violação dos preceitos éticos militares é considerado tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer.

O que dizer de violações que ofendem o que há de mais valioso, nas quais se aproveita, simultaneamente e de forma indigna, da posição hierárquica de seu posto e da privacidade proporcionada pela profissão médica, circunstâncias que tendem a inibir ou impedir a defesa das vítimas.

Se nada mais houvesse, estas condutas seriam bastantes para considerá-lo indigno do oficialato, que exige conduta moral e profissional irrepreensível.

Inelutáveis os danosos reflexos do comportamento *sub oculi* para a hierarquia e para a disciplina, porquanto configura um péssimo exemplo de violação dos princípios norteadores da convivência honrada e hígida da caserna.

Isto posto, havendo provas bastantes das acusações expostas no Libelo Acusatório, que constituem comprovação de conduta irregular e da prática de atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, tornando o oficial incapaz de permanecer na ativa nessa condição, é o parecer pela rejeição das preliminares arguidas pela defesa e que seja o Justificante julgado culpado de procedimento incorreto no desempenho do cargo, de ter tido conduta irregular e da prática de atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe (...).

Portanto, o cenário referente a não justificação do Oficial em apreço encontra-se esculpido com diversos reforços argumentativos, erigidos a partir dos fatos que culminaram com a sua condenação nesta esfera judicial, conforme o Acórdão lavrado nos autos da Apelação (2) nº 08-30.2008.7.09.0009/MS. Sobressai, evidentemente, no âmago dos aspectos morais malferidos no episódio em relevo, sobretudo, a falta de respeito e de consideração com o semelhante que requeria a sua atenção médica, a qual deveria ter sido exercida com profissionalismo. Outrossim, restaram afetados valores relativos ao pundonor militar.

7) Jurisprudência aplicável.

Do acervo jurisprudencial desta Corte, colhem-se diversos precedentes, cujo desfecho engloba a declaração de indignidade do Justificante, por haver praticado conduta incompatível com o pundonor militar e o decoro da classe, conforme se vê nas Ementas abaixo transcritas:

EMENTA: Conselho de Justificação. Preliminares de Cerceamento de defesa: 1) Arguição de nulidade dos depoimentos dos peritos em razão da ciência prévia dos quesitos formulados pelo Conselho e da ausência de oportunidade à formulação de quesitos pela Defesa. Improcedência. Os peritos foram ouvidos sobre aspectos técnicos e não sobre a existência dos fatos. A oitiva se deu na presença do advogado, que não impugnou as declarações dos peritos e apresentou questionamento aos mesmos. 2) Alegação de negativa de pedido defensivo para submissão do Justificante à Junta de Saúde. Inexistência nos autos de prova de ter sido o Justificante julgado à revelia do laudo pericial. Ao contrário, restou provado que tal exame foi realizado no IPM, constando ainda as atas de três inspeções de saúde a que foi submetido o Justificante. MÉRITO. Apuração sobre conduta de Oficial do Exército que filmou militares do segmento feminino mudando de roupa, sem o consentimento delas, no interior do apartamento que lhes servia de alojamento. Conduta considerada indigna com a condição de oficial e que afeta a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, e impeditiva à permanência do oficial no serviço ativo do Exército. Por unanimidade, rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pela Defesa. No mérito, por maioria, considerado o Oficial do Exército não justificado, declarando-o indigno do oficialato, determinando a perda de seu posto e de sua patente.

(STM. Conselho de Justificação nº 22-27.2007.7.00.0000 (2007.01.000200-7/DF). Relator para o Acórdão Ministro Gen Ex Francisco José da Silva Fernandes. Julg.: 16.10.2008. Public.: 24.4.2009).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRELIMINARES DE NULIDADE RELACIONADAS A AUSÊNCIA DE FATO GERADOR PARA INSTAURAÇÃO DO CONSELHO E A FORMALIDADES DE ATOS PROCESSUAIS E DE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. CONDUTAS DE MÉDICO MILITAR QUE FEREM A HONRA INDIVIDUAL, LESIONAM O PUNDONOR MILITAR E RESULTAM EM PREJUÍZO AO DECORO DA CLASSE.

Para instauração do procedimento ético de Conselho de Justificação basta a ocorrência de uma das hipóteses delineadas no art. 2º, da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Aplicam-se aos procedimentos relativos a Conselho de Justificação, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar (art. 17 da Lei nº 5.836/72). Comprovada a prática de ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, imperiosa se torna a declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato e, conseqüentemente, a decretação da perda do posto e da patente, nos precisos termos do art. 16, inciso I, da Lei nº 5.836/72.

Preliminares de nulidades rejeitadas. Decisão unânime. Imputações contidas nos itens “f”, “g” e “h” do libelo acusatório consideradas como não justificadas.

Decisão unânime. Declaração de indignidade, de incompatibilidade com o oficialato e conseqüente perda de posto e patente decretada por maioria de votos.

(STM. Conselho de Justificação nº 2000.01.000182-5/DF. Relator Ministro Ten Brig Ar João Felipe Sampaio de Lacerda Junior. Julg.: 8.6.2000. Public.: 21.8.2000).

Ementa: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. OFICIAL DO EXÉRCITO BRASILEIRO. LEI Nº 5.836/72. PRELIMINAR DE NULIDADE POR REVOGAÇÃO DOS ARTIGOS 9º, § 1º, E 12, DA LEI Nº 5.836/72, SUSCITADA DE OFÍCIO, REJEITADA POR MAIORIA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO, SUSCITADA PELA DEFESA, REJEITADA POR UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO, SUSCITADA PELA DEFESA, REJEITADA POR MAIORIA. PRELIMINAR DE SUPRESSÃO DO ITEM “G” DO LIBELO ACUSATÓRIO, SUSCITADA DE OFÍCIO, ACOLHIDA POR UNANIMIDADE. MÉRITO. APRECIÇÃO DA CONDUTA DO OFICIAL SOB O PONTO DE VISTA ÉTICO E MORAL. ESTATUTO DOS MILITARES. NATUREZA DISTINTA DAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. *NON BIS IN IDEM*. JUSTIFICANTE JULGADO CULPADO E INCAPAZ DE PERMANECER NA SITUAÇÃO DE REFORMADO. INCOMPATIBILIDADE PARA COM O OFICIALATO. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. ARTIGO 16, INCISO I, DA LEI Nº 5.836/72. ARTIGO 142, § 3º, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

A “sessão secreta” de que trata o art. 12 da Lei nº 5.836/72, realizada no âmbito do Conselho de Justificação, destina-se a deliberar sobre o Relatório a ser redigido, sendo meramente opinativo, tendo em vista que objetiva subsidiar o Comandante da Força Armada em sua decisão.

Portanto, não há que se falar em revogação dos artigos 9º, § 1º, e 12 da Lei nº 5.836/72. Ademais, os autos demonstram que o advogado do Justificante esteve presente na chamada “sessão secreta”, o que revela a publicidade do referido ato procedimental.

A perda do objeto de uma ação acontece em razão da superveniência da falta de interesse processual, seja porque o seu autor já obteve a satisfação de sua pretensão, não necessitando mais da intervenção do Estado-Juiz, seja porque a prestação jurisdicional já não lhe será mais útil, ante a modificação das condições de fato e de direito que motivaram o pedido.

Em obediência ao previsto no art. 1º da Lei nº 5.836/72 e em seu parágrafo único, o Superior Tribunal Militar, consoante a dicção do inciso VI do § 3º do artigo 142 da Constituição Federal, c/c o art. 161 do RISTM, pode decidir tanto sobre a reforma quanto sobre a perda do posto e da patente do Oficial, razão pela qual a condição de militar reformado não obsta o prosseguimento do feito em que o Superior Tribunal Militar aprecia a capacidade de o Justificante permanecer na situação de inatividade, na qual hoje se encontra.

A análise dos dispositivos da Lei nº 5.836/72 revela que a *mens legis* atribuiu ao Estado/Administração Militar o prazo de seis anos para a instauração do Conselho de Justificação, contados da data em que ocorreram os fatos que deram origem à sua abertura, sob pena de ver fluir o lapso prescricional.

Consoante a dicção do § 2º do artigo 160 do RISTM, procede-se o julgamento do Conselho de Justificação pelos fatos que não são objeto de apreciação no foro criminal.

Se a imputação descrita no Libelo Acusatório é objeto de apreciação pela Justiça Criminal e ainda carece de trânsito em julgado, a sua apreciação pelo Plenário do Superior Tribunal Militar em sede de Conselho de Justificação deve ser suprimida.

O procedimento submetido à apreciação do Plenário do Superior Tribunal Militar em sede de Conselho de Justificação difere, quanto à natureza, daquele que foi objeto de apreciação pela Administração Militar no campo da transgressão disciplinar, razão pela qual, sendo distintos e autônomos, não se verifica a alegada violação do princípio *non bis in idem*.

Os fatos narrados no Libelo Acusatório, em cotejamento com o robusto conjunto probatório, aí incluídos os inúmeros documentos e depoimentos carreados aos autos, evidenciaram um grave comprometimento dos preceitos da ética e moral descritos no Estatuto dos Militares, revelando uma conduta incompatível com aquela exigida de um Oficial das Forças Armadas, na ativa ou na inatividade.

(STM. Conselho de Justificação nº 193-42.2011.7.00.0000/DF. Relator Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Julg.: 8.10.2013. Public.: DJe de 4.11.2013).

8) Conclusão.

À evidência, os médicos militares prestam atendimento a toda a família militar. Deles é esperada efetiva e dedicada atenção, com vistas à prestação de cuidados aos pacientes que necessitam de auxílio imprescindível à restauração da saúde. Nessa toada, sobre esses profissionais é depositado elevado grau de confiança, sentimento imbricado com a esperança de receber o tratamento adequado para a cura de enfermidades e a consequente promoção de qualidade de vida aos integrantes da família militar.

Todavia, com relação ao Justificante houve verdadeiro desvio de conduta no episódio comentado. Com efeito, aproveitou-se da falta de malícia da ofendida, em evidente momento de fragilidade, para, de forma sub-reptícia, camuflada em procedimento regular, supostamente recomendado em face de prováveis sintomas, empreender exame físico de âmbito urológico/ginecológico em descompasso com os parâmetros recomendados para a boa prática procedimental da medicina. No entanto, o infeliz atendimento em contexto incorreu em patente afronta à ofendida, malferindo a sua dignidade, pois teve a sua intimidade e o seu recato literalmente violados, restando vítima de prática de atos libidinosos desautorizados, sendo exposta a profundo constrangimento.

Depreende-se estar o Maj MARCUS VINÍCIUS plenamente cômico da prática ilícita perpetrada. Sua intenção, naquelas circunstâncias, afastou-se do âmbito da anamnese para os devidos fins terapêuticos e adentrou a esfera do ultraje ao ser humano (paciente), com nítida tendência libidinosa. Descuidou-se da utilização de freios morais, do emprego do pundonor e do respeito à dignidade pessoal da ofendida, os quais, se empregados, não levariam ao trágico desfecho evidenciado.

Inquestionavelmente, o episódio em tela, de franca violação ao pundonor militar e à honra da classe, atingiu o prestígio do Corpo Clínico do HGeCG, causou constrangimento à Administração daquela OM e, sobretudo, criou situação desconfortável ao Exército.

A propósito, vale lembrar que o ora Justificante, principalmente em razão dos fatos em apreço, teve o seu registro profissional no CRM/MS cassado. Em resumo, não está habilitado para a prática da medicina. Nesse compasso, igualmente comprometido está o exercício das funções de Oficial Médico na Força Terrestre.

Incontroverso terem sido vilipendiados, sobretudo, os preceitos inerentes aos valores, aos deveres, à ética militar e, inclusive, com infringência ao decoro da classe, os quais se encontram esculpidos no art. 14, *caput* e parágrafos 2º e 3º, no art. 27, *caput* e incisos I, II, III, IV, V e VI, no art. 28, *caput* e incisos I, II, III, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XV, XVI e XIX, no art. 31, *caput* e incisos I, III, IV e V e nos arts. 32 e 33, tudo da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares). A rigor, o descumprimento das disposições acima elencadas, na forma do art. 43, *caput* e parágrafo único, do Estatuto dos Militares,

tem o condão de repercutir na sujeição do Oficial à perda do posto e da patente, em face de sua incompatibilidade com o cargo ou de sua incapacidade para o exercício das funções militares.

Dessa forma, o Justificante deve ser julgado culpado da conduta irregular, pois procedera incorretamente no desempenho de suas funções de Oficial médico, nos termos do Libelo Acusatório, malferindo a honra, o pundonor militar e o decoro da classe. Por isso, evidencia-se a sua indignidade para com o oficialato.

O Conselho de Justificação será, sempre, um processo muito doloroso. Significa julgar para “cortar na própria carne”. Porém, de outra forma, traduz-se na depuração dos recursos humanos da Força; no incentivo às boas condutas que se adéquam à moral e à ética; e na valorização da qualidade e dos atributos que sustentam a credibilidade das nossas Instituições armadas.

Ao expurgarmos os desajustados, a Instituição purifica-se, fortalece-se e premia aqueles que, honestamente, dedicam a vida ao engrandecimento da Pátria brasileira.

Srs. Ministros, “nem sempre perder é perder. Por vezes, perder é, também, ganhar!”

Pelo exposto, julgo procedente o Libelo Acusatório apresentado em desfavor do Maj Ex MARCUS VINÍCIUS CARREIRA BENTES, sobre o qual foi exarado o Despacho Decisório nº 062/2016, de 4.4.2016, pelo Exmo. Sr. Comandante do Exército, para considerar o nominado Oficial não justificado, porquanto culpado das imputações que lhe foram feitas. Por conseguinte, declaro-o indigno do Oficialato, determinando a perda de seu posto e de sua respectiva patente, na forma do art. 16, inciso I, segunda parte, c/c o art. 2º, inciso I, da Lei nº 5.836/72.

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 Defesa do Maj Ex Marcus Vinícius Carreira Bentes, de incompetência do STM para julgar o processo oriundo do Conselho de Justificação, calcada na inconstitucionalidade e/ou não receptividade da Lei nº 5.836/72 pela Constituição Federal; **por unanimidade**, em rejeitar a segunda preliminar defensiva de nulidade do feito, em face da suposta revogação tácita da Lei nº 5.836, de 1972, pela Lei nº 9.784, de 1999, com repercussão na instauração e na tramitação do feito; **por unanimidade**, em rejeitar a terceira preliminar defensiva, de nulidade do feito, baseada na inconsistência do fundamento para sua instauração, com base no inciso IV do art. 2º da Lei nº 5.836/72, bem como no tocante a constituir o CJ **bis in idem** imposto ao Justificante; **por unanimidade**, em rejeitar a quarta preliminar defensiva, de nulidade do feito, suscitada pela Defesa, embasada na

violação à ampla defesa; **por unanimidade**, em rejeitar a quinta preliminar defensiva, de prescrição do feito suscitada pelo Justificante; **por unanimidade**, em rejeitar a sexta preliminar defensiva, de suspensão do processo de Conselho de Justificação. **No mérito, por unanimidade**, em julgar procedente o Libelo Acusatório apresentado em desfavor do Maj Ex Marcus Vinícius Carreira Bentes, sobre o qual foi exarado o Despacho Decisório nº 062/2016, de 4/4/2016, pelo Exmo. Sr. Comandante do Exército, para considerar o nominado Oficial não justificado, porquanto culpado das imputações que lhe foram feitas, declarando-o indigno do Oficialato, determinando a perda de seu posto e de sua respectiva patente, na forma do art. 16, inciso I, segunda parte, c/c o art. 2º, inciso I, da Lei nº 5.836/72.

Brasília, 29 de novembro de 2016 – Gen Ex Marco Antônio de Farias, Ministro-Relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ BARROSO FILHO

Conselho de Justificação Nº 53-32.2016.7.00.0000-DF

No presente caso, acompanho o brilhante voto do eminente Ministro-Relator, tanto no julgamento das preliminares quanto no julgamento do mérito. Contudo, considerando a repercussão negativa do caso, faço declaração de voto convergente no tocante ao mérito da *quaestio*.

No mérito, entendo que o Libelo Acusatório deve ser julgado procedente.

Compulsando os autos, há que se concluir que os fatos descritos no Libelo – em que o Conselho julgou o Justificante culpado – demonstram condutas reprováveis e incompatíveis com o decoro militar.

O robusto conjunto probatório revelou de forma incontestada que o Justificante violou preceitos éticos militares, com elevado grau de reprovabilidade da conduta, por se tratar de um Oficial Superior das Forças Armadas.

Os documentos acostados aos autos também revelaram que o Justificante utilizava-se da sua profissão para molestar as suas vítimas, com habitualidade, causando-lhes danos psicológicos incomensuráveis.

Nesse diapasão, cita-se o trecho do parecer exarado pelo Subprocurador-Geral de Justiça Militar Dr. Edmar Jorge de Almeida (fls. 1.946/1.961), *in verbis*:

As inaceitáveis transgressões partem exatamente daquele que, por força da atividade médica, tem o dever legal e profissional de preservar o espaço íntimo, a dignidade, das que se veem obrigadas à exposição da sua intimidade, à busca de amparo, socorro, auxílio terapêutico.

A violação dos preceitos éticos militares é considerado tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer.

O que dizer de violações que ofendem o que há de mais valioso, nas quais se aproveita, simultaneamente e de forma indigna, da posição hierárquica de seu posto e da privacidade proporcionada pela profissão médica, circunstâncias que tendem a inibir ou impedir a defesa das vítimas.

Se nada mais houvesse, estas condutas seriam bastantes para considerá-lo indigno do oficialato, que exige conduta moral e profissional irrepreensível.

Inelutáveis os danos reflexos do comportamento *sub oculi* para a hierarquia e para a disciplina, porquanto configura um péssimo exemplo de violação dos princípios norteadores da convivência honrada e hígida da caserna.

A violência perpetrada pelo Justificante contra a vítima, conforme descrito no Libelo, traduz-se em delito contra a mulher que causa repulsa nacional, violando preceitos de direitos humanos.

Nesse contexto, cita-se o trecho descrito na página do sítio eletrônico da ONU Mulheres¹⁰⁶, cujo título é “*Fim da violência contra as mulheres*”, *in verbis*:

A violência contra mulheres e meninas é uma grave violação dos direitos humanos. Seu impacto varia entre consequências físicas, sexuais e mentais para mulheres e meninas, incluindo a morte. Ela afeta negativamente o bem-estar geral das mulheres e as impede de participar plenamente na sociedade. A violência não tem consequências negativas para as mulheres, mas também para suas famílias, para a comunidade e para o país em geral. A violência tem ainda enormes custos, desde gastos com saúde e despesas legais a perdas de produtividade, impactando os orçamentos nacionais e o desenvolvimento global.

Décadas de mobilização da sociedade civil e dos movimentos de mulheres têm colocado o fim da violência de gênero no topo das agendas nacionais e internacionais. Um número sem precedentes de países têm leis contra a violência doméstica, agressão sexual e outras formas de violência. No entanto, os desafios persistem na implementação dessas leis, limitando o acesso de mulheres e meninas à segurança e justiça. Em geral, não há iniciativas eficazes de prevenção da violência contra a mulher e, quando esta ocorre, muitas vezes os culpados permanecem impunes ou são condenados a penas brandas.

Ad argumentandum, a meu sentir, a pena criminal imposta ao Justificante (1 ano de detenção, como incurso no art. 235, c/c o art. 237, inciso II, e art. 73, todos do CPM), levando-se em consideração a gravidade do caso, foi branda, evidentemente porque, no âmbito da Justiça Militar, o fato não poderia ter sido subsumido à conduta tipificada como violação sexual mediante fraude.

¹⁰⁶ Entidade das Nações Unidas dedicada à igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres. <<http://www.onumulheres.org.br/areas-tematicas/fim-da-violencia-contra-as-mulheres/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

Veja-se que, no âmbito da justiça comum, com as alterações trazidas no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009, fatos semelhantes, analisados à luz da nova norma, poderão ser tipificados no delito acima mencionado, *ex vi* do art. 215 do Código Penal, que possui preceito secundário com pena *in abstracto* de 2 a 6 anos de reclusão.

Nesse sentido, leciona Cezar Roberto Bitencourt, *in verbis*:

(...) Na mesma linha, **pode configurar violação sexual mediante fraude a prática de atos libidinosos com paciente durante o atendimento médico**, desde que sua motivação subjetiva desvie-se da finalidade médica. Com efeito, **a prática, por médico ginecologista, de toques desnecessários, com o objetivo de satisfazer sua lascívia, caracteriza a presente infração penal.**¹⁰⁷ (grifo nosso).

Ressalte-se que, nesse ponto, há proposta de alteração do Código Penal Militar a fim de compatibilizá-lo à Lei nº 12.015/2009, com o escopo de incluir tal delito na legislação substantiva castrense, cujo preceito secundário se assemelha à legislação penal comum.

Dessarte, o Justificante, conforme descrito no Libelo, não observou deveres prescritos no Estatuto dos Militares e, desse modo, não merece ostentar a condição de Oficial integrante das Forças Armadas.

Ante o exposto, julgo procedente o Libelo Acusatório, para considerar o Maj Ex Marcus Vinícius Carreira Bentes não justificado, declarando-o indigno do Oficialato, determinando a perda de seu posto e da patente, com fulcro no art. 16, inciso I, segunda parte, da Lei nº 5.836/72.

Superior Tribunal Militar, 29 de novembro de 2016.

José Barroso Filho

Ministro-Revisor

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 4*: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66.



Correição Parcial

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 167-20.2016.7.11.0111-DF

Relator: Min. Gen Ex Odilson Sampaio Benzi.

Requerente: O Ministério Público Militar.

Requerida: A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 11ª CJM, de 11/5/2016, proferida nos autos da Ação Penal Militar nº 143-26.2015.7.11.0111, referente a Marco Antonio de Sousa e Marinaldo Pereira Silva, Civis, que indeferiu o pedido de oitiva de testemunhas arroladas pelo requerente.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. NÃO INTIMAÇÃO DA AUDIÊNCIA. INCONFORMISMO DO MPM. REFORMA DA DECISÃO A QUO.

Juiz-Auditor Substituto convocou o Conselho Permanente de Justiça sem intimar o *Parquet* Militar da data designada para a deliberação do requerimento ministerial.

Ainda assim, a representante do MPM compareceu à Sessão e, durante a audiência, pediu para se manifestar, a fim de explicar o porquê de novas inquirições, no que foi negado pelo Magistrado Substituto, por entender que ocorreu o instituto da preclusão.

Por fim, o CPJ Ex indeferiu o pedido do Órgão Acusador, referente ao depoimento de novas testemunhas no bojo do processo. Indeferimento que não se sustenta, haja vista que o Colegiado restringiu o alcance do art. 417, *caput*, e seu § 4º, do CPPM.

Destarte, o legislador não estabeleceu qualquer ressalva, condição ou exceção para que tanto a Defesa quanto o MPM possam requerer testemunhas complementares.

Correição Parcial conhecida e provida. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu e deferiu o pedido de Correição Parcial para, reformando a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, determinar que seja deferida a oitiva de testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, com a baixa dos autos para as providências cabíveis. Presidência do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o 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, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e José Barroso Filho. (Extrato da Ata da 86ª Sessão, 16/11/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial requerida pelo Ministério Público Militar contra a Decisão – que indeferiu as oitivas de testemunhas arroladas por aquele Órgão – proferida pelo Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da 11ª CJM, em 11/5/2016, nos autos da Ação Penal Militar nº 143-26.2015.7.11.0111, na qual figuram como réus os Civis MARCO ANTONIO DE SOUSA e MARINALDO PEREIRA SILVA.

Consta dos autos que o MPM ofereceu Denúncia contra os Civis MARCO ANTONIO DE SOUSA e MARINALDO PEREIRA SILVA pela prática do crime de furto qualificado, previsto no art. 240, §§ 5º e 6º, do CPM, por terem subtraído um aparelho de ar-condicionado estimado em R\$ 1.686,00 (um mil, seiscentos e oitenta e seis reais), do interior do Hospital das Forças Armadas (HFA) (fls. 61/62).

Conforme imagens obtidas pelas câmeras de segurança, instaladas nas áreas do Instituto de Cardiologia do DF e do HFA, o civil MARINALDO, funcionário da empresa TECNICAL ENGENHARIA LTDA, que prestava serviço àquele Hospital Militar, facilitou o acesso do civil MARCO ANTONIO, proprietário da empresa AR COLD-ME, e de outra pessoa, não identificada, às dependências do HFA, utilizando o corredor que liga o Instituto de Cardiologia ao Hospital.

O civil MARINALDO, carregando uma escada, junto com os outros dois, dirigiram-se até a sala de espera da ressonância magnética do mencionado Hospital, local onde estava instalado o aparelho de ar-condicionado.

Em seguida, retiraram o equipamento daquele lugar e o conduziram até o veículo de propriedade MARCO ANTONIO.

Por isso, a Denúncia foi ofertada apenas contra os dois civis, já identificados, e recebida em 25/2/2016, fl. 40.

Na Exordial Acusatória, o *Parquet* Militar requereu a oitiva de duas testemunhas, deixando de completar o rol, a que acredita ter direito, para o caso de haver necessidade, na forma do art. 417, § 4º, parte final, do CPPM.

Ambos os acusados foram citados, qualificados e interrogados perante o CPJ Ex (fl. 19).

Após os depoimentos testemunhais arrolados na Denúncia, o MPM pediu vista dos autos e, entendendo a necessidade de instruir melhor o processo, requereu a oitiva de mais duas testemunhas.

Segundo ainda o Órgão Acusatório, o Juiz-Auditor Substituto daquela Auditoria convocou o Conselho Permanente e submeteu o requerimento Ministerial à apreciação do colegiado sem intimar a Defesa e o *Parquet* Militar.

Contudo, embora não tenha sido intimada daquela Audiência, ainda assim, a representante do Órgão Ministerial lá compareceu.

Iniciada a Sessão, o Magistrado Substituto, sem ter dado a palavra às partes, já iniciou a prolação de seu voto desfavorável ao pleito do MPM.

Durante a Audiência, o *Parquet* pediu para se manifestar acerca da questão, no que foi expressamente negado pelo Magistrado Substituto. Entende a representante do MPM que, ao impedir o uso da palavra, aquela autoridade judicial violou o direito do Órgão Acusatório de se manifestar.

O CPJ Ex, por sua vez, ao concordar com o voto do Magistrado Substituto, decidiu que:

Consoante interpretação do artigo 417, *caput*, e seu § 4º, o momento adequado para o Ministério Público Militar requerer testemunhas, em regra, é o da propositura da ação penal, havendo preclusão após a referida fase. É possível que haja eventual substituição de testemunha não encontrada ou mesmo inclusão de novas testemunhas quando surge novidade no bojo da instrução processual. Esse é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal Militar, conforme decisão colacionada: **CORREIÇÃO PARCIAL Nº 0000009-86.2007.11.0011/DF (...).**
PROVA TESTEMUNHAL.

Inconformado com a Decisão, o MPM interpôs a presente Correição Parcial. Nas razões, frisou que o Juiz-Auditor Substituto violou o art 6º, inciso XV, da Lei Complementar nº 75/1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e

o estatuto do Ministério Público da União), ao impedir que o *Parquet* fizesse uso da palavra. Ressaltou que o referido Magistrado induziu o Conselho Permanente de Justiça a erro, quando afirmou que o pleito ministerial estava precluso. Aduziu que o indeferimento de produção testemunhal gerou sérios prejuízos na busca da verdade real.

Consignou que, até a apresentação das Alegações Escritas, as partes podem e devem produzir provas, no intuito de buscar a verdade real. Notificou ser missão do Órgão Ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Esclareceu que, ao negar a oitiva das testemunhas, interpretando o art. 417 do CPPM, com hipóteses não previstas em lei, o ato, além de ilegal, tornou-se também abusivo e tumultuário.

Mencionou que aquele Magistrado também induziu a erro os Juízes Militares, quando juntou apenas a Ementa de Acórdão deste Tribunal (CP nº 09-86.2007.7.11.0011, Min. Flavio Flores da Cunha Bierrenbach), que trata de assunto diferente do presente caso.

Por fim, requereu o conhecimento e o provimento da presente Correição Parcial para cassar a Decisão que indeferiu a oitiva das testemunhas arroladas, tempestivamente, por ser nula, devendo-se proferir outra, autorizando a produção de prova testemunhal anteriormente pleiteada.

Paralelamente ao presente feito, o *Parquet* impetrou também o Mandado de Segurança nº 91-44.2016.7.00.0000/DF, que foi distribuído ao Min. Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATTOS, no intuito de impedir o prosseguimento da Ação Penal nº 143-26.2015.7.11.0111, para não causar prejuízos à persecução penal. Submetida esta Ação Mandamental ao plenário, este Tribunal, por unanimidade, concedeu a Segurança para, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinar a suspensão daquela Ação Penal até o julgamento final do pleito correicional, ora em análise.

Em contrarrazões à Correição Parcial, a Defesa entendeu que a Decisão do CPJ Ex deve ser mantida, haja vista que o momento adequado para o MPM requerer testemunhas seria o da propositura da ação penal.

Em audiência de retratação da Correição Parcial, o CPJ Ex manteve a Decisão e remeteu os autos a este Tribunal.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por meio do Subprocurador-Geral Dr. MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA, manifestou-se contrário à Decisão que indeferiu o pleito ministerial, haja vista que os argumentos ali apresentados não possuem fundamento jurídico que ampare a aplicação de preclusão ao pedido de inclusão de testemunhas, em caráter complementar. Esclareceu, em síntese, que a Ementa da CP nº 09-86.2007.7.11.0011, colacionada na Decisão para negar o pedido do MPM, determina a preclusão, mas quando não há arrolamento de testemunhas na Denúncia, ocasião em que o *Parquet* abre mão da prova oral.

Lembrou que a jurisprudência do STF vem entendendo que não há “qualquer nulidade em apresentação de rol de testemunhas, mesmo com denúncia extemporânea” ou, ainda, “quando apresentado o próprio rol, em período extemporâneo”, “o que não dizer, então, quando há norma expressa” no CPPM, prevendo a inclusão dos depoimentos? Ressaltou que a regra é permitir a apresentação e oitiva das testemunhas arroladas pelo MPM. Entendeu que não “periga o curso processual de inversão da ordem de oitiva das testemunhas de acusação e de defesa com o deferimento do pedido” ministerial, tendo em vista que o trâmite da Ação Penal foi suspenso por força de segurança concedida nos autos do MS nº 91-44.2016.7.00.0000/DF. Por derradeiro, opinou pela reforma da Decisão a quo e o deferimento da presente Correição Parcial.

É o relatório.

VOTO

A presente Correição Parcial é tempestiva e preenche os requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecida.

O MPM interpôs Correição Parcial contra a Decisão do Conselho Permanente de Justiça que indeferiu o arrolamento de mais duas testemunhas, além das que já tinham sido apresentadas na Denúncia.

Segundo o art. 498, alínea “a”, do CPPM, este Tribunal poderá proceder à Correição Parcial “a requerimento das partes, para o fim de **ser corrigido erro** ou omissão inescusáveis, **abuso** ou **ato tumultuário**, em processo, **cometido** ou consentido **por juiz**, desde que, para obviar tais fatos, não haja recurso previsto neste Código.” (Grifo nosso).

Dessa forma, com a devida *venia* à Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, o pedido do MPM é tempestivo, plausível e, portanto, merece ser deferido porque a manifestação ministerial foi feita em momento oportuno e dentro do esquadro da legalidade.

Para indeferir a produção de provas do MPM, o Conselho Julgador entendeu que aquele Órgão somente poderia requerer testemunhas quando oferecesse a Denúncia. Consignou também que, se o *Parquet* Militar pleiteasse mais algum depoimento após a propositura da ação penal, o pedido estaria precluso. Disse que o art. 417, *caput*, e § 4º, do CPPM apenas permite a eventual substituição de testemunha não encontrada ou a inclusão de novas testemunhas, quando surgir novidade durante a instrução criminal. Por fim, incluiu uma jurisprudência desta Justiça Especializada na Decisão que destoa do caso concreto.

Após breve leitura daquele artigo, fica claro, a meu juízo, que o CPJ Ex incorreu em erro quando, na Decisão que negou o pleito ministerial, restringiu absurdamente o alcance do mencionado dispositivo processual castrense, conforme se constatará a seguir.

Segundo o art. 417, do CPPM:

Serão ouvidas, em **primeiro lugar**, as **testemunhas** arroladas na **denúncia** (...), **além das que forem** substituídas ou **incluídas** posteriormente **pelo Ministério Público**, de acordo com o § 4º deste artigo. Após estas, serão ouvidas as testemunhas indicadas pela defesa. (Grifo nosso).

Vê-se que está expresso, no *caput* do art. 417 do CPPM, que o *Parquet* Militar tem a prerrogativa de arrolar testemunhas na Denúncia – como, de fato, o fez no caso dos autos – e, posteriormente, tem o direito de incluir outras, na forma do § 4º daquele artigo.

Foi exatamente o que tentou fazer o Órgão Ministerial – incluir duas testemunhas – mas foi impedido, primeiro pelo Juiz-Auditor Substituto, quando, segundo os autos, não permitiu que a representante do MPM explicasse as razões do pedido durante a sessão e, depois, pelo próprio Conselho Permanente de Justiça, quando, concordando com o Magistrado, decidiu negar o pedido.

O equívoco da Decisão *a quo* fica mais evidente, ainda, quando analisamos o teor do § 4º do referido artigo, que dispõe:

Quer o Ministério Público quer a defesa **poderá requerer** a substituição ou desistência de testemunha arrolada ou indicada, bem como a **inclusão de outras**, até o número permitido. (Grifo nosso).

Observam-se, expressamente, na redação acima, três verbos que compõem o núcleo do mencionado parágrafo, quais sejam, substituir, desistir e incluir. Em nenhum deles, o legislador estabeleceu qualquer ressalva, condição ou exceção para que tanto a Defesa quanto o MPM possam requerer testemunhas complementares.

Por isso, ao afirmar, na Decisão, que o referido parágrafo apenas permite a eventual substituição de testemunha, quando esta não for encontrada ou a inclusão de novas testemunhas, quando surgir novidade durante a instrução criminal, o Conselho Julgador, simplesmente, deixou de atender ao rito procedimental estabelecido no *caput* e no § 4º do art. 417 do CPPM, quando impediu que o MPM incluísse outras testemunhas, até o limite permitido de seis depoimentos, segundo o art. 77, alínea “h”, do CPPM.

Sobre essa matéria, GUILHERME DE SOUZA NUCCI entende que:

até três acusados, o órgão acusatório **somente pode arrolar seis testemunhas**, nos termos do art. 77, *h*, deste Código (CPPM). **Havendo mais de três réus, o promotor pode solicitar a inquirição de mais três testemunhas** (art. 417, § 1º, CPPM). Por óbvio, contando-se com o princípio da busca da verdade real, **pode o órgão acusatório** requerer a inquirição de **outras testemunhas** (...), quando indispensáveis para apurar convenientemente os fatos. (Grifo nosso). (CPPM comentado, Ed. RT, 2013, p. 393).

Pelo que consta no art. 417 do CPPM, vê-se que não se trata de interpretação da norma, mas tão somente de permitir que seja cumprida a literalidade daquele artigo no caso concreto.

Além do mais, há de se questionar o surgimento de fatos novos, como sugere a Decisão, se, conforme os autos, o Magistrado Substituto, além de indeferir os pedidos de dilação probatória do MPM, sequer deu a palavra à representante desse Órgão ou, pior ainda, sequer atendeu ao pedido da Procuradora para que esta se justificasse durante a Audiência que apreciava seu pedido.

Sabe-se que uma das formas de surgir fatos novos no processo é, sem dúvidas, por meio das provas apresentadas pela Defesa e pela acusação. Portanto, a meu ver, aquele Colegiado perdeu uma ótima oportunidade para ouvir o que a representante do MPM tinha a dizer naquela ocasião.

É cediço, ainda, que existe a possibilidade de o Conselho Julgador indeferir a produção de provas, mas apenas quando as considerarem irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Definitivamente, nem de longe é o caso dos autos, primeiro, porque o MPM fez o requerimento no instante em que lhe coube nos autos, logo após o surgimento de suas dúvidas. Segundo, porque as oitivas pleiteadas poderão ser determinantes para identificar e localizar o terceiro elemento que participou da audaciosa empreitada delitativa, como também ser imprescindíveis para a Defesa buscar a inocência de ambos os acusados e, terceiro, para se verificar, estreme de dúvidas, a adequação do fato praticado à norma prevista em lei.

Como na espécie, o Ministério Público só arrolou duas testemunhas, obviamente poderá requerer outras quatro, por ser tratar de rol complementar às já apresentadas na Exordial Acusatória, na forma do art. 417, § 4º, c/c o art. 77, alínea “h”, todos do CPPM.

Nesse diapasão, invoco as felizes palavras do Ministro Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA que, ao enfrentar matéria semelhante, entendeu que:

A questão **probatória** é matéria que se **impõe durante toda a persecução penal** e, o quanto antes ela for providenciada, melhor será para a celeridade processual.

Entendo como absolutamente necessária ao esclarecimento dos fatos a produção de provas requerida pelo Ministério Público Militar, razão pela qual **considero tumultuária ao processo a decisão que indeferiu** a dilação probatória em questão. (CP nº 51-64.2014.7.01.0401/RJ, julg. em 25/6/2014). (Grifo nosso).

Ressalte-se que, quando o Ministro ARTUR VIDIGAL relatou aquela Correição Parcial, o MPM recorreu da Decisão do Órgão Julgador porque teve

seu pedido – de produção de provas – apenas atendido parcialmente. Na ocasião, este Tribunal, por unanimidade, conheceu e deferiu o pedido correicional do *Parquet* Militar, determinando que o restante das provas requeridas fossem produzidas.

No caso dos autos, considero mais grave ainda, porque o Colegiado de 1º grau negou *in totum* o pedido ministerial, de maneira indevida, como restou demonstrado.

Ademais, não se deve olvidar que, devido a Decisões dessa natureza, este Tribunal tem se deparado com processos irregulares, mal instruídos e cheios de vícios, que, quase sempre, comprometem o entendimento adequado do fato, porque causam dúvidas, bem como a deliberação e o julgamento do feito a contento.

No caso dos autos, o Conselho Julgador deveria ter, simplesmente, observado o trâmite processual previsto na redação do artigo ora em discussão e não o fez. Assim, torna-se imperioso conceder *in tela* o pedido de produção de provas requerida pelo *Parquet* Militar, primeiro, por obediência à literalidade do art. 417, *caput* e § 4º, do CPPM e, segundo, justamente para evitar que, no futuro, venha a este Tribunal mais um processo desprovido dos subsídios necessários para apreciar, com segurança, a conduta do acusado.

Até porque, dos três envolvidos no furto, o MPM só conseguiu o lastro probatório mínimo para denunciar apenas dois deles. O terceiro continua sem identificação, em local incerto e não sabido. Esse fato reforça e respalda, ainda mais, a necessidade ministerial em querer ouvir outras testemunhas lotadas no HFA.

Quanto à Ementa da Correição Parcial nº 09-86.2007.7.11.0011, incluída pelo Conselho Permanente na Decisão que negou a oitiva das testemunhas ministeriais, entendo que, igualmente, não agiu com acerto o Conselho Julgador, senão vejamos.

Diz a Ementa trazida aos autos pelo Colegiado *a quo*:

EMENTA. **CORREIÇÃO PARCIAL**. PROVA TESTEMUNHAL.

(...). **Ao deixar de arrolar testemunhas na petição inicial**, o *Parquet* Militar prescinde (desiste) de prova oral, razão pela qual se tornam inaplicáveis os citados dispositivos (no caso, o *caput* e o § 4º do art. 417 do CPPM). (Grifo nosso).

Verifica-se, na Ementa colacionada à Decisão pelo Conselho Permanente, que o MPM **não** arrolou qualquer testemunha ao oferecer Denúncia, ou seja, o Órgão Ministerial deixou claro que “*abriu mão*” de apresentar o rol de testemunhas, por entender, possivelmente, que já teria provas suficientes para propor ação penal.

No caso dos autos, ocorreu exatamente o contrário, isto é, o *Parquet* Militar **arrolou** testemunhas na Inicial Acusatória, fato que demonstrou a intenção do Órgão Ministerial em inquirir as testemunhas ali elencadas, credenciando-se, dessa forma, a requerer, posteriormente, a oitiva de outros depoimentos, na forma do artigo supramencionado e desde que não cause prejuízos à Defesa do réu.

Aliás, foi buscando não trazer qualquer prejuízo ao acusado, que este Tribunal, concordando com o MPM, suspendeu – em Mandado de Segurança, da relatoria do eminente Ministro Gen Ex LUIS CARLOS GOMES MATOS – a marcha processual da Ação Penal que investiga o crime de furto no HFA, até o julgamento do presente feito.

Em outras palavras, o processo foi suspenso quando ainda estava na fase de inquirições das testemunhas de acusação. E, como se sabe, somente após as oitivas de acusação, proceder-se-á aos depoimentos das testemunhas de Defesa, nos termos do art. 417, § 2º, primeira parte, do CPPM.

Destarte, cabe lembrar que este Tribunal vem negando a oitiva de testemunhas que já foram ouvidas durante a instrução processual, ou seja, a reinquirição, a exemplo da **CP nº 53-77.2014**, Min. Alte Esq MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS, e **CP nº 13-93.2007**, Min. Alte Esq JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS.

Como também esta Colenda Corte tem negado a inquirição de testemunhas de acusação ao longo do processo, quando o MPM “abre mão” de apresentar o rol de testemunhas ao oferecer a denúncia, a exemplo da **CP nº 118-45.2015**, Min. Ten Brig Ar JOSELI FRANCISCO PARENTE CAMELO, e **CP nº 09-86.2007**, Min. FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH.

Aliás, frise-se que essa última Correição foi utilizada pelo CPJ Ex para negar o pedido do MPM, ocasião em que se equivocou completamente porque o pedido ministerial, ora em discussão, não se encaixa em nenhuma daquelas situações.

No caso em apreço, é digno de nota frisar que o MPM não desistiu das testemunhas ao oferecer a Denúncia, tanto que arrolou duas, de início. Posteriormente, após a oitiva delas, o *Parquet* militar, embasado nos artigos processuais castrenses, já citados, convenceu-se de que havia a necessidade de inquirir outras duas para, na busca da verdade real, melhor esclarecer os fatos.

Por fim, e não menos importante, o Magistrado Substituto também não agiu adequadamente, a meu sentir, quando impediu que a representante do MPM se manifestasse na Audiência que, inclusive, analisava um pedido daquele Órgão Ministerial. Ao proceder dessa forma, o Conselho Permanente

deixou de observar a Lei Complementar nº 75/1993, que, no art. 6º, inciso XV, dispõe:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

XV - manifestar-se **em qualquer fase dos processos**, acolhendo solicitação do juiz ou **por sua iniciativa, quando entender** existente **interesse em causa** que **justifique a intervenção**. (Grifo nosso).

A Decisão ora hostilizada ainda **feriu** o art. 26, inciso VIII, da Lei nº 8.625/93, que, a exemplo daquela Lei Complementar, igualmente resguarda o direito do Órgão Ministerial de se manifestar no Processo.

Enfim, conforme restou demonstrado, a Decisão hostilizada encontra-se completamente divorciada do rito estabelecido pela legislação pertinente, motivo pelo qual deve ser revista.

Ante o exposto, conheço e defiro a presente Correição Parcial para, reformando a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, determinar que seja deferida a oitiva de testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar. Em consequência, determino a baixa dos autos a origem para proceder na inquirição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por unanimidade, em conhecer e deferir o pedido de Correição Parcial, para, reformando a Decisão proferida pelo Conselho Permanente de Justiça, determinar que seja deferida a oitiva de testemunhas arroladas pelo Ministério Público Militar, com a baixa dos autos para as providências cabíveis.

Brasília, 16 de novembro de 2016 – Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, Ministro-Relator.

CORREIÇÃO PARCIAL Nº 292-67.2016.7.01.0401-RJ

Relator: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Relator para o Acórdão: Min. Dr. Artur Vidigal de Oliveira.

Requerente: Ministério Público Militar.

Requerido: Marco Aurelio Bispo Silva, ex-MN-RC.

Advogado: Defensoria Pública da União.

EMENTA

EMENTA. CORREIÇÃO PARCIAL. MPM. PRELIMINAR DE NULIDADE DO DESPACHO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO INSTAURADA. COMPETÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE IMBRICADA COM O MÉRITO. PRÁTICA DE NOVA DESERÇÃO. REFORMA DA DECISÃO *A QUO*. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Antes da efetivação do processo, com a citação válida do acusado, compete ao Juiz-Auditor, monocraticamente, decidir questões de direito.

2. Sem que se esgotem todas as formas de citação prevista no CPPM, configura ato tumultuário despacho que ordena que se aguarde a captura ou apresentação voluntária de acusado que comete novo crime de deserção depois de recebida a denúncia.

3. A ação penal para a apuração do crime de deserção é pública incondicionada, e, nessa situação, a legislação penal militar tutela os pilares básicos das Forças Armadas, sendo vedado estabelecer outras condições de procedibilidade e de prosseguibilidade distanciadas da lei.

Preliminar de nulidade do Despacho rejeitada. Decisão por maioria.

Preliminar de nulidade por ausência de citação válida rejeitada. Decisão por maioria.

Pedido de Correição Parcial deferido. Decisão por maioria.

DECISÃO

Prosseguindo no julgamento interrompido na 94ª Sessão, em 12/12/2016, após a rejeição, por falta de amparo legal, da preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de nulidade do despacho – ato judicial de competência do Conselho Permanente de Justiça –, proferiu voto de **vista** o Ministro Artur Vidigal de Oliveira. Em seguida, o Tribunal, **por maioria**, rejeitou a preliminar arguida pelo Ministro José Coêlho Ferreira (Relator), que declarava a nulidade do processo, em face da ausência de citação válida do desertor ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira rejeitava a preliminar, por estar imbricada com o mérito. Os Ministros Alvaro Luiz

Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e Marco Antônio de Farias acompanhavam o voto do Ministro-Relator e acolhiam a preliminar. **No mérito, por maioria**, deferiu o pedido de Correição Parcial, para desconstituir a Decisão hostilizada e determinar o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401. Os Ministros José Coêlho Ferreira (Relator), Alvaro Luiz Pinto, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes e Marco Antônio de Farias indeferiram o pedido de Correição Parcial e mantinham inalterado o Despacho da MM. Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, proferido nos autos da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01,0401, que determinou a suspensão do feito até a apresentação voluntária ou captura do ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva. Relator para Acórdão Ministro Artur Vidigal de Oliveira. O Ministro José Coêlho Ferreira (Relator) fará voto vencido. A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente o Procurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Jaime de Cássio Miranda. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 98ª Sessão, 19/12/2016).

RELATÓRIO

Trata-se de Correição Parcial requerida pelo Ministério Público Militar, insurgindo contra o Despacho da Dra. Marilena da Silva Bittencourt, MMª Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, proferido nos autos da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401, que determinou a suspensão do feito até a apresentação voluntária ou captura do ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva.

A aludida Magistrada proferiu Despacho nos exatos termos:

Diante da falta de efetividade do presente feito, uma vez que não houve a citação do acusado, (v. art. 35 do CPPM), aguarde-se a apresentação voluntária ou captura (fl. 107).

A representante do MPM tomou ciência do citado Despacho em 28 de setembro de 2016 e protocolou a presente Correição no dia 30 subsequente para fins de corrigir ato tumultuário de suspensão do feito, devendo a Ação Penal Militar seguir o regular prosseguimento no Juízo de origem (fls. 108/115).

Em Contrarrazões (fls. 120/126), a Defesa do ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva pugnou pelo não provimento da Correição Parcial, mantendo-se a Decisão recorrida, dada a ausência da condição de prosseguibilidade da ação penal militar. Prequestionou, ainda, acerca dos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal (CF, art. 5º, inciso LIV) e da Dignidade da Pessoa Hu-

mana (CF, art. 1º, inciso III), considerando que o acusado pode ser submetido ao constrangimento ilegal de ser processado e julgado sem as formalidades legais.

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer da lavra do Dr. Clauro Roberto de Bortolli, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, suscitou a preliminar de nulidade do Despacho impugnado para que o requerimento ministerial de fls. 104/105 seja submetido à apreciação e decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, por entender que compete a esse Colegiado decidir sobre tal questão de direito. E, no mérito, manifesta-se pelo deferimento da Correição Parcial, com a desconstituição da citada Decisão judicial, determinando-se o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401 (fls. 133/142).

É o relatório.

VOTO

Conheço da Correição Parcial, por estarem presentes seus requisitos autorizadores.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO DESPACHO

A PGJM suscitou preliminar de nulidade do Despacho ao argumento de que o requerimento ministerial de fls. 104/105 fosse submetido à apreciação e decisão do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha, por entender que compete a esse Colegiado decidir sobre tal questão de direito.

Para tanto, alegou o douto Subprocurador que a autoridade judiciária não tinha competência para, monocraticamente, sobrestar o feito. Sustenta que, de acordo com o art. 28, inciso V, da Lei 8.457/92, a competência para decidir a matéria seria do CPJ.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, nos termos do que dispõe o art. 28, inciso V, da Lei 8.457/92, compete aos Conselhos “decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante a instrução criminal ou julgamento”.

No presente caso, a Decisão questionada constitui ato privativo do Juiz-Auditor, pois foi proferida antes de efetivada a Ação Penal Militar e iniciada a instrução criminal.

Ademais, quem determina a citação dos Acusados não é o CPJ, mas, sim, o próprio magistrado, monocraticamente. Esse contexto serve para corroborar a afirmativa de que os Conselhos atuam após a efetivação da Ação Penal Militar com a citação válida.

Prevê o art. 35 do CPPM, *in verbis*:

O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, **efetiva-se com a citação do acusado** e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito quer não. (grifei).

Cumpra observar que até o momento da Decisão proferida pela Juíza-Auditora não havia sido sequer instaurado o Conselho Permanente de Justiça, tampouco iniciada a instrução criminal.

A justificativa para o sobrestamento do feito pela Magistrada foi pelo fato de que o Denunciado ainda não havia sido citado. Portanto, não há dúvidas de que o *Decisum* proferido cabia àquela autoridade judiciária e não ao Conselho Permanente de Justiça.

Assim sendo, não se reconhece qualquer nulidade ou ilegitimidade do ato proferido.

Por todo o exposto, voto pela rejeição da preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, por falta de amparo legal.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA

O Ministro-Relator Dr. José Coêlho Ferreira arguiu preliminar de nulidade do processo por ausência de citação válida do Desertor.

Inicialmente, no que tange à preliminar suscitada de ofício pelo ilustre Relator, entendo que deve ser rejeitada e analisada juntamente com o mérito da presente Correição Parcial.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade do processo, arguida de ofício, pelo Ministro-Relator, Dr. José Coêlho Ferreira, em face da ausência de citação válida do Desertor Ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva, por estar imbricada com o mérito.

MÉRITO

O pedido de Correição Parcial deve ser deferido para desconstituir o Despacho proferido pela Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM e determinar o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401. Para tanto, trago uma retrospectiva dos seguintes fatos, que considero serem de suma importância para o entendimento da questão, senão vejamos:

O Marinheiro cometeu o primeiro delito de Deserção em 4 de abril de 2013. Apresentou-se voluntariamente em **22 de março de 2016**. Ficou preso até **5 de abril de 2016**, quando, então, foi realizada a Audiência de Custódia (fls. 61/62) e relaxada a prisão do militar, pois não havia, nos autos, até aquela data, a Ata de Inspeção de Saúde. Foi expedido o competente Alvará de Soltura e o preso foi posto imediatamente em liberdade.

Posteriormente, em 14 de abril de 2016, por intermédio do Ofício nº 557/CPMM (fls. 80/81), foi encaminhada a Ata de Inspeção de Saúde ao Juízo da 1ª CJM e a reinclusão do Marinheiro à Força deu-se pela Portaria nº 296/Com1ºDN, de 18 de abril de 2016, com efeitos a partir de 30 de março de 2016.

A Denúncia foi oferecida em **30 de maio de 2016**, e o seu recebimento deu-se em **6 de junho de 2016**, sendo designado o dia **20 de agosto de 2016** para a citação do Acusado e o dia **23 de agosto de 2016** para a qualificação e interrogatório.

Por intermédio de Fac-símile, datado de **7 de junho de 2016**, foi encaminhado documento ao Comandante do 1º Distrito Naval e à Diretoria de Pessoal Militar da Marinha (fls. 92/93) com as comunicações de praxe e requerendo que fosse apresentado o aludido militar nas datas designadas para os atos.

Contudo, em **20 de junho de 2016**, conforme Ofício nº 50-285/Com1ºDN-MB, foi comunicado ao Juízo da 1ª CJM que o referido Marinheiro encontrava-se faltando a bordo desde o dia 16 de junho de 2016, motivo pelo qual deixou de apresentar o militar.

Em consulta ao SAM – Sistema de Acompanhamento Processual da Primeira Instância –, consta que foi lavrado o Termo de Deserção, nos autos da IPD nº 168-14.2016.01.0101, em **25 de junho de 2016**, sendo que a situação em que se encontra esse feito é de “aguardando apresentação ou captura” até a presente data.

A Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401 foi retirada de pauta em **3 de agosto de 2016** e dada vista ao MPM que, por intermédio da manifestação de fls. 104/105, requereu o regular prosseguimento do processo, haja vista que a condição de procedibilidade deve ser avaliada no momento do recebimento da inicial acusatória.

A DPU, em atuação na Instância *a quo*, em **20 de setembro de 2016**, requereu que o Acusado fosse citado no endereço constante dos autos, por intermédio de Oficial de Justiça Avaliador (fl. 106).

A MMª Magistrada, em Despacho de **23 de setembro de 2016**, sob o argumento de que o feito carece de efetividade, por não haver a citação do Acusado, determinou que se aguardasse a apresentação voluntária ou a sua captura.

Observa-se dos autos que o ato tumultuário foi a “interrupção” da Ação Penal Militar pelo Despacho da eminente Magistrada, logo após o recebimento da Denúncia, sem ao menos tentar citar o Acusado por outros meios disponíveis, previstos no Código de Processo Penal Militar.

Denota-se que a Exordial acusatória foi recebida em 6 de junho de 2016, por Decisão fundamentada, tendo a Juíza-Auditora designado o dia 23 de agosto de 2016 para citação do desertor e, em seguida, comunicado às autoridades militares para a apresentação do Acusado.

Esse procedimento encontra-se previsto no art. 280 do CPPM, que trata da citação de militar, *in verbis*:

A citação a militar em situação de atividade ou a assemelhado far-se-á mediante requisição à autoridade sob cujo comando ou chefia estiver, a fim de que o citando se apresente para ouvir a leitura do mandado e receber a contrafé.

Ressalto que, em nenhum momento, o militar chegou a ser citado oficialmente, enquanto ostentando essa condição, em que pese ter comparecido em Juízo, no dia **5 de abril de 2016**, quando, então, foi realizada a Audiência de Custódia (fl. 61/62), porém não tomou conhecimento da ação penal, uma vez que a Denúncia somente foi oferecida em **30 de maio de 2016**, e o Acusado passou a faltar ao quartel no intervalo entre o recebimento da Denúncia e a data designada para o ato citatório.

Destaque-se que assumiu o seguinte compromisso:

Eu, MN-RC 12.0685.60 Marco Aurélio Bispo Silva declaro que fui posto em liberdade no dia 5 de abril de 2016, por força do Alvará de Soltura nº 29/16, da 4ª Auditoria da 1ª CJM, e sob as penas da lei, tomei ciência de que deverei comparecer sempre que solicitado for pelo Tribunal de Justiça Militar da União.

Desta declaração se depreendem duas questões importantes:

- 1) Ele era militar por ocasião de sua soltura; e por ocasião do oferecimento da denúncia; e,
- 2) O referido militar tomou conhecimento da possível acusação que lhe seria imposta e se comprometeu a comparecer em Juízo sempre que solicitado.

A citação é o ato em que o juiz ordena o chamamento da pessoa acusada, a fim de que se defenda perante o Poder Judiciário da imputação que lhe é atribuída. Trata-se de uma garantia para o exercício pleno da Ampla Defesa e do Contraditório, princípios estatuídos na Constituição Federal de 1988. A citação instaura a relação processual, impondo, a partir de então, deveres processuais às partes envolvidas.

O Militar, conforme já apresentado, deve ser citado na forma do art. 280 do CPPM.

Entretanto, se desta forma não for possível ocorrer a citação, entendo que deve ser procedido no passo determinado pelo Código de Processo Penal Militar, ou seja, realizada por Oficial de Justiça, consoante se observa do art. 277 do CPPM:

Art. 277. A citação far-se-á por oficial de justiça:

I - mediante mandado, quando o acusado estiver servindo ou residindo na sede do juízo em que se promove a ação penal;

II - mediante precatória, quando o acusado estiver servindo ou residindo fora dessa sede, mas no País;

III - mediante requisição, nos casos dos arts. 280 e 282;

IV - pelo correio, mediante expedição de carta;

V - por edital:

a) quando o acusado se ocultar ou opuser obstáculo para não ser citado;

b) quando estiver asilado em lugar que goze de extraterritorialidade de país estrangeiro;

c) quando não for encontrado;

d) quando estiver em lugar incerto ou não sabido;

e) quando incerta a pessoa que tiver de ser citada.

Certo é que não existe a hipótese de nulidade do processo pela ausência de citação válida do desertor, quando esta não se efetivou por todas as suas formas. A meu ver, este Plenário deve desconstituir o Despacho que ordenou que se aguardasse a captura ou apresentação voluntária do Acusado e determinar que o feito siga normalmente seu curso, com a produção dos demais atos que são necessários à correta instrução criminal e que são realizados posteriormente ao recebimento da Denúncia.

A despeito da posição adotada pela Magistrada, o entendimento desta Corte, apesar de não unânime, tem sido pelo prosseguimento das ações penais militares nos casos de deserção, quando o agente for excluído do serviço ativo. No caso dos presentes autos, o posicionamento a ser conferido é indubitavelmente o mesmo, pois, no momento do recebimento da peça acusatória, existia a condição de militar do Acusado. Contudo, posteriormente, o Marinheiro foi excluído das fileiras da Força Naval pela prática de nova deserção.

Ressalto que a nova deserção somente ocorreu após o oferecimento da denúncia e o seu recebimento.

O novo crime de deserção não tem o poder de influenciar no andamento do anterior, haja vista que a Denúncia relativa ao primeiro delito foi oferecida e recebida pela autoridade judiciária *a quo*. O feito deve, inquestionavelmente, seguir o seu curso normal.

Posiciono-me no sentido de que as condições de procedibilidade, também denominadas de condições de admissibilidade do processo penal ou de pressupostos processuais, são aquelas necessárias, apenas, para a deflagração da Ação Penal Militar.

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

No caso dos crimes de deserção, dentre as condições de procedibilidade ou de admissibilidade do processo, além do interesse de agir, da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica do pedido, exige-se a aptidão para o

serviço ativo, apreciada em inspeção de saúde, e a reinclusão do Acusado às fileiras das Forças Armadas, em decorrência da apresentação voluntária ou da captura do desertor. No caso da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401, efetivamente, esses requisitos restaram satisfeitos.

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

Por certo, cumpridas essas condições de procedibilidade, o processo penal militar deve ser iniciado e seguir o curso normal até o julgamento final da causa, mesmo que, no decorrer do processo, o Acusado venha a cometer outro delito de deserção e ser, por consequência, excluído da Força.

O Ministro Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ abordou o tema de forma aprofundada quando da apreciação do Habeas Corpus nº 232-63.2016.7.00.0000, julgado em 12 de dezembro de 2016, trazendo um estudo histórico, comparado e detalhado do delito de deserção com a condição de prosseguibilidade. Nesse passo, merecem destaques os seguintes fundamentos utilizados pelo e. Ministro, os quais adoto como minhas razões de votar:

De tudo quanto se vê, o crime de deserção, longe de constituir bagatela jurídica, é e sempre foi encarado, aqui e alhures, como violenta quebra dos preceitos basilares de toda e qualquer estrutura militar organizada, não havendo que se falar desproporcionalidade da tipificação da conduta em voga – seja em tempo de guerra, seja em tempo de paz.

Noutro vértice, a tese relativa à ausência da intitulada “condição de prosseguibilidade” não encontra qualquer respaldo jurídico.

Sem embargo das valorosas opiniões em sentido contrário, entendo de que os §§ 1º e 2º do artigo 457 do Código de Processo Penal Militar impõe a observância do *status* de militar da ativa apenas até o momento da **deflagração** da ação penal militar pelo crime de deserção, com o recebimento da denúncia, sendo de todo irrelevante para o prosseguimento do feito a manutenção do acusado nos quadros do serviço ativo das forças.

Sobre a distinção das denominadas condições de procedibilidade e de prosseguibilidade leciona Jorge Cesar de Assis:

Com efeito, não resta dúvida quanto à existência de uma condição objetiva de procedibilidade, fundada no fato de que o agente do delito de deserção deva ostentar a qualidade de militar para o oferecimento da denúncia. Isto é rela, e está previsto em lei (CPPM, art. 457, §§ 1º e 2º).

(...)

Mas condição de procedibilidade é coisa diversa de condição de prosseguibilidade, pois enquanto aquela é essencial para se iniciar o processo, esta o é para que ele tenha seu curso regular até final decisão. A qualidade de militar é condição de procedibilidade para o processo penal contra o desertor, mas não é para que este possa prosseguir, pelo simples fato de que tal condição – a de prosseguibilidade – não está prevista em lei.

Esta conclusão é encontrada, igualmente, em decisões jurisprudenciais. É a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao consignar que

“quando a consumação do delito e do oferecimento da denúncia, o recorrente ostentava a condição de militar, podendo, assim, ser sujeito ativo da deserção. 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. 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” (STJ, 6ª T. RHC 24.607, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 23.03.2010, DJe de 12.04.2010)

(...)

Também não se pode olvidar o princípio de que a lei rege os atos praticados a seu tempo (*tempus regit actum*), no caso específico da deserção o agente necessariamente era militar e, a condição de procedibilidade calcada na necessidade de ostentar a qualidade de militar para o oferecimento da denúncia, atende apenas a este momento inicial do processo, o qual, tendo sido iniciado, deve prescindir de tal condição, ainda que renomeada a condição de prosseguibilidade, condição, diga-se, sem amparo legal (*in Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. pp. 571-573).

O crime de deserção consta dos ordenamentos jurídicos de todos os países que mantêm Forças Armadas, mesmo naqueles que aboliram a jurisdição militar e submetem militares à justiça ordinária. Assim sendo, rápida vista no Direito Comparado da atualidade percebem-se exemplos da persecução penal contra desertores, seja no âmbito da justiça castrense ou comum. Portugal extinguiu a Justiça Militar e o serviço militar obrigatório na primeira década deste milênio. No entanto, a jurisprudência lusitana confirmou, mais de uma vez, a constitucionalidade do processo contra desertores, e a validade do seu Código Penal Militar, hoje aplicado por uma Vara de justiça comum, em situação híbrida na qual participam do julgamento três “conselheiros” militares.

Em tal rumo exibe-se decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Lisboa, desse modo ementado:

A Lei do Serviço Militar extinguiu o Serviço Militar Obrigatório, mas não extinguiu a responsabilidade criminal pelos atos praticados durante a prestação desse serviço (Acórdão 2991/2007-5). De igual forma admite o julgamento do desertor em estado de revelia (Acórdão 4523/2006-3, 16.5.2007, www.dgsi.pgr.pt – acesso em 12.12.2017).

A questão alcançou tal relevância que entrou na agenda do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República daquele país – órgão máximo de orientação normativa aos membros do Ministério Público. Do respectivo Parecer extrai-se o seguinte:

Cessando as obrigações militares que o desertor estava sujeito, por ter findado o regime em que prestava serviço, deixa de subsistir a “compressão” do interesse jurídico... e não terá sentido proceder à sua captura, até porque já não existe já uma situação de flagrante delito. **Porém, isso não significa que não deva haver lugar à competente ação penal.**

A circunstância de não se manter já o modelo de conscrição em que o serviço militar foi prestado, não implica, pois, que as deserções praticadas sob seu regime tenham deixado de ser puníveis (Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República submetido à deliberação em 13.03.2008; decisão unânime – www.dgsi.pgr.pt – acesso em 12.12.2017).

No caso concreto, não há que falar em falta de condição de prosseguibilidade, mas, sim, em ex-militar que cometeu um delito enquanto militar e foi devidamente denunciado, com a exordial recebida pelo Juízo competente. Na situação que se apresenta, a nova deserção não pode representar uma causa a justificar a interrupção do primeiro processo, visto que ensejaria uma sensação de impunidade dentro da caserna.

Em especial quando o acusado se compromete a se apresentar em Juízo sempre que solicitado.

Esse é o entendimento majoritário deste Superior Tribunal Militar, conforme se observa no seguinte julgado:

EMBARGOS INFRINGENTES. DPU. DESERÇÃO. PERDA DO *STATUS* DE MILITAR DO ACUSADO POSTERIOR AO RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INDULTO CONCEDIDO PELO JUÍZO *A QUO*. CONFIRMAÇÃO PELO STM. 1) O *status* de militar da ativa constitui requisito de procedibilidade e não de prosseguibilidade do processo, nos termos § 2º do art. 457 do CPPM. Inexiste qualquer previsão na legislação castrense que ampare interpretação diversa. 2) **A exclusão do desertor do Serviço Ativo das Forças Armadas, em momento posterior ao recebimento da peça acusatória, não extingue a sua punibilidade.** 3) Uma vez concedido o indulto ao réu, e ocorrido o seu trânsito em julgado sem que as partes

tenham dele recorrido, cabe a esta Corte confirmar o benefício. Embargos rejeitados. Decisão por maioria. (STM. EMBARGOS nº 56-35.2014.7.03.0303/DF, Relator Ministro Alte Esq ALVARO LUIZ PINTO. Julgamento: 10/10/2016. Publicação: 24/10/2016). (Grifei).

No mesmo sentido são os seguintes julgados: Correição Parcial nº 178-31.2016.7.01.0401/RJ, Relator Ministro Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva, Data da Decisão: 5/9/2016, Data da Publicação: 27/9/2016; e, Embargos nº 90-28.2014.7.03.0103/DF, Relator Ministro Dr. José Barroso Filho, Data da Decisão: 7/6/2016, Data da Publicação: 15/8/2016.

Dessa forma, reitera-se que a nova deserção não tem o poder de interferir no andamento da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401, devendo o feito seguir o seu curso normal.

O Juízo *a quo* corretamente comunicou à OM para que o Acusado fosse apresentado na data e hora designada para a sua citação, conforme determina o art. 280 do CPPM, haja vista que, até aquele momento, existia a condição de militar do Acusado. Contudo, em face de nova deserção, o ato não ocorreu, e o desertor passou à condição de civil, por ter sido excluído da Força, deixando de tomar conhecimento dos termos da acusação que lhe foi imputada.

Assim, entendo que, agora, as regras a serem adotadas são aquelas previstas no art. 277 do CPPM ao caso em comento.

Não existem justificativas para que o Juízo deixe de ordenar a citação por Oficial de Justiça Avaliador se existe nos autos o endereço do Acusado. Há previsão legal para tal diligência e é perfeitamente possível que ele venha a ser localizado.

Com efeito, enfatizo que essa situação não pode ter o condão de eximir o Acusado de responder à Ação Penal Militar pela qual restou recebida a Denúncia.

A própria Defensoria Pública da União, em Primeira Instância, manifestou-se pela necessidade de Citação do Acusado, por Oficial de Justiça, no endereço constante dos autos.

Ora, o Juízo *a quo*, ao tomar conhecimento de que o militar não seria apresentado e após as manifestações do representante do MPM e da DPU, deveria dar sequência aos atos ordinatórios para que o feito seguisse seu curso regularmente.

Em que pese estarmos diante de um caso singular, entendo que para a situação devemos adotar os mesmos critérios já firmados pela maioria desta Corte, quanto à condição de prosseguibilidade em se tratando de delito de deserção.

Ante o exposto, defiro a Correição Parcial para deconstituir a Decisão judicial, determinando o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401.

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 rejeitar, por falta de amparo legal, a preliminar, suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, de nulidade do Despacho – ato judicial de competência do Conselho Permanente de Justiça; e, por maioria, em rejeitar a preliminar arguida pelo Ministro José Coêlho Ferreira (Relator), que declarava a nulidade do processo, em face da ausência de citação válida do desertor ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva, por estar imbricada com o mérito. No mérito, por maioria, em deferir o pedido de Correição Parcial, para desconstituir a Decisão hostilizada e determinar o regular prosseguimento da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401.

Brasília, 19 de dezembro de 2016 – Dr. Artur Vidigal de Oliveira, Ministro-Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. JOSÉ COÊLHO FERREIRA

Correição Parcial Nº 292-67.2016.7.01.0401-RJ

No julgamento dos presentes autos, votei vencido arguindo, preliminarmente, a nulidade do processo, em face da ausência de citação válida do desertor ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva e, no mérito, indeferi o pedido de Correição Parcial e mantive inalterado o Despacho da MMª Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, proferido nos autos da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01,0401, que determinou a suspensão do feito até a apresentação voluntária ou captura do ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva.

Preliminar de nulidade do processo – ausência de citação válida

2. Verifica-se dos autos que a Denúncia foi recebida em 6/6/2016, tendo sido designado o dia 23/8/2016 para qualificação e interrogatório do acusado. À fl. 92, o Juízo de origem solicitou ao Comandante do 1º Distrito Naval a adoção das providências para apresentação do militar na referida data, o que não ocorreu, tendo em vista que o ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva praticou nova deserção em 25/6/2016 (fl. 94).

3. Levando em consideração a prevalência de entendimento da corrente majoritária desta Corte, a qual adota a tese de que a falta de condição de militar não constitui óbice para o prosseguimento da Ação Penal Militar, ainda que haja possibilidade de o desertor apresentar-se voluntariamente ou ser capturado, entendo que cabe, no presente caso, a arguição de uma preliminar de nulidade do processo por ausência de citação do acusado, considerando que o art. 35 do CPPM estatui que a relação jurídica processual só será aperfeiçoada com a citação do acusado, *in verbis*:

Art. 35. O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecurável, quer resolva o mérito, quer não.

4. Nesse contexto, vale ressaltar que o processo de apuração do crime de deserção distancia-se significativamente dos demais crimes propriamente militares, como já é largamente reconhecido pelo Pretório Excelso. Nessa linha de raciocínio, defendo que a citação do acusado que pratica o referido delito só se dará na forma do art. 280 do CPPM, *in verbis*:

Art. 280. A citação a militar em situação de atividade ou a assemelhado **far-se-á mediante requisição à autoridade sob cujo comando ou chefia estiver, a fim de que o citando se apresente para ouvir a leitura do mandado e receber a contrafé.** (Os grifos não são dos originais).

5. Apenas por apego à argumentação, o egrégio Supremo Tribunal Federal, antes da vigência da Constituição Federal de 1988 e por meio do julgamento isolado, realçou a necessidade de ser realizada a citação do acusado, replicando a ideia de a citação ser realizada mediante apresentação do acusado, *in litteris*:

Ementa. Habeas Corpus. Citação-edital. Se, no inquérito, consta a informação de que o paciente era “cabo desertor da PM”, **não seria possível, desde logo, citá-lo por edital, porque desconhecido o endereço do réu, sem antes adotar providências esclarecedoras, para propiciar a citação pessoal, junto ao órgão militar, onde, antes, servia,** ou mesmo, sem atender ao art. 358, do CPP. Recurso provido, para conceder o habeas corpus, anulando o processo penal, quanto ao paciente, a partir da citação, inclusive, sem prejuízo da ação penal e de prisão decretada por outro motivo. (RHC 62421, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 26/3/1985, DJ 16/8/1985).

6. Embora fosse possível inferir, a partir do conteúdo do transcrito julgado, que a citação por edital pudesse ser realizada após esgotadas todas as possibilidades, defendo que a Carta Magna vigente recepcionou a sistemática processual penal militar, na parte em que destaca as especificidades do processamento do crime de deserção, incluindo aqui a falta de condição de procedibilidade, em se tratando de licenciamento do militar, ou o não prosseguimento da ação penal militar, no caso de o acusado praticar nova deserção e, consequentemente, ser excluído da sua respectiva Força até que se apresente voluntariamente ou seja capturado.

7. Assim, considerando que prevalece o entendimento da corrente majoritária de que a prática de nova deserção não impede o prosseguimento da ação, proponho a nulidade do processo pela ausência de citação válida do acusado, até porque a citação para a regular efetivação do processo só deverá ocorrer com o acusado ostentando o *status* de militar.

8. Por essas razões, arguo, preliminarmente, a nulidade do processo, em face da ausência de citação válida do desertor ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva.

Mérito

9. Ultrapassada a referida preliminar, passo à análise do mérito.

10. Como se observa dos autos, o ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva praticou nova deserção em 25/6/2016, tendo o Despacho ora recorrido determinado a suspensão do feito até a apresentação voluntária ou captura do desertor.

11. A meu sentir, o feito não pode prosseguir, nesta oportunidade, sem que o desertor volte a ostentar o *status* de militar da ativa. Vale dizer, a simples notícia de exclusão do militar da Marinha do Brasil em decorrência da prática de nova deserção já é suficiente para suspender ou sobrestar o feito, pela ausência da condição de procedibilidade ou prosseguibilidade da Ação Penal Militar, já que aquele passou à condição de civil.

12. Dessa forma, permaneço filiado à corrente desta Corte segundo a qual há impossibilidade jurídica de dar prosseguimento a qualquer feito, em se tratando de desertor foragido. A esse respeito, já funcionei como revisor e relator para Acórdão nos autos da Apelação nº 55-96.2011.7.09.0009/MS, assim ementada, *in litteris*:

EMENTA: APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. CRIME DE DESERÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NOTÍCIA DE CONCESSÃO DE INDULTO AO APELANTE E DE QUE ESSE PRATICOU NOVA DESERÇÃO. COLOCAÇÃO DOS AUTOS EM PAUTA DE JULGAMENTO ANTES DA DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA DO MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINAR DE SOBRESTAMENTO ARGUIDA DE OFÍCIO. ACOLHIMENTO.

I – Conforme precedente desta Corte, não se admite a colocação em pauta de processo de desertor foragido enquanto não definida a sua situação administrativa (Correição Parcial nº 1-91.1990.7.05.0005/PR).

II – Acolhe-se a preliminar, arguida de ofício, de sobrestamento do feito, por falta de condição de prosseguibilidade, até a captura ou apresentação voluntária do desertor.

Preliminar de sobrestamento acolhida. Decisão majoritária.

13. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte aresto:

EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. NOVA AUSÊNCIA DO MILITAR NO CURSO DO PROCESSO. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE. SOBRESTAMENTO DA APELAÇÃO.

I - Estando em curso processo relativo ao crime de deserção, ainda que em fase recursal, a superveniência de nova ausência do militar, caracterizadora da mesma espécie delitiva, prejudica o prosseguimento do

processo em curso. Este ficará sobrestado até que, em decorrência de apresentação voluntária ou captura do desertor, e conseqüente inspeção de saúde, seja definida a situação funcional do agente perante a força.

II - Preliminar de sobrestamento suscitada, de ofício, pelo Revisor. Decisão majoritária. (Apelação nº 106-83.2012.7.01.0401/RJ. Rel. p/ Acórdão Min. Fernando Sérgio Galvão. Julgamento: 5/6/2014).

14. Apesar de esse entendimento ter passado a ser minoritário neste Tribunal, é firme a jurisprudência da Suprema Corte sobre essa matéria, conforme se depreende do conteúdo reportado na seguinte decisão monocrática do eminente Ministro Dr. GILMAR MENDES, *in litteris*:

(...)

O recorrente insurge-se contra a decisão do Superior Tribunal Militar que sobrestou o processo criminal até o restabelecimento da condição de militar da ativa do réu. Sobre o tema, destaco que este Supremo Tribunal possui jurisprudência assentada no sentido que a qualidade de militar é elemento do tipo penal de deserção, de forma que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Nesse sentido, colho alguns julgados: HC 90.672, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 19.3.2009; HC 108.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.2.2012; HC 115.754, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 10.4.2013; HC 103.254, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 13.4.2011, estes dois últimos assim ementados:

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 correção parcial é de cinco dias entre a conclusão dos autos ao juiz-auditor corregedor e o protocolo da representação no Superior Tribunal Militar. Precedentes. II – A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Precedentes. III – Ordem concedida para cassar o acórdão do Superior Tribunal Militar que deferiu a correção parcial e determinar a extinção definitiva da ação penal.

HABEAS CORPUS – POLICIAL MILITAR - CRIME DE DESERÇÃO (CPM, ART. 187) – DELITO MILITAR EM SENTIDO PRÓPRIO – RÉU QUE NÃO DETINHA A QUALIDADE DE MILITAR DA ATIVA QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – ESSENCIALIDADE DA CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA, NA HIPÓTESE DE CRIME DE DESERÇÃO, PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO E/OU PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL PROMOVIDA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR – SÚMULA 12 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DOUTRINA

– CONFIGURAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – **INVIABILIDADE DO PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL** – EXTINÇÃO DEFINITIVA DO PROCESSO CRIMINAL INSTAURADO PERANTE A JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO.

Da leitura do acórdão recorrido, verifico que o Tribunal *a quo* adotou entendimento idêntico. A propósito, transcrevo trecho da decisão:

O Sd Maykon Fabiano Ferreira dos Santos perdeu o *status* de militar no momento em que foi excluído das fileiras do Exército, por incorrer **em nova deserção (quarta)**, e o presente feito já se encontrava tramitando neste Tribunal.

Não obstante a nova deserção constitua delito autônomo em relação à anterior, a situação fática que exsurge de tal acontecimento – perda da qualidade de militar da ativa – compromete em definitivo o trâmite da Apelação nº 117-46.2011.02.0102/SP, pois, **ao passar à situação de civil, o Sentenciado perdeu a legitimidade passiva, deixando de ser parte na relação processual.** (fl. 250)

Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário (art. 544, § 4º, II, “b”, do CPC). (ARE 726942, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 25/7/2013, publicado no DJe-148, de 1º/8/2013). (Os grifos são dos originais).

15. Daí o motivo pelo qual entendo que deve ser mantido o Despacho recorrido, que determinou a suspensão do feito até a apresentação voluntária ou captura do ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva.

Por essas razões, votei vencido arguindo e declarando, preliminarmente, a nulidade do processo, em face da ausência de citação válida do desertor ex-MN-RC MARCO AURELIO BISPO SILVA e, no mérito, indeferi o pedido de Correição Parcial e mantinha inalterado o Despacho da MM. Juíza-Auditora da 4ª Auditoria da 1ª CJM, proferido nos autos da Ação Penal Militar nº 80-51.2013.7.01.0401, que determinou a suspensão do feito até a apresentação voluntária ou captura do ex-MN-RC Marco Aurelio Bispo Silva.

Superior Tribunal Militar, 19 de dezembro de 2016.

Dr. José Coêlho Ferreira

Ministro-Relator



Habeas Corpus

HABEAS CORPUS Nº 142-55.2016.7.00.0000-RJ

Relator: Min. Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

Paciente: Glauco da Cunha Santos, CF FN.

Impetrantes: Drs. Renato Darlan Camurati de Oliveira, Luiz Fernando Alves Evangelista e Sandra Regina da Silva de Almeida.

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL MILITAR (IPM). NOTÍCIA DE FATO, EM TESE, DELITUOSO POR MENSAGEM DO APLICATIVO *WHATSAPP*. FATOS JÁ CONHECIDOS DO COMANDO MILITAR. APURAÇÃO PRÉVIA FORMADA POR PESQUISA DE DADOS E LEVANTAMENTO DE INFORMAÇÕES POR SETOR DE INTELIGÊNCIA. VERIFICAÇÃO SUMÁRIA “COM PRUDÊNCIA E DISCRIÇÃO”. *PLAUSIBILIDADE E VEROSSIMILHANÇA* DAS INFORMAÇÕES. MEDIDAS APURATÓRIAS INFORMAIS ADOTADAS TRÊS MESES ANTES DA VEICULAÇÃO DA MENSAGEM NA REDE SOCIAL. TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL E *FENÔMENO DA SERENDIPIDADE*. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E TRIBUNAIS SUPERIORES – STM E STJ. EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

I – Mensagens do aplicativo *WhatsApp* podem não constituir, *prima facie*, prova ilícita por violação à vedação constitucional ao anonimato, quando possível a identificação do número telefônico do emissor vinculado ao mencionado aplicativo de mensagens instantâneas, e insinuarem informação conhecida. Ademais, o paciente não é sequer referido no texto.

II – Já em fase de apuração informal pela Administração Militar de supostas ilegalidades atribuídas a militares – fraude ao sistema de Aprovisionamento –, a superveniência de *notitia criminis*,

ainda que pudesse ser tida como inqualificada, não constitui ilegalidade, devido ao caráter acessório da delação.

III – A criminalidade transnacional, o crime organizado, delitos tecnológicos e outras manifestações criminosas têm inspirado projetos governamentais (p. ex. *disque-denúncia*) em diversos países, para as intituladas *informações anônimas*, exigindo-se, contudo, prévia investigação à abertura de inquérito (Portugal, Espanha, Chile, Argentina). O tratamento do tema no Direito Comparado revela exemplos da legislação e da jurisprudência, com aplicação do *sistema de ponderações* de princípios constitucionais (Estados Unidos, México, Colômbia, Peru e Alemanha).

IV – A *atividade de inteligência* do Comando Militar, por meio do canal técnico das denominadas “Seções de Inteligência”, consubstanciada na pesquisa e coleta de dados por ordem superior, desenvolvida de forma supletiva e eventual para o fim de suprir o Comando de informações prévias à abertura de procedimentos investigatórios formais – Sindicância Administrativa e Inquérito Policial Militar – insere-se no âmbito do exercício do Comando e não configura usurpação das atribuições de polícia judiciária militar, conferidas às autoridades relacionadas no artigo 7º do Código de Processo Penal Militar.

V – *Habeas Corpus* conhecido, *Ordem* denegada. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, conheceu do **habeas corpus** e denegou a ordem por falta de amparo legal. Os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Cleonilson Nicácio Silva não participaram do julgamento. Presidência do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Vice-Presidente, na ausência ocasional do Presidente. Na forma regimental, usaram da palavra o Advogado da Defesa Dr. Luiz Fernando Alves Evangelista 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 Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, 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, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausente, justificadamente, o Ministro José Coêlho Ferreira. (Extrato da Ata da 61ª Sessão, 1º/9/2016).

RELATÓRIO

Cuida-se de Ordem de *Habeas Corpus* impetrada pelos Advogados Drs. Renato Darlan Camurati de Oliveira, Luiz Fernando Alves Evangelista e Sandra Regina da Silva de Almeida, inscritos na OAB-RJ, em favor do Capitão de Fragata Intendente GLAUCO DA CUNHA SANTOS, Oficial Superior da Marinha do Brasil.

Objetivam *trancar* o Inquérito Policial Militar nº 127-20.2016.7.01.0401, distribuído à 4ª Auditoria da 1ª CJM, ora em mãos da Polícia judiciária militar para cumprir diligências complementares. O inquérito é conduzido pelo Capitão de Mar e Guerra Normando Bona do Nascimento, e acompanhado por Promotor de Justiça Militar designado pelo Procurador-Geral.

Alega-se na impetração, em síntese, constrangimento ilegal, considerando que o inquérito teria sido instaurado exclusivamente com base em *denúncia anônima* veiculada na rede social *WhatsApp*, “aplicativo de mensagens instantâneas multiplataforma que permite trocar mensagens pelo aparelho telefônico móvel” (WhatsApp Inc.).

Aponta-se como autoridade indigitada coatora o Sr. Contra-Almirante *Jorge Armando Nery Soares*, então Comandante da Divisão Anfíbia da Marinha do Brasil, o qual determinou a abertura do mencionado IPM. Aduzem que o constrangimento decorre da forma como inaugurada a investigação policial, cujo objeto é suposto desvio e/ou apropriação de verbas públicas, mas derivou implicar, por via reflexa, o indiciamento do Paciente, 3 meses após a instauração do citado Inquérito (fls. 2-15).

Sustentam teses jurídicas da flagrante contrariedade à Constituição Federal – art. 5º, § 3º; ao Código de Processo Penal, à jurisprudência pátria e, por fim, ao Parecer nº 192/2010 exarado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa, porquanto não houve diligência de verificação de verossimilhança do aduzido na aludida denúncia apócrifa antes da abertura do IPM. Identificam *constrangimento ilegal* no fato de o Paciente ter sido indiciado no inquérito com vício de origem.

Afirmam que a Portaria do inquérito não menciona medidas prévias destinadas à verificação da plausibilidade dos fatos narrados na delação anônima e, ainda, que esta – a *delação* – foi juntada aos autos do IPM não obstante constituir peça juridicamente reprovável à luz da Constituição, da doutrina e da jurisprudência. Tal histórico, segundo os ilustres Advogados, estaria a revelar patente ilegalidade do ato de instauração do Inquérito, de modo a ensejar a presente ação constitucional de urgência, para *trancar* a investigação contra o Paciente.

Portanto, deduzidos os fatos e invocado o direito aplicável, requerem a **concessão da Ordem**, com provimento cautelar, e que sejam intimados para a sessão de julgamento, quando pretendem promover alegações orais. Como prova pré-constituída apresentaram os documentos de fls. 16 *usque* 224.

O Pedido de provimento liminar foi submetido à apreciação do Vice-Presidente desta Corte no período de férias forenses, em 14 de julho passado. No entanto, deixou de ser concedido por falta de amparo do regime de urgência.

Analisando estes autos – escreveu o eminente Ministro Vice-Presidente no exercício da Presidência – “não vislumbrei, ao menos nesta etapa, os requisitos ensejadores da medida, porquanto não há qualquer demonstração de que a instauração do Inquérito Policial Militar está eivada de mácula, mesmo que a notícia de eventual prática criminosa tenha sido levada ao conhecimento da autoridade policial militar de forma anônima”. (fls. 228).

A Autoridade indigitada coatora ofereceu circunstanciadas informações (fls. 235/275, 280/320), destacando já ter encaminhado informações em caso idêntico, relativo a outro Paciente, para instruir o **Habeas Corpus nº 137-33.2016.7.00.0000/RJ**, sob a Relatoria do eminente Ministro Gen Ex Luis Carlos Gomes Mattos, denegado por unanimidade de votos desta Corte na Sessão de agosto passado.

Salientou o atual Comandante da Divisão Anfíbia que a denúncia inserida no IPM contém mensagem que circula no *Whatsapp*, portanto passível de ser identificada. A notícia refere suposto *esquema* de corrupção e desvio de dinheiro público na Base de Fuzileiros Navais da Ilha do Governador – RJ. O mal articulado texto da mensagem do *WhatsApp* menciona nomes de cinco militares (fl. 282). Relatou sobre as formalidades do Inquérito que ocupa 13 Volumes e ainda está em andamento. Justificou sua conduta no exercício do dever legal de Comandante e autoridade de polícia judiciária militar, competente para determinar investigações ante indícios de crime. Enfatizou que o fato em tela é de complexa apuração, sendo acompanhado por um Membro do Ministério Público Militar designado pelo Procurador-Geral.

Em relação ao Paciente, disse que no decorrer das investigações ele foi ouvido duas vezes: a primeira na condição de testemunha, e a segunda, já no papel de indiciado, ocasião em que foi assistido por seu advogado. Informou que o Encarregado do Inquérito teria assegurado integralmente os seus direitos constitucionais. Ademais, disse que o Oficial somente passou à condição de indiciado após o recolhimento de robustos elementos indicativos de envolvimento nos fatos (fl. 284). Acrescentou que o IPM foi iniciado sem que se houvesse definido o(s) indiciado(s).

Concedida *Vista* à Procuradoria-Geral de Justiça Militar, o ilustre Subprocurador-Geral da Justiça Militar Dr. Giovanni Rattacaso pronunciou-se desfavorável à concessão da Ordem de *Habeas Corpus* por manifesta carência de amparo legal (fls. 323/328).

Ao reassumir a judicatura em 1º de agosto do fluente, após período de férias coletivas, recebi os autos *conclusos* e considerei indispensável requisitar complementação das informações. Assim, proferi o Despacho de fls. 332, cumprido pela Secretaria Judiciária. Atendendo-o, a autoridade coatora enca-

minhou os complementos requisitados por esta Relatoria (Fls. 375-400). Neles, informou que, em decorrência de relatos de militares à Seção de Inteligência do Comando da Divisão Anfíbia, sobre o suposto enriquecimento ilícito do Suboficial Péricles Macêdo de Souza, bem como suspeito em esquema de recebimento de propina envolvendo pessoal do efetivo da BFNIG, foi iniciada uma investigação informal em novembro de 2015.

Paralelamente às investigações preliminares, dois militares participaram aos respectivos comandantes irregularidades na inserção de militares que não mais integravam a OM na folha de pagamento de etapas – o chamado *sistema Quaestor*. Essa notícia feita por meio de Comunicados Internos reforçou a desconfiança percebida no Comando.

Informou, ainda, ter sido realizada apuração sumária em relação aos fatos citados na mensagem de *Whatsapp*, que somada à investigação informal anterior corroborou a instauração do IPM (fl. 337/338).

Em nova *Vista* concedida ao Ministério Público, às fls. 368/370 o Dr. Mário Sérgio Marques Soares, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, ratificou o Parecer de fls. 323/328.

Os Impetrantes requereram *diligências complementares* e a reapreciação do Pedido Liminar (fls. 401/471), pleitos indeferidos às fls. 473, mesmo porque o processo expedito do *habeas corpus* não comporta dilação probatória. *In casu*, reporta-se a precedentes do Excelso Pretório: “(...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não admite, na via estreita do *habeas corpus*, questão controvertida que demande dilação probatória” (STF – HC 125241/GO – Relator Min. Dias Toffoli – 2ª Turma. Julgamento: 6.10.2015 – Dje 231, Div. 17.11.2015, Public 18.11.2015).

Determinei a intimação dos ilustres Advogados impetrantes para esta sessão de julgamento, em especial para sustentarem oralmente o Pedido.

É o Relatório.

VOTO

Verifico que esta ação de natureza constitucional apresenta requisitos para ser conhecida e julgada nesta Corte superior. Trata-se de processo de sua competência originária.

Da análise das peças que compõem os autos nota-se que a insurgência posta no *mandamus* cinge-se sobre a forma pela qual foi iniciado o IPM, providência de natureza persecutória preambular da atribuição de autoridade da Polícia Judiciária Militar.

A investigação foi deflagrada por meio da Portaria nº 2, exarada pelo Oficial-General Comandante da Divisão Anfíbia em 9 de março de 2016 (fl. 26). Em 11 de abril de 2016, a mesma autoridade publicou a Portaria nº 6, retificando seu ato administrativo anterior (fl. 115). O indiciamento policial do

Paciente ocorreu cerca de três meses depois de iniciadas as investigações. O inquérito, por conseguinte, tramita faz quase sete meses – ou 200 dias, de há muito ultrapassado o prazo de 80 dias para sua conclusão, conforme prevê o art. 20 do Código de Processo Penal Militar. O excesso de prazo, todavia, foi autorizado pelo escalão superior na primeira prorrogação, e pela autoridade judiciária nas demais, com a anuência do Ministério Público.

No entender dos Impetrantes a motivação para abertura do IPM se deu exclusivamente com fundamento no texto da mensagem constante do *Whatsapp*, caracterizada como “denúncia anônima”, circunstância que, de plano, resultaria na ilegalidade do ato de abertura do inquérito e ensejaria o seu *trancamento*. Buscam comprovar o constrangimento e apontam que a Portaria de instauração do Inquérito não mencionou a existência de investigação informal prévia para comprovar a plausibilidade do alegado na mensagem anônima e, ainda, ao fato de ela ter sido juntada aos autos.

Entendo **desassistir** razão aos nobres causídicos Impetrantes.

Cabe enfatizar que o Inquérito é *acompanhado* desde o início por um Promotor de Justiça Militar designado pelo Chefe do Ministério Público Militar, consoante se vê do Ofício ínsito à fl. 293. A designação do Dr. Otávio Bravo, ilustre Membro do MPM, decorre de solicitação da autoridade investigante, cumprindo-lhe “o exercício de atribuições do controle externo da atividade policial”, de acordo com o previsto na Constituição da República e Estatuto do Ministério Público da União.

Além da fiscalização exercida por Promotor de Justiça designado para assistir o desenrolar da investigação policial, referido IPM tramitou na Justiça Militar de primeiro grau, autuado e distribuído à 4ª Auditoria da 1ª CJM. A finalidade de remessa à autoridade judiciária deveu-se pela necessidade de prorrogação excepcional do prazo para sua conclusão. Para tanto, recebeu a concordância do Procurador de Justiça Militar oficiante perante aquela Auditoria, sendo que a MMª Juíza-Auditora proferiu Despacho concedendo a dilação investigatória requerida.

Não obstante a inexistência de incidentes pré-processuais a reclamarem a intervenção obrigatória do órgão judiciário, dependentes de autorização judicial para a produção de provas, o inquérito é do conhecimento tanto do Ministério Público titular de eventual ação penal, quanto do juiz natural do feito.

Visivelmente há incoerências entre o conteúdo da denominada “delação apócrifa” e sua prestabilidade como **notícia do crime inqualificada**, sobre a qual tenha sido instaurado o IPM.

Explico: em que pese o teor das investigações constantes da Portaria de instauração estar atrelado ao conteúdo das denúncias em mídias sociais e ter sido o texto da mensagem anexado ao Inquérito (fls. 31/32 e fls. 117/118), não vislumbro ilegalidades.

Isto porque, *a priori*, essas mensagens podem perfeitamente ser identificadas por intermédio de quem as recebeu, tendo em vista o número de telefone do emissor vinculado ao aplicativo *Whatsapp*, o que lhes retira de pronto o anonimato. Como segundo ponto, observa-se que o conteúdo nela veiculado não trouxe notícia de fato criminoso desconhecido da Administração.

São circunstâncias que de plano reduzem sua classificação como *notícia do crime inqualificada* ou *delação anônima*. E como tal, não macula o IPM o fato de ter sido a este juntada.

Ainda nesse aspecto, consoante o próprio teor da mensagem do *Whatsapp* e dos documentos de fls. 341/343, sabe-se que, desde novembro de 2015, o Comando da Base de Fuzileiros Navais da Ilha do Governador e a Seção de Inteligência tinham conhecimento de suspeitas de irregularidades no Sistema de Subsistência e dispunham de informação sobre a incompatibilidade patrimonial de militares da OM, gerando suspeitas de enriquecimento ilícito. A propósito dessa variante, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 2007.059.01260 (17.5.2007), considerou que a “denúncia anônima surgida posteriormente” não constitui prova ilícita, “sendo mero acessório das investigações” (6ª Câmara Criminal, decisão unânime, Relator: Desembargador José Augusto de Araújo Neto).

Refira-se, por essencial à compreensão deste processo, excerto das Informações Complementares subscritas pelo Sr. Contra-Almirante Cesar Lopes Loureiro, atual Comandante da Divisão Anfíbia, ao mencionar que:

Foi iniciada uma investigação preliminar informal em novembro de 2015, com o objetivo de verificar a veracidade de relatos de militares à Seção de Inteligência deste Comando de Força, relacionados a um possível enriquecimento ilícito do Suboficial Cozinheiro 86.1108.53 Péricles Macêdo de Souza, bem como um suposto esquema de recebimento de propina envolvendo militares da Base de Fuzileiros Navais da Ilha do Governador.

Paralelamente às investigações preliminares, dois militares participaram formalmente aos seus respectivos comandantes, Anexo A e B, irregularidades na inserção de militares municidados no Sistema Quaestor Módulo Municciamento, reforçando as suspeitas já existentes.

Destaca-se, ainda, que foi realizada uma apuração sumária em relação aos fatos citados na denúncia constante da mensagem do *whatsapp* que, somada à investigação que já estava em andamento, corroborou com a instauração do presente IPM, conforme Relatório no Anexo C. (fls. 337/338).

Frise-se que essas informações provieram de documentos oficiais protocolados em data anterior à mensagem de *WhatsApp*. São *Partes* subscritas pelos 2º Sargento *Mario Wilson Ferreira Pinto* e 3º Sargento *Alessandro Badino de Araújo*, as quais foram apresentadas pela autoridade e juntadas aos autos deste processo.

De uma simples leitura da mensagem do *Whatsapp* extrai-se que o denunciato do denunciante anônimo era dar notícia de “suposta inércia” do Comandante da Base de Fuzileiros em apurar os fatos já conhecidos e, atualmente, objeto do IPM. Leia-se:

(...) **a tempos foi plotado** pela 2 sessão (sic) desta base o enriquecimento do sub Pércles [...] Para tal fato a 2 sessão (sic) desta base levou o caso ao senhor comandante que por sua vez disse que iria resolver o problema esse fato nunca foi resolvido. diversos militares levaram o caso a 2 sessão (sic) que por sua vez nada podia fazer [...] ten Daniela tendler (sic) levou o caso tbm (sic) para o s-2 [...] Espero que seja tomadas tais providencias caso contrário o T.C.U e o ministério público será (sic) acionado para averiguar as notas fiscais. (Grifo nosso).

Nesse sentido, evidente que a aludida mensagem do *Whatsapp* se juntou aos fatos que conhecidos, no mínimo, desde 30 novembro de 2015 (data da primeira comunicação oficial sobre irregularidades, fl. 341), que se encontravam em fase de apuração informal (fls. 345/347).

Após o ingresso das **Informações Complementares**, os Impetrantes aduziram novos argumentos para sustentar a ilegalidade da investigação, desqualificando-a e atribuindo-lhe trâmite irregular por desacordo com normas de correspondência interna da Marinha do Brasil, quais sejam, EMA-414 e SGM-105. Outrossim, sugerem que o nominado *Relatório de Inteligência* “foi convenientemente intitulado”, não existindo “enquanto documento autônomo dentre as espécies taxativas de documentos” da Marinha. Lançam sobre ele, por assim dizer, uma nuvem de incredulidade.

Agreguem-se a essa documentação as datas das pesquisas realizadas pela administração junto ao Infoseg/Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro para confirmar os relatos de que um dos militares envolvidos possui veículo de luxo, incompatível com sua condição de graduado da Marinha. Tais diligências procedidas pela Seção de Inteligência do Comando foram empreendidas entre dezembro de 2015 e fevereiro de 2016 (fls. 350/360). Portanto, em tempo razoável anterior à abertura do IPM em 9/3/2016.

Mesmo que o Comandante da Divisão Anfíbia não apresentasse os documentos os quais refere, à luz do Direito Administrativo suas afirmações possuem *presunção de veracidade* inerente aos atos administrativos. “Declarações de servidores públicos gozam, quanto ao seu conteúdo, da *presunção de veracidade*, consoante o magistério da doutrina”, conforme menciona o Ministro Celso de Mello, ao relatar, no Supremo, o *Habeas Corpus* n. 135.487/SP (DJe 176/2016, publicado em 18.8.2016 e divulgado em 19.8.2016).

Em lapidar voto, o ministro decano do STF interpreta a prestação de informações pela autoridade pública: “Esse entendimento – que põe em evidência o atributo de veracidade inerente aos atos emanados do Poder Público e de

seus Agentes, – é perfilhado, igualmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 86/212 – RTJ 133/1235-6, RTJ 161/572-3, v.g), notadamente quando tais declarações compuserem e instruírem as informações prestadas pela própria autoridade coatora (...).”

Com efeito, na Comunicação Interna n. 11, de 30 de novembro de 2015 (fl. 362), o 3º Sargento Alessandro Badino de Araujo comunica ao Comandante do Batalhão de Blindados de Fuzileiros Navais “que existia uma discrepância entre relação à quantidade de militares municidados e que militares que não estavam lotados mais nesta OM, militares que não se encontravam mais no serviço ativo, ainda estavam sendo municidados por parte deste Batalhão”. Ou seja: constatou-se o saque de etapas de municciamento para *fantasmas*, indícios de fraude unicamente com a finalidade de gerar alguma vantagem ilícita.

Outra Comunicação Interna foi encaminhada pelo Segundo-Sargento Mário Wilson Ferreira Pinto, em 12 de dezembro de 2015, ao Encarregado da Divisão de Pessoal da Base de Fuzileiros Navais da Ilha do Governador. Nela, referia-se a fraudes no *Sistema Quaestor* de Municciamento.

Em 4 de março de 2016, o Comandante da Divisão Anfíbia, Contra-Almirante (FN) Jorge Armando Nery Soares, proferiu Despacho do próprio punho no texto de transcrição da notícia recebida pelo *WhatsApp* no seguinte teor: “Do: 01 Ao: 20. Determino a apuração sumária quanto a veracidade dos fatos descritos acima. Ass: Armando – CA (FN)”.

A demonstrar igualmente pesquisa preliminar, consta dos Documentos Anexos a busca de informações na Rede Infoseg da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, sobre veículos supostamente usados pelo Suboficial Péricles Macêdo de Souza, além de outras diligências.

Por último, resta aceitar – devido à *presunção de veracidade* da informação prestada pela autoridade pública **a comprovação de que a autoridade** agiu corretamente ante a suposta delação. Nesse campo, veja-se o “Relatório de Apuração da Denúncia veiculada no Aplicativo *WhatsApp* apresentado pela Seção de Inteligência ao Comandante da Divisão em 9 de março de 2016, data da Portaria inaugural do IPM.

No contexto, evidente que as informações contidas na mensagem do aplicativo de rede social em nada contribuíram para a investigação, bem como não arremeteram notícia de fato delituoso desconhecido ou ignorado pela autoridade. Assim também compreende o *Fiscal da Lei e guardião da ordem jurídica*.

O primeiro pronunciamento do *custos legis*, subscrito pelo Subprocurador-Geral Dr. Giovanni Rattacaso, interpreta a “denúncia” como “apenas supostamente anônima, uma vez que circulou pelo aplicativo *WhatsApp*, o que a torna passível de identificação”. O Órgão Fiscal vai além e considera que “a grávida-

de dos fatos ali narrados e pela grande quantidade de nomes apontados como envolvidos e testemunhas, optou-se pela instauração da inquisição, tomando-se o cuidado de não indiciar qualquer pessoa, até que essa investigação apontasse indícios suficientes de autoria e materialidade.” (fls. 323/328).

O ingresso das informações complementares levou os autos para nova Vista da Procuradoria-Geral, oportunidade em que se manifestou o Subprocurador-Geral Dr. Mário Sérgio Marques Soares. Com objetividade que lhe é peculiar, ratificou o Parecer anterior exarado pelo Dr. Rattacaso e, diante das Informações Complementares, acrescentou:

(...) Ausência de aqodamento das autoridades investigantes, tanto que o próprio Impetrante assevera que o Paciente apenas foi indiciado após cerca de três meses de investigação. (fl. 369).

É consabido que a instauração de inquérito policial decorre, via de regra, da chamada notícia do crime (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 134/135). Segundo a doutrina, nada mais é que o conhecimento pela autoridade, de forma espontânea ou provocada, de um fato aparentemente criminoso. *In Casu*, a ciência de indícios das infrações ora apuradas deu-se por outros meios: as *Partes dos Sargentos*, os relatos de militares à Seção de Inteligência e investigações informais, todas desvinculadas do texto da mensagem do *Whatsapp*, que certamente, em razão do seu teor, chegou à autoridade após o início das averiguações administrativas.

Ora, se a administração, antes de receber mensagem, já era conhecedora dos fatos, inclusive demandava investigações no setor de *inteligência*, revela-se evidente que o documento de fls. 31/32 não pode ser qualificado como “denúncia anônima” para fins de notícia crime e, portanto, irrazoável afirmar que o Inquérito foi instaurado apenas com base em “delação apócrifa”, pois ninguém noticia aquilo que já é de conhecimento público, o que de plano retira da mensagem de *Whatsapp* sua suposta qualidade de “denúncia anônima/notícia crime inqualificada”.

Mesmo que se assim não fosse, a robusta documentação de fls. 337/363, revela a existência de *investigação informal* apta a comprovar a verossimilhança do conteúdo da mensagem do *Whatsapp*. Sobre a alegativa de não terem elas sido juntadas ao IPM, prematuro tecer tal afirmação, em que pese inexistir mandamento legal para tal ato de anexação, até mesmo porque essas averiguações podem ser verbais, o Inquérito ainda não está concluído e, certamente, serão anexadas em momento oportuno, conforme informado na fl. 338.

Apenas para exemplo de como a Força Terrestre trata o tema, menciona-se a Portaria n. 013, de 14.01.2013, a qual “Regula, no âmbito do Exército Brasileiro, a execução de medidas sumárias para verificação de fatos apontados por meio de denúncias anônimas”. O artigo 6º permite diligências sumárias não escritas e informais na busca de elementos “que indiquem verossimilhança nas informações contidas na denúncia anônima”.

Em razão do exposto, repiso que, apesar de existirem investigações prévias, elas eram prescindíveis, tendo em vista que a mensagem do *Whatsapp*, nesse contexto, não pode ser considerada “denúncia anônima”. Isso por ser ela identificável e outra, por não revelar fato delituoso desconhecido.

Superadas essas questões, cabe aqui fazer um recorte sobre a natureza do canal técnico das Seções de Inteligência das Forças Armadas, dentre os quais se incluem as chamadas 2ª Seções das OM. Ressalto que, desse vínculo técnico entre os componentes do Sistema, decorre o dever de informar ao escalão superior dessa estrutura os assuntos que estão sendo trabalhados.

De tal organização administrativa extrai-se que, inevitavelmente, a 2ª Seção do órgão enquadrante da Base de Fuzileiros, no caso a Divisão Anfíbia, teria conhecimento dos fatos ali ocorridos, apurados de forma perfunctória e, havendo justa causa, o IPM seria instaurado pelo Comandante da OM superior, como de fato ocorreu.

A conclusão leva a outra: os elementos informativos e as provas angariadas no IPM estariam totalmente desvinculados do narrado na dita “delação anônima” e, por decorrência, estariam eles no campo da licitude por conta da fonte independente ou descoberta inevitável, nos termos do art. 157 e parágrafos do Código de Processo Penal, aplicável ao Processo Penal Militar. *In verbis*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, **salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.**

§ 2º **Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.** (Grifo nosso).

Segundo a doutrina, há impropriedade na denominação do texto legal, por não tratar apenas da fonte independente, mas também da teoria Americana da descoberta inevitável, o *fenômeno da serendipidade*. Para essa teoria, se a prova em questão, embora, aparentemente, decorra de outra ilícita, puder ser conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação.

Nesse sentido, refira-se recente decisão da nossa Suprema Corte:

(...) 2. A prova encontrada, fortuitamente, durante a investigação criminal é válida, salvo se comprovado vício de sua validade (...) (STF – Inq. 3.732/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, decisão em 8/3/2016, 2ª Turma, DJe: 21/3/2016. Publicado em 22/3/2016).

A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com a violação legal. A prova ilícita que deu ensejo a descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la (*leading case* Nix. v. Williams, julgado em 1984 pela Suprema Corte dos Estados Unidos).

Interessantes julgamentos proferidos pelas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça traduzem a teoria:

1. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 52.995/AL. Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro OG Fernandes. Julgamento: 16/9/2010).

2. PROVAS QUE SERIAM OBTIDAS INDEPENDENTEMENTE DO CONVÊNIO SUPOSTAMENTE ILEGAL. TEORIAS DA FONTE INDEPENDENTE E DA DESCOBERTA INEVITÁVEL. SUBSISTÊNCIA DO FLAGRANTE E DAS PROVAS OBTIDAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Ainda que o convênio celebrado no caso vertente fosse considerado nulo ou ilegal, o que, repita-se, não ocorreu, a prisão em flagrante e a prova pericial seriam válidas, porquanto **o referido acordo não foi determinante para a obtenção da prova que se reputa nula por derivação (teorias da fonte independente e da descoberta inevitável)**. 2. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 146959 BA 2009/0176330-6. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 16/9/2010). (Grifo nosso).

Na hipótese dos autos, resta evidente que, mesmo que o IPM tivesse sido iniciado, exclusivamente, com fulcro em “denúncia anônima”, estaria comprovada a existência da fonte independente ou da descoberta inevitável para sua instauração, pois, como dito anteriormente, o Inquérito seria instaurado pelo Comandante da Divisão Anfíbia ao seguir os trâmites normais típicos da administração em decorrência dos fatos informados pela Seção de Inteligência, ou seja, totalmente, desvinculados da mensagem de fls. 31/32.

Prosseguindo, somando-se ao ora debatido, como muito bem relatado na Exordial, o nome do Paciente sequer constou na mensagem da rede social (fls. 31/32), também não foi ele de pronto ouvido como indiciado, ao revés foi ouvido, inicialmente, como testemunha, passando a figurar na nova condição após três meses de iniciadas as investigações.

Impende salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite como investigação prévia até mesmo o próprio inquérito policial, quando iniciado sem indiciar pessoas. *In specie*, o IPM iniciou-se sem indiciados, limitou-se a ordenar diligências.

Com efeito, a delação anônima tem merecido o repúdio da civilização construída no Estado Democrático de Direito, principalmente devido à lembrança dos terríveis tempos medievos dos Inquisidores, quando os processos se iniciavam por informação anônima. No magistério das juristas argentinas Maria Virgínia de Filippi e Marcela Gonçalves:

(...) a palavra anônima nos recorda a algo que é oculto, obscuro e enganoso, e os princípios do estado republicano de direito se construíram em franca oposição a esse obscurantismo, com o propósito de resguardar os direitos dos cidadãos frente aos abusos do estado. (Artigo: “Denúncias Anônimas? Da Exceção à Regra?”, 28.3.2014, in www.infojus.gov.ar).

Juristas de várias nacionalidades têm observado que ações de governo em diversos países vêm admitindo, e muitas vezes estimulando, o uso da informação não identificada por cidadão, seja por meio de linhas telefônicas gratuitas para levar notícia de crime às autoridades, redes sociais, espaços *online* e correios eletrônicos. Cita-se o exemplo de programas específicos no Chile, Argentina e Espanha.

Sobre o tema, colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja orientação jurisprudencial não diverge da posição da Suprema Corte brasileira:

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a denúncia anônima apenas pode acarretar a instauração de inquérito policial quando corroborada por elementos colhidos em investigações preliminares. [...] Ademais, o princípio do prejuízo deve aqui ser aplicado em toda a sua amplitude. Se as formas processuais constituem apenas instrumentos para a correta aplicação do Direito, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador somente impregnará o ato quando a finalidade buscada pela norma for comprometida pelo vício [...] o fato é que, na espécie, **a instauração do Inquérito Policial n. 09/2009 para a simples deflagração das diligências, sem a adoção de medidas assecuratórias invasivas e sem a determinação de indiciamento, não se diferenciou em nada do procedimento de verificação preliminar de informação que comumente precede a instauração do inquérito policial.** (STJ - HC: 199086 SP 2011/0045976-1, Relator: Ministro JORGE MUSSI. Julgamento: 6/5/2014, T5 - QUINTA TURMA, DJE: 21/5/2014). (Grifo nosso).

No mesmo sentido colhe-se exemplo de julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

(...) A investigação policial teve início em razão de uma denúncia anônima efetuada por meio de e-mail eletrônico Digi-Denúncia do Ministério Público Federal...4. Não há como extrair dessa vedação constitucional ao anonimato, ligada a liberdade de expressão, que toda e qualquer denúncia anônima dirigida às autoridades policiais seja ilícita. 5. Uma denúncia minuciosamente detalhada não pode ser desprezada, sob pena de restar impune algum ato seriamente criminoso, violando-se, dessa forma, direitos de toda sociedade (...) (TRF-3 HC 25891 SP – Rel. Juíza Conv. Silvia Rocha. Julgamento: 18.1.2011 – 1ª Turma).

Conforme exposto, no caso os indiciamentos foram ocorrendo apenas com o avanço das investigações, na medida em que foram sendo apontadas *justa causa* para o ato. O que mais uma vez denota o resguardo dos direitos dos investigados.

Sem embargo, embora não seja pertinente ao *Habeas Corpus*, é oportuno lembrar que, nos casos de instauração de inquérito policial em decorrência de delação apócrifa, logicamente, nos casos em que se apuram delitos de ação penal pública incondicionada, o Estado se coloca frente a um conflito entre direitos fundamentais. Para solucioná-lo, torna-se indispensável recorrer à ponderação de interesses.

Se por um lado não pode cancelar que o cidadão se submeta a investigações temerárias, às vezes movidas até mesmo por vingança; por outro tem o dever de zelar pela segurança pública, via aplicação do Direito Penal. Assim, havendo *justa causa*, em decorrência do princípio da oficiosidade, o Estado, diga-se polícia judiciária, estará obrigado a investigar.

Buscando a ponderação de direitos fundamentais, a solução apontada no Brasil foi admitir a investigação quando a notícia do crime vier de fonte anônima, desde que procedida investigação informal prévia e discreta com a finalidade de se comprovar a verossimilhança do alegado.

Nesse mister, caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

1. (...) Também, o “habeas corpus” não é a via processual adequada para análise aprofundada do acervo probatório, o que é reservado, com exclusividade, às instâncias ordinárias. **14. Quanto ao fato de o inquérito policial haver sido instaurado, na origem, a partir de investigações preliminares oriundas de denúncia anônima, nada há o que se reparar na presente via, porquanto, conforme a firme orientação dessa Suprema Corte, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada “denúncia anônima”, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados** (HC 86.082, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 22.8.2008; HC 90.178, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 26.3.2010; e HC 95.244, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 30.4.2010) (HC nº 99.490/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 1º.2.2011).

Cabe registrar, desde logo, que a mera instauração de inquérito policial, que objetive a investigação de fatos considerados criminosos pelo ordenamento positivo, não constitui, só por si, ato capaz de caracterizar situação de injusto constrangimento, mesmo porque se impõe ao Poder Público, nos delitos perseguíveis mediante ação penal pública incondicionada, adotar as providências necessárias ao integral esclarecimento da prática delituosa. Por tal razão, firmou-se, nesta Suprema Corte, orientação jurisprudencial no sentido de que “a simples apuração da ‘notitia criminis’ não constitui constrangimento ilegal a ser corrigido pela via do ‘habeas corpus’” (RTJ 78/138). Havendo suspeita de crime, e existindo

elementos idôneos de informação que autorizem a investigação penal do episódio delituoso, torna-se essencial proceder à ampla apuração dos fatos, satisfazendo-se, desse modo, com a legítima instauração do pertinente inquérito, a um imperativo inafastável, fundado na necessidade ético-jurídica de sempre se promover a busca da verdade real. (HC 109598, Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 29/4/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONTRABANDO OU DESCAMINHO E SONEGAÇÃO FISCAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA APURAR OS FATOS NELA NOTICIADOS. NULIDADE. [...] EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A denúncia anônima é apta à deflagração da persecução penal, desde que seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração de inquérito policial. Precedentes. [...] Deveras, a denúncia anônima constituiu apenas o “ponto de partida” para o início das investigações antes da instauração do inquérito policial. 4. Ademais, os autos não estão instruídos com documentos que comprovem que o procedimento penal foi instaurado tão somente com base na denúncia anônima. (STF - RHC: 117972 SP, Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento: 18/2/2014, Primeira Turma, DJE 20/3/2014).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Consoante a jurisprudência, o anonimato, *per se*, não serve para embasar a instauração de inquérito policial ou a interceptação de comunicação telefônica. Contudo, *in casu*, **ao escrito apócrifo somaram-se depoimentos prestados perante o Ministério Público**, que, só então, formulou o requerimento respectivo. (STJ, HC 161.660/PR. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma. DJE: 25/4/2011). (Grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. PROCEDIMENTO INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO DEFLAGRADA POR NOTÍCIA ANÔNIMA DE CRIME. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações iniciadas por notícia anônima, eis que a autoridade policial tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados. (Inteligência do artigo 4º, § 3º CPP). 2. Do mesmo modo como no trancamento de uma ação penal, o trancamento do inquérito policial também exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independente de investigação probatória. 3. Se é a conduta típica e presumidamente atribuída ao réu, havendo possibilidade de produção de mais provas, impõe-se a manutenção do inquérito policial. 4. Ordem denegada. (STJ – HC 106040 SP 2008/0100051-3, Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG). Julgamento: 26/8/2008, T6 – Sexta Turma, DJE 8/9/2008).

De igual modo o Superior Tribunal Militar:

EMENTA: Apelação. Violação do dever funcional com o fim de lucro (CPM, art. 320). Inquérito baseado em denúncia anônima: A jurisprudência pátria aceita a denúncia anônima como apta para ensejar procedimentos de investigação. *In casu*, outras provas foram produzidas legitimamente, resguardando-se a ampla defesa e o contraditório. [...] Por unanimidade, rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas pela Defesa e, no mérito, negado provimento ao apelo, mantendo-se íntegra a Sentença a quo. (STM – AP 8-75.2006.7.03.0103/RS, Relator Ministro Francisco José da Silva Fernandes. Julgamento: 15/3/2011. Publicação: 6/6/2011).

APELAÇÃO. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. LEI 11.343/2006.

[...] Hipótese em que não se pode falar em nulidade do procedimento por ter sido deflagrado após uma denúncia anônima, porque esta não foi condição determinante para a instauração do processo, mas sim o que consta em Auto de Prisão em Flagrante, bem como nas provas posteriormente anexadas aos autos. [...] Desprovimento do Apelo. Unânime. (STM – AP 4-5720147030103/RS. Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos, julgamento: 3/3/2015, Publicação: 18/3/2015).

Ainda que se não considere ocorrência de *delação anônima* o caso deste autos, cabe referir, *ad argumentandum tantum*, o tratamento dado ao tema no Direito Comparado, permitindo extrair interessantes e atuais lições da legislação e jurisprudência de outros países, a estabelecer sistema de ponderações ante a notícia-crime anônima e o sistema de garantias constitucionais. A eleva da criminalidade transnacional, o crime organizado e outras manifestações criminosas inspiram iniciativas governamentais a favorecer e até estimular tal veiculação de informes.

No contexto do Direito peninsular moderno, o processo penal italiano oferece dispositivo que em muito se assemelha à compreensão da matéria na jurisprudência brasileira, pois ressalva o aproveitamento de escritos anônimos que constituam corpo de delito. Ainda assim, a jurisprudência, em harmonia com a doutrina, tem considerado que a cláusula não exime as autoridades policiais e do Ministério Público de sua obrigação de investigar notícias que lhes cheguem nessas circunstâncias¹⁰⁸.

Já o processo penal alemão não contém restrição semelhante à noticiada do sistema italiano, mas a doutrina e a jurisprudência não são menos cautelosas na verificação de notícias anônimas, sem, contudo, chegar ao ponto de considerá-las inaceitáveis¹⁰⁹.

Na mesma esteira caminha a jurisprudência norte-americana. Por meio da sua Decisão nº 5-4, proferida em 22.4.2014, a Corte Suprema dos Estados Unidos

¹⁰⁸ Parecer MPF no Inquérito nº 603/DF.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

julgou o caso “Navarette v. Califórnia”¹¹⁰ sustentando a legalidade da abordagem inicial policial com fundamento em observações de informante anônimo.

O Direito Ibero-Americano é farto ao abordar o tema. Em Espanha, a Polícia Nacional admite a delação anônima principalmente sobre delitos tecnológicos – pornografia infantil e fraudes na Internet, drogas e terrorismo (www.policia.es). Acórdão do Tribunal Supremo daquele país considerou que “la denuncia anónima es legal, si bien la policía, la fiscalía y los juzgados deberán actuar con la máxima prudencia en su investigación” (Tribunal Supremo de Espanha, Acórdão de 11.4.2013). O Código de Processo Penal Português (Decreto Lei 78, de 17.2.1987), por meio do artigo 246, autoriza a abertura do inquérito a partir de denúncia anônima, desde que dela se “retirem indícios da prática de crime”. O Código de Processo Penal da República do Chile (art. 174) admite a denúncia-crime anônima, mas exige prévia apuração de sua verossimilhança, a exemplo do Direito pátrio, por meio dos “(...) filtros internos para analizar la idoneidad, verosimilitud y veracidad de ella, todo esto con el objeto de entregar denuncias de calidad para la posterior investigación del Ministerio Público, además de que al tratarse de un tema complejo la denuncia anónima, se aplican todas estas pasos para minimizar riesgos de entrega de información falsa”¹¹¹.

O artigo 220 do Código de Processo Penal Mexicano acolhe a denúncia anônima para o início de uma investigação policial. No âmbito da jurisdição ordinária daquele país da América do Norte, a “Ley Federal Contra la Delincuen-

¹¹⁰ https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-9490_3fb4.pdf. (tradução livre). Em 23 de agosto de 2008, Prado Navarette foi parado por uma patrulha da estrada de Califórnia (CHP). Nenhum agente da polícia tinha visto Navarette dirigindo de forma perigosa seu caminhão. Em vez disso, a abordagem foi apenas com base em um telefonema anônimo para a polícia, alegando que Navarette tinha conduzido, perigosamente, seu veículo. O chamado telefônico teria identificado o número da placa, marca, modelo e licença do caminhão. Quinze minutos depois, um policial rodoviário passou a seguir Navarette por cinco minutos, antes de, finalmente, abordá-lo. Os policiais pararam Navarette no lado da estrada, observaram que ele não aparentava embriagado. No entanto, começaram a procurar por razões de realizar busca no veículo. Um policial informou ter sentido o cheiro de maconha. A polícia começou, então, a busca no caminhão, encontrou um pacote de *cannabis*, deram voz de prisão ao motorista. Os advogados de Navarette argumentaram que a abordagem inicial era inconstitucional porque a polícia não tinha suspeita razoável para parar seu caminhão, porque os policiais não tinham determinado a identidade ou a credibilidade da ligação telefônica. A questão era saber se a Quarta Emenda permite que a polícia pare um veículo com base em uma denúncia anônima de condução imprudente, sem primeiro testemunhar qualquer comportamento ilegal, e sem identificar a suposta testemunha. Em 22 de abril de 2014, o Tribunal emitiu sua decisão 5-4, o Juiz Clarence Thomas foi o autor da opinião da maioria. Sustentou que a legalidade da abordagem inicial com fundamento em observações do informante anônimo.

¹¹¹ VARGAS, Rodrigo Alfonso Rettig. ¿Cuál es la justificación teórica y empírica para aceptar la denuncia anónima y qué efecto tiene ésta en el control del delito? El caso de Chile, 2010-2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/27569310/Cu%C3%A1l_es_la_justificaci%C3%B3n_te%C3%B3rica_y_emp%C3%ADrica_para_aceptar_la_denuncia_an%C3%B3nima_y_qu%C3%A9_efecto_tiene_%C3%A9sta_en_el_control_del_delito._El_caso_de_Chile_2010-2015>. Acesso em: 17 maio 2017.

cia Organizada [...] autoriza la receptación de denuncias anónimas, sólo que bajo la denominación de informaciones anónimas – lo cual no hace diferencia alguna – y con ese fingido acatamiento de la norma constitucional, la Procuraduría General de la República insta a la comunidad en público y en privado, a la formulación de delaciones, asegurando encubrir la identidad de sus autores” (“Denuncia, Delación y Pesquisa”, Julio Hernandez Pliego, *in* www.juridicas.unaman.mx e www.bibliojuridica.org, consultas em 11.8.2016, 18h33).

Também o ordenamento legal do Peru e Colômbia possuem dispositivos sobre a delação anônima, exigindo, tal qual a jurisprudência nacional, a atuação de *filtros* destinados a estabelecer uma investigação preliminar, sem a qual a invalidam. Do mesmo modo, fixam o arquivamento ou destruição da notícia sem fundamento. “Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente” (Código de Procedimiento Penal de Colombia, Ley n. 906, de 31.8.2004, *in* www.corteconstitucional.gov.co, consulta em 13.8.2016, 00h54). A delação anônima, embora reputada em conflito com princípios constitucionais, é tolerada e até estimulada como medida de combate ao crime organizado.

Algumas legislações latinas, como medida de política de combate ao crime organizado, instituíram norma de direito positivo acerca da *delación anónima*. É o caso da Argentina, cuja Lei nº 24.424, de 2 de janeiro de 1995, do Poder Legislativo Nacional, alterou a Lei nº 23.737/1986, permitindo a denúncia anônima quando se trata de crimes de entorpecentes¹¹².

Como tal, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 18/5/2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.678, de 31/1/2006, cujo artigo 13, intitulado Participação da sociedade, assim dispõe (com ênfase do signatário), *in litteris*:

Artigo 13

Participação da sociedade

(...)

2. Cada Estado Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, **para a denúncia, inclusive anônima**, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção. (Grifo nosso).

É fato que o Brasil convive em um sistema de liberdades públicas de forma a permitir a coexistência entre o estímulo de denúncias anônimas como forma auxiliar de aplacar, principalmente, o crime organizado, vejam-se os

¹¹² Artículo 34 – Las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en El artículo 866 del Código Aduanero, se mantendrán em El anonimato (www.loa.org.ar e www.servicios.infoleg.gov.ar, consultas em 29.8.2014, 20h36).

“disque denúncias”, com a proteção do cidadão, de não ser submetido a processo de investigação temerário, fruto do denunciismo inconsequente.

A guisa de conclusão ressalto que, na 54ª Sessão (16.8.2016), este Tribunal por unanimidade denegou a ordem no HC nº 137-33.2016.7.00.0000/RJ de Relatoria do eminente Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, cujo objeto (pedido e razões de pedir) era idêntico ao deste *writ*, isto é, trancar o IPM instaurado pela Portaria nº 2/ComDivAnf, de 9 de março de 2016, apenas constando como Paciente pessoa diversa. Oportuno transcrever excerto do voto:

Porém, na medida em que a **Inquisa** teve objeto genérico – **vale dizer, sequer aludiu ao Paciente ou à sua conduta específica** –, não há como concluir que da sua instauração e das suas investigações iniciais tenha resultado qualquer constrangimento ilegal para o **Paciente**; e a mais clara evidência disso é a de que, embora, como visto, o **Inquérito** tenha sido instaurado em 9/3/2016, a requisição do **Paciente** para que fosse ouvido na qualidade de indiciado somente ocorreu em 21/6/2016 (fl. 80), ou seja, quando já surpassados mais de três meses.

Nesses termos, pois, não há que se dizer que por conta de ter sido instaurado sem investigações preliminares informais, o **Inquérito** tenha constituído ato ilegal ou abusivo de poder a justificar a concessão da **Ordem**, conforme pretendido pela **Impetrante**. (Grifo nosso).

Cediço que o trancamento do Inquérito Policial é medida extrema, somente deve ocorrer quando se está diante de ausência de *justa causa* para seu prosseguimento, atipicidade da conduta ou causa extintiva da punibilidade, todas comprovadas de plano.

Por fim, nesse sentido, cito julgado do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. EXAME DE FATOS. HC DENEGADO. 1. A questão de direito argüida neste *habeas corpus* corresponde à possível nulidade do inquérito policial por suposta ausência de qualquer elemento que aponte o envolvimento do paciente com possíveis crimes. 2. A pretensão de avaliação do conjunto probatório produzido no curso do inquérito policial se revela inadmissível na via estreita do *habeas corpus*. 3. **Somente é possível o trancamento de inquérito quando for evidente o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, não havendo qualquer dúvida acerca da atipicidade material ou formal da conduta, ou a respeito da ausência de justa causa para deflagração da ação penal.** [...] 5. O inquérito policial representa procedimento investigatório, levado a efeito pelo Estado-administrador, no exercício de atribuições referentes à polícia judiciária e, assim, somente deve ser trancado quando for manifesta a ilegalidade ou patente o abuso de autoridade, o que não é a hipótese relacionada ao paciente. 6. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 94835 SP, Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 7/10/2008, Segunda Turma, publicação: DJE 23/10/2008). (Grifo nosso).

Segundo reiterada jurisprudência pretoriana:

(...) o trancamento de 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. (STF, HC 100.637/BA. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma. Decisão: 8.6.2010. DJE 25.6.2010).

A interpretação é mantida atual conforme acórdão proferido pela eminente Ministra Rosa Weber:

(...) O trancamento de ação penal ou inquérito policial, na via do *habeas corpus*, só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos, quando manifesta a atipicidade da conduta, a presença de causa extintiva de punibilidade ou a ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas (...) (STF – HC 122434 AgR/SP – Julgamento: 15.12.2015. Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma – DJE 16/2/16. Publicação 17/2/16).

No âmbito das Forças Armadas, a instauração do inquérito é dever da autoridade militar detentora das atribuições de polícia judiciária militar (art. 7º do Código de Processo Penal Militar). Se não o instaurar, o Comandante poderá incorrer no crime de *prevaricação* – art. 319 do Código Penal Militar. Definido no direito processual como “apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria”, a abertura do IPM e o indiciamento de suposto autor de delito castrense não resultam situação de constrangimento ilegal, consoante reiterativa jurisprudência desta Corte, sem divergência com a posição do Supremo, acolhendo-se o princípio “*in dubio pro societate*”, explicitado no julgamento do *Habeas Corpus* 252-88.2015.7.00.0000/MG, em que foi Relator o eminente Ministro Cleonilson Nicácio Silva:

(...) O indiciamento decorrente da instauração de Inquérito Policial Militar não constitui ou caracteriza, por si só, situação de constrangimento ilegal, salvo se constatada hipótese de flagrante ilegalidade ou abuso de poder (...) (Julgamento: 10/12/2015 – DJE 4/2/2016).

Notadamente, inviável a análise de provas nessa via estreita do *writ*. Entender de outra maneira equivaleria a subtrair as atribuições do Ministério Público e a competência do juiz natural da causa, conduta essa, evidentemente, incompatível com o Estado de Direito, supressão de instância, *per saltum* retratado no aforismo latino.

Por qualquer prisma que se olhe o cerne da impetração – *delacio criminis* anônima ou comentário sobre fato conhecido da autoridade –, não se revela fundamento jurídico suficiente para reputar ilegal a instauração do IPM, de forma a reconhecê-la motivo de constrangimento ilegal contra a pessoa do Paciente.

Por outro lado, o Inquérito Policial Militar ajuizado na Justiça Militar deve ser objeto do devido pronunciamento pelo *dominus litis* e apreciação

pela autoridade judiciária competente, podendo detectar, inclusive, vícios ou desvios que eventualmente possam ser atribuídos na sua condução pela polícia judiciária militar, com as consequências legais. Contudo, nesta ação expedita de *habeas corpus* que não viabiliza a análise do acervo probatório, **por ora não se vislumbra inequívoca ilegalidade a autorizar o trancamento do precitado Inquérito Policial Militar.**

No caso concreto, apesar do esforço dos combativos e zelosos Impe- trantes na defesa do Paciente, **não comprovaram ocorrência de manifesta ilegalidade** quanto à instauração ou condução do procedimento investigatório deflagrado no Comando da Divisão Anfíbia, capaz de ensejar seu trancamento de forma prematura.

Ex positis, voto pelo **conhecimento** do *Habeas Corpus* e **denegação** da Ordem, por ausência de amparo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em conhecer do *habeas corpus* e denegar a ordem por falta de amparo legal.

Brasília, 1º de setembro de 2016 – Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Ministro-Relator.



Recurso em Sentido Estrito

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 32-84.2016.7.02.0102-SP

Relator: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Sousa.

Relator para o Acórdão: Min. Dr. José Coêlho Ferreira.

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorrida: A decisão do MM. Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 2ª CJM, de 30/6/2016, que rejeitou a arguição ministerial de incompetência da Justiça Militar da União formulada nos autos do IPM nº 32-84.2016.7.02.0102, referente a Vagner Limeira Martins, ex-3º Sgt Aer.

Advogado: Dr. Sandro Leite de Araújo.

EMENTA

CRIME CAPITULADO NO ART. 240 DO CPM. RECURSO DO MPM CONTRA DECISÃO DO JUIZ-AUDITOR QUE REJEITOU A ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA PARA APRECIAR E JULGAR O FEITO. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA DO INDICIADO PELO ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO MEDIANTE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO E REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM PARA PROSEGUIMENTO.

I – Pela sistemática processual penal militar, admite-se a análise de *habeas corpus* de ofício, nos termos da parte final do art. 470, c/c o art. 467, ambos do CPPM, não sendo o caso dos autos, considerando que não configura justa causa para trancamento do IPM o fato de esse se encontrar em trâmite há mais de 8 (oito) meses, mormente quando se trata de investigado solto.

II – Não merece reparo a decisão recorrida que rejeitou a arguição ministerial de incompetência da Justiça Militar formulada nos autos do IPM, tendo em vista que a prática do delito de furto, ainda que em lugar não sujeito à Administração Militar, não anula a *vis attractiva* decorrente da especialidade do crime militar, pois se trata de crime militar praticado por militar da ativa contra militar da ativa (competência *ratione personae*), na forma do art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM.

III – Segundo precedente desta Corte, mantida a decisão que reconheceu a competência desta Justiça castrense para apreciar e julgar o feito, os autos devem ser remetidos para o Juízo de origem, onde poderá ser analisada, se for o caso, a possibilidade jurídica de ser aplicada a disposição contida no art. 397 do CPPM, c/c o art. 28 do CPP.

Recurso ministerial desprovido. Decisão majoritária.

DECISÃO

O Tribunal, **por maioria**, conheceu e negou provimento ao Recurso ministerial, confirmando a competência da Justiça Militar da União assinalada pelo Juiz de primeiro grau para julgar os fatos apurados no IPM nº 32-84.2016.7.02.0102, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, para o prosseguimento do feito. O Ministro Carlos Augusto de Sousa (Relator) conhecia do Recurso e, em atenção à vedação ao *non liquet*, negava-lhe provimento e, em homenagem à celeridade e economia processuais, por analogia ao artigo 28 do CPP, determinava a remessa dos autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, para atuar na forma como entender-se de direito. Relator para Acórdão Ministro José Coêlho Ferreira. O Ministro Carlos Augusto de Sousa (Relator) fará voto vencido. O Ministro Cleonilson Nicácio Silva não participou do julgamento.

Presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, designado, Dr. Clauro Roberto de Bortolli. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Cleonilson Nicácio Silva, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo, Marco Antônio de Farias e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Ausentes, justificadamente, os Ministros William de Oliveira Barros, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Odilson Sampaio Benzi. (Extrato da Ata da 90ª Sessão, 24/11/2016).

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Inominado interposto pelo Ministério Público Militar, com base no art. 146 do CPPM, contra a Decisão proferida pelo Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 2ª CJM, que rejeitou a arguição Ministerial

de incompetência da Justiça Militar da União (JMU) para processar e julgar os fatos apurados nos autos do IPM nº 32-84.2016.7.02.0102, referente ao ex-3º Sgt Aer VAGNER LIMEIRA MARTINS (fls. 147/148).

2. O referido IPM foi instaurado pelo Comandante da Escola de Especialistas de Aeronáutica (EEAR), por meio da Portaria EEAR nº R-32-T/SIJ, para apurar os fatos contidos na Parte s/nº, de 28 de outubro de 2015, por meio da qual o 2º Ten Int ALEXANDRE PRAZO FERNANDES relatou que, enquanto se direcionava à barbearia dos Cabos e Soldados da Escola de Especialistas de Aeronáutica, avistou uma bicicleta Caloi SK Vermelha e Branca no local destinado ao estacionamento de bicicletas, reconhecendo-a como o mesmo bem móvel que lhe foi furtado em agosto do mesmo ano, em sua residência, fora das dependências daquela Escola. Após diligências preliminares, restou constatado que a mencionada bicicleta havia sido comprada pelo aluno Chagas quando ofertada a venda perante a tropa pelo então aluno Vagner.

3. Dessa maneira, o objeto do IPM é correlato ao furto e à receptação de uma bicicleta, ocorrido em meados de agosto de 2015, envolvendo o 2º Ten Int ALEXANDRE PRADO FERNANDES, suposto dono da bicicleta, o Aluno BMA JHONAS DE SOUSA MUNIZ CHAGAS, comprador da bicicleta, e o ex-3º Sgt Aer VAGNER LIMEIRA MARTINS, que supostamente teria furtado o veículo.

4. No dia 24/2/2016, foram os autos distribuídos ao Juízo da 1ª Auditoria da 2ª CJM (fl. 113).

5. Após a realização de diligências, o MPM requereu o arquivamento dos autos, no dia 21/6/2016, com relação à receptação, por considerar a atipicidade dos fatos. Quanto ao furto, pugnou pela incompetência da Justiça Militar da União, sob os argumentos de que a vítima e o agente não estavam em serviço e de que o eventual crime não foi praticado em local sujeito à administração militar (fls. 142/145).

6. Por decisão proferida em 30/6/2016, o Juízo acolheu parcialmente o pedido formulado pelo MPM, determinando o arquivamento dos autos quanto à receptação e rejeitando o pedido de declínio de competência, por considerar competente a JMU para a apreciação dos fatos, uma vez que os militares, autor e vítima, ao tempo da conduta delitiva, eram militares da ativa e serviam na mesma Organização Militar (fls. 147/148).

7. Inconformado, o MPM, em 6/7/2016, interpôs Recurso Inominado. Em suas Razões, argumenta, em síntese, que não houve ofensa às instituições castrenses, bem como pelo fato de autor e vítima não estarem de serviço em local sujeito à administração militar, sendo provável que o autor nem soubesse da condição de militar da vítima (fls. 150/153).

8. Autuado como Recurso em Sentido Estrito, em observância à regra do art. 116, § 3º, do RISTM, em juízo de retratação, o Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da 2ª CJM manteve a Decisão de fls. 147/148.

9. A PGJM requereu a restituição ao Juiz-Auditor, para que o indiciado fosse intimado do presente recurso para, querendo, apresentasse contrarrazões (fls. 160/161).

10. Em ato contínuo, o eminente Ministro-Relator determinou a restituição dos autos ao Juízo de origem (fl. 164).

11. O advogado, Dr. Sandro Leite de Araújo, na defesa do indiciado, apresentou suas Contrarrazões ao recurso, pugnano pelo arquivamento do IPM, alegando constrangimento ilegal sofrido por seu cliente, pelo fato de figurar como indiciado há 8 (oito) meses e, subsidiariamente, que seja conhecido e provido o presente recurso, declarando a incompetência da JMU (fls. 173/190).

12. A PGJM, por meio de Parecer da lavra do Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do presente Recurso (fls. 218/228).

É o Relatório.

VOTO

O presente recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

2. Impende analisar o pedido formulado pela Defesa do ex-3º Sgt Aer VAGNER LIMEIRA MARTINS nas Contrarrazões de recurso, às fls. 193/210, pelo qual requer seja concedido *habeas corpus* de ofício por esta Corte, sustentando que o indiciado sofre constrangimento ilegal, em função da ausência de justa causa, uma vez que se encontra nessa situação há oito meses.

3. Porém, não assiste razão à Defesa.

4. Ora, o preceito constitucional inserto no inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal dispõe, *in verbis*:

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**. (Os grifos não são dos originais).

5. Por sua vez, no que diz respeito à possibilidade jurídica de concessão de *habeas corpus* de ofício, a parte final do art. 470 do CPPM, norma infraconstitucional plenamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, preconiza que “o Superior Tribunal Militar pode concedê-lo de ofício, se, no curso do processo submetido à sua apreciação, verificar a existência de qualquer dos motivos previstos no art. 467”, cujo dispositivo elenca as seguintes hipóteses de cabimento do citado remédio constitucional, *in verbis*:

Art. 467. Haverá ilegalidade ou abuso de poder:

a) quando o cerceamento da liberdade for ordenado por quem não tinha competência para tal;

- b) quando ordenado ou efetuado sem as formalidades legais;
- c) quando não houver justa causa para a coação ou constrangimento;
- d) quando a liberdade de ir e vir for cerceada fora dos casos previstos em lei;
- e) quando cessado o motivo que autorizava o cerceamento;
- f) quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- g) quando alguém estiver processado por fato que não constitua crime em tese;
- h) quando estiver extinta a punibilidade;
- i) quando o processo estiver evidentemente nulo.

6. Disso decorre que o indiciado não está sofrendo qualquer constrangimento ilegal, não podendo prosperar o argumento da sua Defesa fundado no fato de que o Inquérito Policial Militar está em trâmite há mais de 8 (oito) meses.

7. Ora, da análise dos autos, extrai a certeza de que o procedimento em curso tem o condão de apurar os fatos relativos à conduta de indiciado que não está sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção, pois se encontra solto. Além disso, sequer pode ser alegada qualquer causa extintiva da punibilidade, a exemplo do instituto da prescrição, como bem pontuou o eminente Relator Ministro Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA. A esse respeito, vale trazer à colação o seguinte precedente oriundo do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

APONTADA INOBSERVÂNCIA DO PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO QUE PERDURARIA MAIS DE 180 (CENTO E OITENTA DIAS). ACUSADO SOLTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. De acordo com o *caput* do artigo 10 do Código de Processo Penal, quando o acusado estiver solto, as investigações devem ser concluídas no prazo de 30 (trinta) dias.

2. Ocorre que, quando não se trata de réu preso, a inobservância do lapso previsto para a conclusão do inquérito não possui repercussão prática, estando-se diante de prazo impróprio.

3. No caso dos autos, observa-se que o paciente encontra-se solto, não se podendo aferir se já teria ocorrido a prescrição de algum dos delitos a ele imputados, motivo pelo qual não há que se falar em constrangimento ilegal decorrente da demora na conclusão das investigações. Doutrina. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido. (Habeas Corpus nº 221.620/BA, Relator: Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Decisão publicada no DJe de 16/10/2013). (Os grifos não são dos originais).

8. Portanto, demonstrada a inexistência de justa causa para o arquivamento do IPM, não há falar em concessão de *habeas corpus* de ofício.

9. No que diz respeito ao mérito da *quaestio*, também não assiste razão ao recorrente.

10. Os fatos vivenciados nestes autos, segundo relatado e explicitado pelo eminente Ministro-Relator, dão conta de que está sendo apurada a ocorrência, em tese, da prática do crime de furto capitulado no art. 240 do CPM, tendo como sujeitos ativo e passivo militares da ativa, ambos integrantes da mesma OM. Assim, os indícios levantados, até o presente momento, apontam que o ex-3º Sgt Aer VAGNER LIMEIRA MARTINS teria sido autor do furto da bicicleta de propriedade do Ten ALEXANDRE PRADO FERNANDES, cuja *res furtiva* encontrava-se em local não sujeito à Administração Militar.

11. Acerca da alegação do *Parquet* militar de que o autor e vítima não estavam em serviço, em local não sujeito à Administração Militar, e que provavelmente o autor não tinha ciência de que o proprietário do objeto do furto era realmente militar, entendo que essas argumentações não são suficientes para afastar a competência da Justiça Militar da União, pois a orientação mais consentânea com a observância dos princípios da hierarquia e disciplina militares leva à compreensão de que sempre será revelada uma potencial ofensa aos valores militares.

12. Portanto, não há dúvida de que a hipótese dos autos amolda-se à disposição inserta no art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM. Aliás, já tive oportunidade de sustentar esse entendimento, no julgamento da Apelação nº 41-56.2010.7.02.0102/SP, *in litteris*:

EMENTA: CRIME CAPITULADO NO ART. 240, DO CPM, EM CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA. ARGUIÇÃO DAS PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO E DE VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PELA INOBSERVÂNCIA DOS PRAZOS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE. NO MÉRITO, REQUER A DEFESA A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE PELA AUSÊNCIA DA PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA **A QUO**.

I – Rejeita-se a preliminar de incompetência da Justiça Militar da União arguida pela Defesa, tendo em vista que a prática do delito de furto, no presente caso, fora de local sujeito à Administração militar não anula a *vis attractiva* decorrente da especialidade do crime Militar, **pois se trata de crime militar praticado por militar da ativa contra militar da ativa (competência *ratione personae*), na forma do art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM.**

II – Rejeita-se, também, a preliminar, arguida pela Defesa, de violação ao princípio do devido processo legal, sob o argumento de não observância dos prazos processuais, uma vez que não houve violação, pelo Juízo **a quo**, do art. 531 do CPPM, que trata do prazo de 10 dias para que o recorrente formule as razões do Apelo.

III – No mérito, nega-se provimento ao Apelo defensivo, uma vez que não cabe qualquer reparo na Sentença **a quo**, a qual se encontra em perfeita harmonia com o conjunto probatório carreado aos autos, ficando demonstradas, de forma incontestada, a autoria e materialidade do furto praticado pelo militar contra o seu colega de caserna, não obtendo êxito a Defesa na tentativa de justificar, em favor do Apelante, a sua conduta típica, antijurídica e culpável.

Primeira e segunda preliminares rejeitadas. Decisão unânime.

Apelo defensivo desprovido. Decisão unânime. (APELAÇÃO Nº 41-56.2010.7.02.0102/SP, Relator: Min. JOSÉ COELHO FERREIRA, Decisão de 8/3/2012). (Grifos acrescentados).

13. Dessa forma, sedimentou-se, no âmbito desta Corte, o entendimento de que não importa se o agente e a vítima encontravam-se em local não sujeito à Administração Militar ou se aquele estava ou não de serviço, pois a competência, no caso do citado dispositivo, é *ratione personae*.

14. Por isso, não há espaço para admitir a reforma da Decisão recorrida, que, acertadamente, reconheceu que a prática do citado delito, nessas circunstâncias, provoca séria repercussão na Organização Militar em que os respectivos militares encontram-se vinculados.

15. Diante desse cenário, considero louvável a proposta do eminente Relator Ministro Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA, que, invocando a aplicação dos princípios da celeridade e economia processuais e, ainda, pela analogia do art. 28 do CPP, propôs a remessa dos autos diretamente ao Procurador-Geral da Justiça Militar. Isso porque, segundo a doutrina mais autorizada, configura-se pedido de arquivamento indireto a manifestação do Órgão ministerial suscitando a incompetência do Juízo para processar e julgar o feito, como ocorreu no caso vertente.

16. Todavia, essa matéria já mereceu análise desta Corte, prevalecendo a ideia de que, uma vez fixada a competência desta Justiça castrense nesta Instância superior, os autos devem ser baixados para o Juízo de origem para prosseguimento, mormente quando se sabe que, em cada Auditoria, funciona mais de um membro do Ministério Público Militar, oportunidade em que poderá ser observado o art. 397 do CPPM, c/c o art. 28 do CPP, se for o caso. Nesse sentido, os seguintes precedentes, *in litteris*:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENTRE VIATURA MILITAR E VEÍCULO CIVIL. LESÃO CORPORAL. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. REJEI-

ÇÃO. INCONFORMISMO MINISTERIAL. MANTENÇA DO “DECISUM” DE PRIMEIRO GRAU.

Batedor do Exército Brasileiro atingido por veículo civil durante treinamento de escolta da comitiva Presidencial.

Após o MPM ter suscitado a incompetência da Justiça Militar, o Juízo da Auditoria da 7ª CJM rejeitou pedido, com base no art. 145, 2ª parte, do CPPM, por entender que o fato é atípico.

Irresignado, o Órgão Ministerial recorreu para este Tribunal, que negou provimento ao recurso, para manter a Decisão “a quo”.

Não provido o Recurso do Ministério Público Militar. Decisão por unanimidade. (Recurso em Sentido Estrito nº 154-87.2015.7.07.0007/PE, Relator: Min. Gen Ex ODILSON SAMPAIO BENZI, Decisão de 12/4/2016). (Os grifos não são dos originais).

EMENTA: RECURSO INOMINADO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. APF. SEGURANÇA DA VILA MILITAR. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REJEIÇÃO.

1. Havendo previsão legislativa da conduta no inciso III do artigo 9º do CPM, conjugada com a tipificação contida na parte especial do mesmo código, não há possibilidade de se declinar da competência da Justiça Militar em favor da Justiça Federal.

2. O juízo sobre a competência para conhecer da ação penal militar não comporta critérios subjetivos da ação do agente, como a necessidade da conduta se direcionar às instituições militares, bastando a prova de fato que, em tese, se constitua crime militar e indícios de autoria.

Recurso conhecido e negado provimento. Decisão unânime. (Recurso em Sentido Estrito nº 65-86.2016.7.01.0301/RJ, Relator: Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, Decisão de 6/9/2016).

17. É importante ressaltar que, em relação ao último precedente, a proposta de remessa dos autos para a Procuradoria-Geral da Justiça Militar foi pontualmente enfrentada pelo eminente Ministro-Relator ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, conforme os fragmentos extraídos das suas razões de decidir, *in litteris*:

(...)

O Ministério Público Militar requer, preliminarmente, a aplicação analógica do art. 397 do CPPM e art. 28 do CPP, com a remessa dos autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar. Segundo o *Parquet*, havendo manifestação de declínio de atribuição, com pedido de remessa dos autos a outro órgão, mas com afirmação de competência pelo magistrado, exsurge o chamado arquivamento indireto.

Sobre essa questão, assim se posicionou a Procuradoria-Geral da Justiça Militar, *in litteris*:

A preliminar não merece ser conhecida. De fato, a alegação de incompetência é pedido indireto de arquivamento. Uma vez

denegado, um dos caminhos possíveis é o encaminhamento dos autos à CCRv/MPM, por analogia ao artigo 397 do CPPM. O outro caminho é o recurso inominado do art. 146 do CPPM, que foi escolhido pela recorrente. É conhecido o brocardo *electa una via non datur regressus ad alteram*. Eleita a via do recurso contra a decisão que considerou competente a Justiça Militar para apreciar o feito, não existe qualquer motivo para o seu não conhecimento, até porque o Ministério Público não pode desistir de recurso interposto, a teor do artigo 512 do CPPM.

Ora, o dispositivo constante do artigo 146 do CPPM tem regramento específico para a Justiça Castrense, sendo que, em caso de Recurso, como nos autos, se presta ao anseio de ver reformada a Decisão do Juízo *a quo*, da seguinte forma:

Art. 146. O órgão do Ministério Público poderá alegar a incompetência do juízo, antes de oferecer a denúncia. A arguição será apreciada pelo auditor, em primeira instância; e, no Superior Tribunal Militar, pelo relator, em se tratando de processo originário. Em ambos os casos, se rejeitada a arguição, poderá, pelo órgão do Ministério Público, ser impetrado recurso, nos próprios autos, para aquele Tribunal.

Já o dispositivo constante do art. 397 do CPPM, com aplicação analógica do art. 28 do CPP, tem o objetivo de resolver o conflito no que tange ao pedido de arquivamento do inquérito ou peças de informação, conforme se vê:

CPPM. Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, nº I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.

CPP. Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Destaque-se que não houve pedido formal de arquivamento, porquanto a matéria em análise, nesta Instância, cinge-se à fixação, ou não, da competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os atos praticados pelo Civil nominado.

Portanto, conforme registrado pela PGJM, tendo o MPM eleito a via da reforma da Decisão Judicial proferida nos autos pelo Juízo *a quo*, descabe, nesse ponto, analisar a remessa dos autos ao Procurador-Geral

da Justiça Militar, por tratarem-se de procedimentos distintos em relação ao Recurso ora interposto.

(...)

Por oportuno, registro, que, diante do fato do inconformismo ministerial se dar em relação à Decisão da manutenção da competência da Justiça Castrense, não Cabe ao Tribunal Militar decidir, por hora, pelo envio dos autos à PGJM, conforme o parecer daquele douto Subprocurador-Geral, sendo necessário que, com a manutenção do Decisum pelo Tribunal, o Parquet se manifeste, como lhe aprouver, pelo oferecimento da Denúncia ou pelo arquivamento das peças de informação, neste caso, seguindo-se o rito do art. 397 do CPPM, c/c o art. 28 do CPP. (Os grifos não são dos originais).

18. Vale ainda destacar a manifestação do eminente Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, nesta assentada, o qual sustentou que, em havendo recurso do MPM, caberia a esta Corte confirmar a Decisão a *quo* e remeter os autos ao Juízo de origem. Neste caso, o Juiz-Auditor submeteria os autos ao membro do Órgão ministerial, que, se não se sentir confortável para oferecer a Denúncia, o magistrado encaminhará os autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, na forma do art. 397 do CPPM.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao Recurso ministerial, confirmando a competência da Justiça Militar da União assinalada pelo Juiz de primeiro grau para julgar os fatos apurados no IPM nº 32-84.2016.7.02.0102, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, para o prosseguimento do feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a presidência do Ministro Dr. Artur Vidigal de Oliveira, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, por maioria de votos, em conhecer e negar provimento ao Recurso ministerial, confirmando a competência da Justiça Militar da União assinalada pelo Juiz de primeiro grau para julgar os fatos apurados no IPM nº 32-84.2016.7.02.0102, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, para o prosseguimento do feito.

Brasília, 24 de novembro de 2016 – Dr. José Coêlho Ferreira, Relator para o Acórdão.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Alte Esq CARLOS AUGUSTO DE SOUSA
Recurso em Sentido Estrito Nº 32-84.2016.7.02.0102-SP

Votei, compondo a unanimidade, no sentido de conhecer e negar provimento ao presente recurso. Todavia, divergi da douta maioria quando me manifestei, por analogia ao artigo 28 do CPP, pela determinação da remessa destes autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, para atuar da forma como entender de direito.

Inicialmente, é forçoso reconhecer que o pedido da Defesa, constante de suas Contrarrazões de recurso (fls. 193/210), de que seja concedido *habeas corpus* de ofício por esta Corte, deve ser indeferido.

Sustenta a Defesa que o Indiciado sofre constrangimento ilegal, em função da ausência de justa causa, uma vez que se encontra nessa situação há oito meses.

Contudo, a legislação penal militar, atenta ao sistema de garantias fundamentais, já prevê o instituto da prescrição. Dessa forma, não sendo ultrapassado o lapso temporal previsto pelo art. 125 do CPM, não há de falar em constrangimento ilegal, uma vez que, dentro desse prazo, a pretensão punitiva do Estado permanece incólume.

Acerca da competência da Justiça Militar da União, questão central dos autos, tem-se que não deve prosperar o pleito ministerial.

Verificou-se, durante as investigações inquisitivas, a suposta ocorrência de crime de furto praticado por militar da ativa em desfavor de militar na mesma situação, ambos integrantes da mesma OM.

Os indícios de autoria restam demonstrados por meio dos depoimentos prestados em sede inquisitorial. Os Alunos BMA Jhonas de Sousa Muniz Chagas e Anderson dos Santos Oliveira, que faziam parte da Esquadrilha liderada pelo Indiciado, confirmaram que ele vendeu a bicicleta Caloi SK vermelha e branca, supostamente furtada, ao Aluno Jhonas de Sousa Muniz Chagas (fls. 66/67, 73).

O Aluno BMA Jefferson Yuri de Souza Melo, apesar de não ter presenciado a negociação, declarou que viu o Indiciado anunciar publicamente a venda da bicicleta para quitar uma dívida (fl. 75).

As testemunhas, 2º Ten Int Lucas Maduro Passos e 2º Ten QOESUP Leandro Almeida do Amaral, afirmaram que sempre presenciaram a vítima com a bicicleta, supostamente furtada, e que não o viram comentar que tinha interesse em se desfazer do objeto, pelo contrário, ele investia nela (fls. 40, 42).

Ou seja, tem-se por certo que os autos, sob análise, tratam de crime cujos indícios indicam serem agente e vítima, à época dos fatos, militares da ativa que serviam na mesma Organização Militar (fl. 147). Estariam presentes, portanto, os elementos necessários para a fixação da competência da Justiça Militar da União.

Nesse conspecto, da análise do disposto no art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM, nota-se a perfeita subsunção do fato à norma, o que, deste modo, atrai a competência para a Justiça Militar, senão vejamos:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; (grifo nosso).

Ao contrário do que busca defender o MPM, o fato de autor e vítima não estarem de serviço, em local não sujeito à administração militar, sendo provável que nem soubessem da condição de militar um do outro, não afasta a competência da Justiça Militar.

O caso em análise se enquadra em uma das situações trazidas pelo Código Penal Militar para definir a competência da JMU, estando presente o critério *ratione personae*.

Com relação a esse critério cabe salientar que se considera militar em situação de atividade aquele que está no serviço ativo (“da ativa”, “em atividade”), não importando se está de folga, à paisana, de férias ou em local que não seja sujeito à administração militar.

Ademais, o legislador no art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM, não submeteu o crime de militar contra outro militar a nenhuma condicionante. A *mens legis* não foi outra senão a de definir a competência da JMU para o caso vertente.

Portanto, independentemente de saberem da condição um do outro e do local de consumação do delito, é competente a JMU para analisar os fatos, uma vez que os militares eram da ativa à época do suposto crime.

Da mesma forma, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, *in* Código Penal Militar Comentado (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 43 e 44), traz valiosos ensinamentos a respeito das condutas que os militares precisam nutrir, *verbis*:

(...) Assim como o magistrado, que deve ter reputação ilibada e comportamento digno, mesmo fora da atividade jurisdicional, vale dizer, em sua vida privada, o militar deve demonstrar zelo disciplinar e respeito aos valores das Forças Armadas em todos os momentos de sua vida. Diante disso, o militar, em situação de atividade, envolve quem está ativo no serviço militar, ainda que em gozo de férias, folga ou licença para qualquer finalidade.

Ser militar envolve inúmeras responsabilidades distintas da vida civil, justamente o motivo de existência da Justiça Especializada para julgar os delitos militares. (...) (grifo nosso).

Com efeito, o caso concreto deve ser analisado em suas particularidades. É fato certo nos autos que ambos os militares, Indiciado e Vítima, estavam na ativa à época dos fatos. Também consta dos autos que o local em que a bicicleta foi furtada, nas proximidades da EEAR, é reiteradamente frequentado por alunos daquela Escola de Especialistas, porquanto a genitora da vítima possui diversos quartos que são alugados para Alunos daquela OM. Dessa forma, o furto, em tese, praticado pelo Indiciado refletiu negativamente naquele ambiente militar, ferindo os pilares da hierarquia e disciplina.

Ademais, o Indiciado responde a outra Ação Penal¹¹³ e também a um IPM¹¹⁴, todos pela acusação do crime do art. 240 do CPM.

Em relação à inexistência de ofensa às instituições castrenses, sustentada pelo *Parquet*, não se pode ignorar que a conduta criminosa de furtar um objeto que posteriormente veio a ser identificado como pertencente a um colega de farda, mesmo que em local fora de serviço, gera uma repercussão negativa no âmbito militar.

Nesse sentido, colaciono jurisprudência desta Egrégia Corte, *verbis*:

APELAÇÃO DEFENSIVA. VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR. **PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA DA JMU PARA PROCESSAR E JULGAR CIVIS.** INVERSÃO DO INTERROGATÓRIO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.719/08. REJEITADAS POR UNANIMIDADE. AUTORIA COMPROVADA. OFENDIDO SUPERIOR E EX-NAMORADO DA RÉ. INDISPONIBILIDADE DOS POSTOS E DAS GRADUAÇÕES. REPULSA A AGRESSÃO NÃO COMPROVADA. LEI Nº 11.340/06 E CONVENÇÕES PREQUESTIONADAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Para a competência da Justiça Militar da União (JMU), basta que os militares, agente e vítima, sejam da ativa à época do crime castrense, independentemente de comporem a mesma unidade familiar, de saberem da condição um do outro e do local do delito.

Se, após o licenciamento dos agentes, a competência não fosse da Justiça Militar da União, então teríamos a situação teratológica de a Justiça comum processar e julgar civis pela prática de crimes propriamente militares. A Justiça Militar da União existe para proteger a integridade da *ultima ratio* do Estado, punindo qualquer militar ou civil que afete as Forças Armadas, as quais não funcionam sem os seus valores e princípios. Estas não pertencem aos militares, nem são regidas conforme os seus interesses privados. Pelo contrário, devem ter todas as condições para operar, justamente porque estão incumbidas de prover a segurança do País. Os seus integrantes, completamente submetidos ao interesse público, são ferramentas de defesa postas à disposição de todos os brasileiros, inclusive, se necessário, com o sacrifício de suas próprias vidas – art. 31 do Estatuto dos Militares. (...)

Erra quem, para definir a competência da Justiça Militar da União, se reduza à análise superficial de os agentes terem ou não a consciente intenção de ofender as instituições militares. Se há agressões, mesmo entre casais em suas residências, obviamente que, tão logo a notícia adentre os portões de OM, dá-se o abalo às instituições, aspecto sob a total previsibilidade dos agentes. Há fatos ocorridos entre militares em suas residências que podem ser bem mais nefastos às Instituições Castrenses do que outros dentro de uma OM. (...)

¹¹³ Ação Penal nº 23-16.2016.7.02.0202.

¹¹⁴ Procedimento Investigatório nº 14-63.2016.7.02.0102.

Preliminares rejeitadas por unanimidade. Recurso da Defesa não provido. Decisão unânime.

Apelação nº 47-24.2014.7.12.0012/AM. Relator: Marco Antônio de Farias. Decisão: 17/8/2016. Publicação: 29/8/2016) (Grifei).

Noutro giro, em que pese entender pela manutenção da JMU para processar e julgar o caso vertente, sabe-se que a hipótese aqui tratada remete ao instituto do Arquivamento Indireto. Isso porque o membro do *Parquet Milicien* requereu a declaração de incompetência da Justiça Castrense para apreciação destes fatos, com a remessa à Justiça comum para os fins de direito (fls. 142/145). Em seguida, o Juízo divergiu do posicionamento ministerial e rejeitou a arguição de incompetência suscitada, por entender que a Justiça Militar da União é o Juízo natural competente para o processamento e julgamento do presente feito (fls. 147/148). Esses fatos processuais desencadearam no presente Recurso.

Sabe-se que o Ministério Público é o titular da Ação Penal. Possui legitimação exclusiva para a ação penal pública. Nesse desiderato, quando o magistrado não concorda com o pedido de declinação de competência formulado pelo órgão ministerial, não pode compelir o *Parquet* a oferecer denúncia, sob pena de violação à sua independência funcional (art. 127, § 1º, da CF/88¹¹⁵).

Nesse liame, quando o juiz se recusa a remeter os autos a outro juízo, ao passo que o Ministério Público recusa-se a oferecer denúncia, porque entende que a autoridade judiciária não é o juiz natural da causa, deve o magistrado castrense aplicar, por analogia, o disposto no art. 28 do CPP¹¹⁶.

Na mesma diretriz, trago à colação julgado do STJ, vejamos:

PROMOTOR PÚBLICO QUE ALEGA A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, REQUERENDO A REMESSA DOS AUTOS DO INQUÉRITO PARA AQUELE QUE CONSIDERA COMPETENTE – PONTO DE VISTA DESACOLHIDO PELO RESPECTIVO MAGISTRADO, QUE AFIRMA A SUA COMPETÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE JURISDIÇÃO OU DE ATRIBUIÇÕES – MANIFESTAÇÃO QUE DEVE SER RECEBIDA COMO PEDIDO INDIRETO DE ARQUIVAMENTO.

1. SE O MAGISTRADO DISCORDA DA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL, QUE ENTENDE SER O JUÍZO INCOMPETENTE, DEVE ENCA-

¹¹⁵ **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.

¹¹⁶ **Art. 28.** Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

MINHAR OS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, PARA, NA FORMA DO ART. 28 DO CPP, DAR SOLUÇÃO AO CASO, VENDENDO-SE, NA HIPÓTESE, UM PEDIDO INDIRETO DE ARQUIVAMENTO.

2. INEXISTENTE CONFLITO DE COMPETÊNCIA, JÁ QUE SE DECLARA CUMULAÇÃO POSITIVO-NEGATIVA DE JURISDIÇÕES, O QUE NÃO CONFIGURA CONFLITO, QUE OU É POSITIVO, OU É NEGATIVO.

3. IGUALMENTE NÃO SE VISLUMBRA CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES, SE JÁ JURISDIONALIZADA A DISCUSSÃO, ONDE UM JUIZ SE DECLAROU COMPETENTE E O OUTRO NÃO.

4. CONFLITO NÃO CONHECIDO.

(STJ). CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES Nº 43/SC. RELATOR MIN. ANSELMO SANTIAGO. TERCEIRA SEÇÃO. JULGADO EM 1º/6/1997).

Como se percebe, não se trata o caso de conflito de competência, visto que o dissenso não foi estabelecido entre duas autoridades jurisdicionais. Também não se cuida de conflito de atribuições, já que o dissenso envolve uma autoridade judiciária e um órgão do Ministério Público.

Ante o exposto, votei pelo conhecimento do presente recurso e, em atenção à vedação ao *non liquet*, pelo seu desprovimento. Contudo, em homenagem à celeridade e economia processuais, por analogia ao artigo 28 do CPP, determinava a remessa destes autos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, para atuar da forma como entender de direito.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 51 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 1º de dezembro de 2016.

Alte Esq Carlos Augusto de Sousa

Ministro-Relator

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 73-14.2016.7.10.0010-CE

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

Recorrente: Ministério Público Militar.

Recorrida: A Decisão do MM. Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 10ª CJM, de 9/6/2016, proferida nos autos do APF nº 43-76.2016.7.10.0010, que rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor de José Robson Alves de Castro e Wildyrson de Menezes Silva, Sds Aer, como incurso no art. 242, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o art. 53, § 2º, ambos do CPM.

Advogados: Dr. Kayrys Motta Nascimento e Defensoria Pública da União.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. ROUBO QUALIFICADO. (CPM, ART. 242, § 2º) CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO. CONDIÇÃO DE GARANTE. CAUSALIDADE. ART. 29 DO CPM. AUSÊNCIA DE DOLO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. Não há qualquer referência, seja na Denúncia, seja nos depoimentos carreados aos autos, de participação dos Recorridos nos atos preparatórios ou de execução do crime em questão, ou qualquer indício de conluio com os autores do roubo.

2. Não é razoável uma interpretação ampla da norma penal, de modo a colocar qualquer pessoa na condição de garante. A norma penal não permite tal amplitude, e a interpretação restritiva, taxativa e estritamente legal é única possível no direito penal.

3. O § 2º do art. 29 do Código Penal Militar diz respeito apenas à causalidade do crime, e, depois de demonstrada, deve-se perquirir se os Indiciados teriam agido com dolo ou culpa.

4. Não há prova ou indícios mínimos nos autos de que os Indiciados teriam se omitido com dolo para o crime de roubo, ou com finalidade de que os bens fossem subtraídos.

5. O processamento penal dos Indiciados, baseado única e exclusivamente na causalidade legal, seria, na prática, uma imputação objetiva.

6. Ausência dos elementos mínimos exigidos pela legislação processual penal militar, não havendo justa causa para o início da persecução penal.

7. Recurso desprovido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal, **por unanimidade**, negou provimento ao Recurso ministerial, mantendo íntegra a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem prejuízo do disposto no art. 25 do CPPM.

Presidência do Ministro Ten Brig Ar William de Oliveira Barros. Presente a Subprocuradora-Geral da Justiça Militar, designada, Dra. Maria de Nazaré Guimarães de Moraes. Presentes os Ministros José Coêlho Ferreira, Alvaro Luiz Pinto, Artur Vidigal de Oliveira, Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Luis Carlos Gomes Mattos, Lúcio Mário de Barros Góes, José Barroso Filho, Odilson Sampaio Benzi, Carlos Augusto de Sousa, Francisco Joseli Parente Camelo e Marco Antônio de Farias. Ausentes, justificadamente, os Ministros Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Cleonilson Nicácio Silva e Péricles Aurélio Lima de Queiroz. (Extrato da Ata da 91ª Sessão, 29/11/2016).

RELATÓRIO

Em 30/5/2016, o Ministério Público Militar, com atuação perante a Auditoria da 10ª CJM, baseado no APF nº 43-76.2016.7.10.0010, ofereceu Denúncia (fls. 272/286) contra JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO e WILDYRSON DE MENEZES SILVA, Sds Aer, e outros, com base nos seguintes fatos:

(...)

Referidas pessoas praticaram fatos-delituosos constantes dos documentos anexos, fatos estes que se passam a narrar.

No dia 20 de maio de 2016, por volta das 20h40min, quatro indivíduos ingressaram na Base Aérea de Fortaleza e, mediante grave ameaça com o emprego de arma de fogo, subtraíram 3 (três) fuzis Heckler & Koch HK33, avaliados em R\$ 7.789,41 (sete mil, setecentos e oitenta e nove reais e quarenta e um centavos), 1 (um) carregador municiado com 40 (quarenta) cartuchos, avaliado em R\$ 59,50 (cinquenta e nove reais e cinquenta centavos), 1 (uma) pistola Beretta modelo M-92, avaliada em R\$ 874,30 (oitocentos e setenta e quatro reais e trinta centavos), 1 (um) carregador de pistola municiado com 15 (quinze) cartuchos de calibre 9mm, avaliado em R\$ 132,53 (cento e trinta e dois reais e cinquenta e três centavos), totalizando **R\$ 8.855,74 (oito mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais e setenta e quatro centavos)**, avaliações essas encontradas nos apensos do Ofício nº 7/IPM/2016.

Segundo se apurou, os quatro primeiros denunciados, ou seja, **S2 Francisco de Assis Silva da Costa, S2 Jorge Anderson Souza Neves, Paulo de Oliveira Braga e Jonanthan Matos Serpa**, juntamente com duas outras pessoas ainda não identificadas, dias antes, planejaram o crime de maneira a atribuir tarefas específicas a cada um dos consortes, colocando o plano em execução em data anterior ao dia 20 de maio de 2016, sendo frustrada essa execução em razão de terem sido plotados pelo efetivo da Unidade Militar.

Todavia, firmes em seu intento, no mencionado dia – 20 de maio de 2016 – novamente investiram contra o efetivo de serviço da Base Aérea, logrando em consumir a subtração do material bélico discriminado acima.

Pormenorizando a conduta de cada um dos integrantes, o denunciado **S2 Jorge Anderson Souza Neves**, utilizando o veículo pertencente

ao primeiro denunciado, **S2 Francisco de Assis Silva da Costa**, modelo Siena, placa NQS-1779, ingressou na Base Aérea de Fortaleza (BAFz), trazendo em seu interior, escondidos no porta-malas e no banco traseiro, quatro indivíduos, a saber, o próprio **S2 Francisco de Assis Silva da Costa, Paulo de Oliveira Braga** e dois outros com identidade ainda ignorada, apenas alcunhados na empreitada de “Chicó” e “Chico”, designação que fora estabelecida para que durante a ação não pronunciassem seus nomes verdadeiros – assim como o fizeram para **S2 Francisco de Assis**, apelidado de “Tafarel”, e para **Paulo de Oliveira**, denominado na ação de “Zé”.

O acesso ao interior da Organização Militar não conheceu obstáculos porquanto **S2 Jorge Anderson** é militar da ativa servindo na Unidade, passando naturalmente pelo efetivo de guarnição.

Já dentro da Unidade Militar, **S2 Jorge Anderson** deixou seus comparsas em frente ao Hotel de Trânsito dos Graduados, deslocando-se, posteriormente, para o alojamento, onde pegou peças de fardamento, colocou-as no veículo e deixou a área sob administração militar, passando apenas a aguardar notícias do resultado da ação delituosa.

A partir de então, os quatro indivíduos introduzidos clandestinamente no quartel, **S2 Francisco de Assis Silva da Costa** (“Tafarel”), **Paulo de Oliveira Braga** (“Zé”), “Chicó” e “Chico”, todos civilmente trajados e com os rostos cobertos por uma espécie de balaclava, inauguraram a conduta nuclear, primeiro rendendo, com emprego de arma de fogo (revólver), e aprisionando o efetivo de serviço na Garagem, composto pelo 2S QSS SEM Alano Gonçalves de Carvalho, na ocasião na função de Despachante de Dia, o S1 SAD Gealisson Lima Batista, Motorista Categoria B, e o S1 BLM Renan do Nascimento Oliveira, também na função de Motorista Categoria B.

Um dos quatro roubadores, ainda não precisamente indicado, permaneceu na garagem a vigiar os militares rendidos e aprisionados, enquanto os outros três, entre os quais certamente estava **S2 Francisco de Assis**, dirigiram-se à área de paiol da Unidade, utilizando-se da viatura militar destinada à ronda do Oficial-de-Dia.

Com a chegada da viatura do Oficial-de-Dia à área de paiol, o militar na função de sentinela no local (Posto de Serviço NI-06), **S2 Wildyrson de Menezes Silva**, do Batalhão de Infantaria (BINFA), acionou a sirene para alertar aos demais integrantes de serviço naquele ambiente sobre a chegada da ronda, o fazendo por duas vezes até que o Cabo do Paiol, Cb BSP Edmilson de Lima Barros, fosse verificar quem se aproximara. Assim que abriu a porta do alojamento, o Cb Edmilson foi rendido, também com emprego de arma de fogo (revólver), pelos três indivíduos, seguindo-se a rendição dos demais militares escalados no Posto de Serviço NI-06, S1 SGS Airton Rocha de Lima e S2 SLO Matheus de Souza Simão, ambos também do Batalhão de Infantaria.

Mesmo vendo a ação criminosa do alto da torre do Posto de Serviço NI-06, o **S2 Wildyrson de Menezes Silva**, não fez uso do armamento, “por decisão própria” (fl. 19), sendo também rendido pelos roubadores, que levaram as armas justamente desse efetivo de serviço, repita-se, 3 (três) fuzis Heckler & Koch HK33, 1(um) carregador municiado com 40 (quarenta)

cartuchos, 1 (uma) pistola Beretta modelo M-92 e 1 (um) carregador de pistola municiado com 15 (quinze) cartuchos de calibre 9mm.

Após a subtração dos armamentos e munições, os três roubadores deixaram o paiol, foram até a garagem para buscar o quarto integrante do grupo e empreenderam fuga, pulando o muro próximo ao posto NI-17, ganhando o ambiente externo da Base Aérea e abordando um veículo que passava pelo local ainda não identificado, consumando efetivamente a subtração.

A forma de fuga, deve-se destacar, foi traçada de inopino, posto que, no planejamento original, o quarto denunciado, **Jonathan Matos Serpa**, deveria estar aguardando o grupo com um veículo modelo Saveiro, na Avenida Carlos Jereissati, exatamente na direção do Posto NI-17, mas, por razões ignoradas, não cumpriu sua parte no ajuste. Como alternativa, o grupo fez novo contato com o segundo denunciado, **Jorge Anderson Souza Neves**, dizendo a ele que fosse até o local anteriormente combinado com **Jonathan**, para auxiliar na fuga.

O **S2 Jorge Anderson Souza Neves** cumpriu fielmente a solicitação, permanecendo na Avenida Carlos Jereissati, com o mesmo veículo utilizado para propiciar o ingresso, no aguardo do grupo. Todavia, essa rotina de fuga também foi frustrada porquanto uma guarnição da Polícia Militar do Estado do Ceará, do BPRATIO, comandada pelo 1º Ten PM/CE Jeann Paulo de Araújo Alcântara, em patrulhamento na citada avenida com vistas a um veículo roubado, aparentemente não ligado ao episódio em narração, viu o automóvel Siena parado na avenida e decidiu proceder a abordagem, por volta de 21h10 min.

Durante a abordagem, os experientes policiais notaram o nervosismo do **S2 Jorge Anderson Souza Neves**, ao mesmo passo que souberam da ocorrência do roubo das armas na Base Aérea, procedendo a uma breve inquirição. No curso desta, o **S2 Jorge** recebeu a ligação do **S2 Francisco de Assis** dando conta de que a subtração fora exitosa, conversa esta ouvida pelos Policiais Militares, não tendo mais como negar sua participação no crime, sendo conduzido à Base Aérea onde relatou toda a dinâmica apresentada, inclusive com a atribuição de autoria ao **S2 Francisco de Assis**, que comparecera ao quartel em virtude de acionamento de plano de chamada, sendo ambos presos em flagrante delito.

Urge esclarecer que os três fuzis foram recuperados, em 25 de maio de 2016, por força da atuação conjunta da Polícia Judiciária Militar e das Forças de Segurança, em um saco cheio de cal, na Comunidade 7 de Setembro, no Grande Bom Jardim, nesta Capital, não havendo novas prisões nessa ocasião.

Pelo acima narrado, verifica-se inequívoca a materialidade do delito, fazendo-se necessário, no entanto, evidenciar os elementos que indicam a autoria (em sentido lato) dos quatro primeiros denunciados.

Em relação ao **S2 Francisco de Assis Silva da Costa** e ao **S2 Jorge Anderson Souza Neves** a autoria está seguramente indicada pelos elementos constantes no auto de prisão em flagrante delito lavrado contra os dois que, aliás, confessaram o delito.

Destaca-se que é possível extrair que o **S2 Francisco de Assis**, além de executar a conduta nuclear, foi um dos arquitetos do plano, promovendo e organizando a cooperação no crime, posto que foi ele quem convidou o **S2 Jorge Anderson** para a empreitada criminosa dando-lhe as atribuições específicas. Também formulou convite para ingresso no crime ao **S2 José Robson Alves de Castro**, que não aderiu ao projeto criminoso, mas também não levou o fato ao conhecimento de seus superiores.

Extrai-se, igualmente, que o **S2 Jorge Anderson Souza Neves** tomou a decisão de praticar o delito diante da promessa de recompensa, já que receberia R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ou R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela sua atuação.

No que concerne a **Paulo de Oliveira Braga**, sua autoria é segura diante da narrativa apresentada por **Jorge Anderson Souza Neves** no corpo do auto de prisão em flagrante delito, referindo-se sempre ao autor de alcunha “zé”, que não conhecia até o momento da prática delitiva, como um dos mais agressivos na empreitada. Em reconhecimento de pessoa (fotográfico), o **S2 Jorge Anderson** reconhece **Paulo de Oliveira Braga** como o autor apelidado de “zé”, trazendo-o como autor do fato.

Finalmente, **Jonathan Matos Serpa**, ex-militar da Aeronáutica, foi trazido como autor mediato do fato também no depoimento do **S2 Jorge Anderson**. Embora não tenha efetivamente entrado na Unidade Militar e subtraído os armamentos e munições, ajudou, com seu conhecimento do sítio, a planejar a ação, tendo a incumbência de promover a fuga ao final, o que não fez, repita-se, por razão até agora ignorada. Inequivocamente, se assim se preferir, tinha ele, embora não executor, domínio fático da situação, portanto, respondendo pelo delito praticado.

Em maior ou menor grau – o que será relevante apenas na discussão da dosimetria da pena em eventual instauração da ação penal militar e consequente condenação – os quatro primeiros denunciados, em conclusão, podem ter a eles, nos termos do art. 29 do Código Penal Militar, imputado o resultado verificado no crime, de sorte que devem responder pela prática da subtração, em concurso de mais de duas pessoas, com ameaça perpetrada por arma de fogo e contra vítimas no desempenho de serviço de natureza militar, conforme se constata na escala de serviço apensada ao Ofício nº 7/IPM/2016.

Adicione-se, ao que até aqui se narrou, a existência de conduta penalmente relevante no comportamento do quinto e sexto denunciados, respectivamente, **S2 José Robson Alves de Castro** e **S2 Wildyrson de Menezes Silva**.

O **S2 José Robson Alves de Castro**, militar da ativa, não estava de serviço no dia do delito e não praticou a conduta nuclear, mas foi insistentemente assediado pelo **S2 Francisco de Assis Silva da Costa** a tomar parte no crime, isso com antecedência considerável, que lhe permitiria levar o fato ao conhecimento de seus superiores, o que seria eficaz a impedir a ação criminosa.

Sua omissão, ressalte-se, conhece causalção (nexo de causalidade) normativa, especificamente com amparo no § 2º do art. 29 do Código Penal Militar que sacramenta que a “omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência”.

Seguramente, conhecendo o plano que estava sendo arquitetado com antecedência, poderia adotar providências para obstá-lo, com a simples comunicação a seus superiores, não lhe bastando como escusa o simples temor de que algo pudesse acontecer consigo ou com sua família.

Mas isso não é suficiente. Deve-se também averiguar, para a aplicação do citado artigo do Código Penal Militar, se havia um dever de comunicação ao superior, obtendo-se resposta em sentido afirmativo quando se analisa o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, instituído pelo Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, especificamente o disposto no número 79 do art. 10, que consigna como transgressão disciplinar “deixar de comunicar ao superior imediato, ou na ausência deste a outro, qualquer informação sobre iminente perturbação da ordem pública ou da boa marcha do serviço, logo que disso tenha conhecimento”.

A *contrario sensu*, ao transformar essa conduta omissiva em transgressão disciplinar, o arcabouço normativo – a lei, já que predomina o entendimento de que o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica foi recepcionado pelo inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal com força de lei ordinária – exige a conduta contrária, de maneira que se pode afirmar que há um dever de todo militar da Aeronáutica de comunicar ao superior imediato qualquer indício de que possa haver perturbação da ordem pública, o que traz ao quinto denunciado, **S2 José Robson Alves de Castro**, a condição de garante, portanto, alcançado também pela responsabilização penal do fato em descrição.

Igualmente garante era o **S2 Wildyrson de Menezes Silva**, que, no momento do roubo das armas estava no seu quarto de hora no Posto de Serviço NI-06, viu a ação criminosa e, mesmo possuindo sistema de alarme, portando armamento alimentado e carregado, ficou-se inerte, permitindo, inclusive, que fosse rendido pelos criminosos.

Poderia, seguramente, ter agido para obstar a execução e consumação do crime, não o fazendo, como relata, “por decisão própria”, evidenciando-se, portanto, omissão dolosa.

Para complementar o preenchimento do § 2º do art. 29 do Código Penal Militar, a imposição de ação que lhe dava a condição de garante vem do Regulamento Interno dos Serviços da Aeronáutica, instituído pelo Decreto nº 40.043, de 27 de setembro de 1956, especialmente da leitura do nº 37 do art. 3º, art. 69, art. 71, alíneas “a”, “c” e “d” do nº 12 do art. 73 e alínea “c” do nº 13 do art. 73 desse Regulamento.

Em conclusão, evidentes estão a autoria e a materialidade do delito em relação aos seis denunciados, de maneira que praticaram eles, conforme acima descrito, o delito de roubo, com subsunção específica na seguinte conformidade:

(...)

5. **S2 José Robson Alves de Castro:** roubo (art. 242 do CPM), sob a forma de participação por omissão (§ 2º do art. 53 do CPM), devendo também a ele serem aplicadas, a *contrario sensu* do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, as causas especiais de aumento de pena diante da grave ameaça com emprego de arma (inciso I do § 2º do art. 242 do CPM), pelo concurso de duas ou mais pessoas (inciso II do § 2º do art. 242 do CPM) e em razão de vítimas estarem em serviço de natureza militar (inciso IV do § 2º do art. 242 do CPM) e a circunstância agravante genérica pela maneira dissimulada na prática do crime, posto que não de caráter pessoal, encontrando, por fim, tipicidade indireta nas alíneas “a” e “e” do inciso II do art. 9º do CPM;

6. **S2 Wildyrson de Menezes Silva:** roubo (art. 242 do CPM), sob a forma de participação por omissão (§ 2º do art. 53 do CPM), devendo também a ele serem aplicadas, a *contrario sensu* do disposto no § 1º do art. 53 do CPM, as causas especiais de aumento de pena diante da grave ameaça com emprego de arma (inciso I § 2º do art. 242 do CPM), pelo concurso de duas ou mais pessoas (inciso II do § 2º do art. 242 do CPM) e em razão de vítimas estarem em serviço de natureza militar (inciso IV do § 2º do art. 242 do CPM) e a circunstância agravante genérica pela maneira dissimulada na prática do crime, posto que não de caráter pessoal, encontrando, por fim, tipicidade indireta nas alíneas “a” e “e” do inciso II do art. 9º do CPM.

(...).

O Juiz-Auditor Substituto, por Decisão proferida em 9/6/2016, rejeitou a Denúncia com base nos seguintes argumentos:

(...)

IV – DA REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA

(...)

Trata-se de imputação de omissão imprópria, na modalidade participação, no crime de roubo majorado consumado, dando-os como incurso nas sanções do artigo 242, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o artigo 70, inciso II, alínea “e”, c/c o artigo 53, § 2º, todos do CPM.

Conforme a doutrina leciona, existem crimes omissivos próprios e impróprios (ou comissivos por omissão). Em síntese, nos crimes omissivos próprios responde o agente por sua omissão, independentemente do resultado (é o caso do crime 297 do CPM). Já nos crimes omissivos impróprios, o omitente é responsabilizado pelo próprio resultado naturalístico, a título de dolo ou culpa (dependendo do viés volitivo de sua omissão).

Mas a mera inércia não é suficiente para a caracterização do crime omissivo impróprio, pois a omissão só é “relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

O fundamento é o § 2º do art. 29 do Código Penal Militar que ainda especifica que “o dever de agir incumbe a quem **tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância**; a quem de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da sua superveniência”.

O que o CPM deseja nessas hipóteses é que o agente atue, pelo menos, tentando impedir o resultado. Ou seja, torna-se um “garantidor” ou “garante” da não causação do resultado.

Da análise da norma em comento, verifica-se, assim, que os crimes omissivos impróprios apresentam 2 (dois) requisitos básicos: dever de agir e poder agir, para só então ser o agente responsabilizado pelo resultado material do crime.

O nexa causal é jurídico, que é o dever legal de agir específico, que, na hipótese dos autos, foi imputado pela obrigação legal de proteção e vigilância.

Portanto, ao se deparar com suposta omissão, o intérprete deverá efetuar dois questionamentos básicos: 1) Havia um dever legal de agir? Fundado em qual das hipóteses do § 2º do art. 29 do Código Penal Militar? 2) O omitente efetivamente podia agir?

Analisemos, pois.

Da conduta do soldado José Robson Alves de Castro

O soldado José Robson Alves de Castro foi denunciado pelo crime na modalidade de participação por omissão, considerando que fora asse-diado pelo Sd Assis para participar do referido crime e, por manter-se inerte, teria deixado de levar o fato o conhecimento dos seus superiores, a fim de impedir a ação criminosa.

Ocorre que a conduta descrita não se encaixa na hipótese de participação por omissão, tampouco revelou substrato para a instauração de uma ação penal.

Em que pese a sedutora tese fornecida pelo douto membro do MPM, no caso vertente, de omissão imprópria, a conduta denunciada não encontra tipicidade na norma de extensão do § 2º do art. 29 do Código Penal Militar, vez que não há situação de garantidor para a não consumação do crime de roubo.

Para tentar subsumir o fato, o MPM citou o tipo de transgressão contida no número 79 do art. 10 do Regulamento Disciplinar da Aero-náutica (RDAER), instituído pelo Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, que assim giza:

“Art. 10. Nr 79 - deixar de comunicar ao superior imediato, ou na ausência deste a outro, qualquer informação sobre iminente perturbação da ordem pública ou da boa marcha do serviço, logo que disso tenha conhecimento;”

De antemão, não se discute aqui a possibilidade de uma norma regulamentar integrar o tipo de extensão do § 2º do art. 29 do Código Penal Militar, vez que a obrigação “por lei” é considerada em sentido amplo, a partir da teoria das fontes, permitindo que outras normas do ordenamento jurídico embasem o dever de atuação do garante. No caso, perfeitamente possível um dever legal pelo Regulamento Disciplinar que, inclusive, foi recepcionado com força de lei em sentido estrito.

Por outro lado, é evidente que a norma do RDAER não é específica para que o agente se torne garante da não consumação do crime de roubo, naquelas condições (fora do serviço e assediado para cometer o crime de roubo), lhe impondo o dever necessário de comunicar aos seus superiores, e que essa eventual comunicação fosse causa obstativa a impedir o crime. Não tem densidade material de norma penal, nem constitui norma de garantia específica em termos penais.

Ainda que se infira da supracitada norma um dever de solidariedade destinado aos militares para impedir condutas ilícitas, não tem ela o poder de transformar tal dever de solidariedade em um dever específico de proteção ou vigilância de todos os bens jurídicos da sociedade, sujeitando o militar a um enquadramento penal. Aceitar esta hipótese faria com que todos os militares fossem garantes permanentes de todos os bens jurídicos e estivessem, a todo momento, passíveis de ingressarem na condição de réus.

A redação da norma só permite inferir, no máximo, uma conduta omissiva de transgressão disciplinar, dada a largueza do texto e o expressivo recheio de “conceitos jurídicos indeterminados” como: “iminente perturbação da ordem pública”, “boa marcha do serviço”.

Dessa forma, a norma transgressional da forma como redigida só serve efetivamente ao ensejo da punição disciplinar, a partir da discricionariedade administrativa, mas não pode fundamentar uma intervenção penal.

Ao comentar a omissão imprópria, Figueiredo Dias (2007, p. 924) diz que é indispensável a busca de uma “determinação rigorosa dos deveres de garantia” e de um “catálogo mais estrito e determinado possível”. Não admite, portanto, cláusulas gerais, mais ou menos indeterminadas, que faça perder o conteúdo material.

Trata a norma do RDAER, portanto, apenas de um dever militar genérico de delação obrigatória de condutas ilícitas ou perturbadoras, que não pode ensejar responsabilidade penal pela não evitação dos resultados daquelas condutas ilícitas. Nada mais.

Nem mesmo pode-se inferir dessa norma um possível preenchimento de outros tipos penais de omissão própria, como prevaricação (art. 319 do CPM) ou inobservância de lei, regulamento ou instrução (art. 324

do CPM), vez que não há delimitação de um dever jurídico de agir geral a soldado S2 temporários, sem ligação com função ou cargo específico, no sentido de comunicação de crimes que estejam em formação, e que só eventualmente tais ações repercutiriam no impedimento dos crimes.

Ainda que se ventilasse a incidência normativa do art. 243 do CPPM, que diz que “Qualquer pessoa **poderá e os militares deverão prender quem** for insubmisso ou desertor, **ou seja, encontrado em flagrante delito**”, não poderia haver crime na hipótese, capaz de instaurar a ação penal em face do denunciado. Isto porque o fato de o Sd Assis tentar cooptar o Sd José Robson não caracterizaria um crime, muito menos um flagrante. Trata-se de ato preparatório e, portanto, fora do início da execução penal (art. 53 do CPM).

Ademais, entendo totalmente descabida a posição de garantidor àquele que não tem o domínio do fato, ou seja, que não pode intervir no caso concreto e impedir o crime com a sua mera delação. O garantidor tem que ser aquele cuja conduta tenha probabilidade de evitar o crime de que se trata. Ainda que tivesse o soldado denunciado um dever específico de garantidor no caso, vê-se que a sua delação aos superiores redundaria em mera possibilidade de repressão ao crime, mas não geraria efetiva probabilidade da repressão, por inúmeros motivos. O crime ocorrido no dia 20 de maio poderia ou não ser evitado, a partir da mera informação de um planejamento aos superiores, que poderiam ficar inertes ou não, ou cujas ações fossem inócuas ou não, dentre outros fatores aleatórios de sucesso ou insucesso.

Neste sentido, parcela da doutrina resumida por Paulo César Busato (2013, p. 296), assim discorre:

“A ideia fundamental é a de filtrar os critérios fixados pela lei através de dois outros critérios fundamentais, quais sejam, **a guarda de um bem jurídico concreto** (criadora de deveres de proteção e assistência) e o **domínio material sobre uma fonte de perigo** (determinante de deveres de **segurança e controle**). Ambos estão contidos, para Schunemann, em uma ideia geral do controle sobre a origem do resultado (*herrschaft über den Grund des erfolges*), onde aparece claramente o perfil de aproximação com a ideia de domínio do fato.” (grifos e negritos pelo autor)

E após dilação argumentativa, prossegue: “Nesse sentido, parece mais correta a solução de que o resultado **não será imputável** se a diminuição do risco aparece como algo possível tão somente segundo uma consideração *ex ante*, mas será imputável se, também segundo uma consideração **ex post**, se comprovar que aquela diminuição se teria efetivamente verificado.” (Busato, 2013, p. 297).

Reforçam-se tais argumentos, pelo fato de que a interpretação para a tipificação da omissão imprópria deve ser restritiva, já que há uma potencial violação do princípio da taxatividade penal, com a incidência da tipicidade indireta, a partir da extensão do art. 29, § 2º, do CPM. Somente quando cristalino em tese o dever de agir, tornando o agente um verdadeiro e indiscutível garante, torna-se possível o recebimento da denúncia. Do contrário, revela-se o fato atípico.

A questão, portanto, não está no confronto de dúvida sobre os elementos de prova, que pesariam “pro societate” ou “pro reo”. Está na formulação da tipicidade em tese do crime omissivo impróprio, pela ausência do dever pacífico e legal de agir no caso concreto.

Portanto, demonstrada a inviabilidade da denúncia pela ausência do primeiro requisito da tipicidade do fato (dever de agir), desnecessário verificar o suprimento da configuração do segundo requisito: o poder agir.

Da conduta do soldado Wildyrson de Menezes Silva.

Em relação ao denunciado Wildyrson de Menezes Silva (S2 Wildyrson), o MPM aponta os elementos da sua suposta omissão, considerando que no momento do roubo estava de serviço no quarto de hora no Posto NI-06, presenciou toda a ação criminosa e, mesmo tendo sistema de alarme à disposição, além de armamento alimentado e carregado, deixou de agir para evitar o roubo, ancorando-se no relato do próprio militar de que não o fez “por decisão própria”.

Como dito acima, para a verificação da omissão imprópria, há que se preencher o tipo penal de extensão do § 2º do art. 29 do Código Penal Militar, cujos requisitos duplos são o “dever” e o “poder” de agir para evitar o resultado.

Como se trata de cognição sumária em juízo prelibatório de recebimento da denúncia, a verificação da tipicidade não exige prova contundente. Todavia, há que se demonstrar os elementos mínimos de participação do acusado na empreitada criminosa.

Não há dúvidas de que a condição do denunciado era de “garante” da não causação do resultado, considerando que era sentinela da hora, cuja missão precípua imposta pela norma (Lei e Regulamento) seria exatamente a de vigiar e defender os paíóis e a segurança do pessoal de serviço que ali repousava. Isto ficou claramente evidenciado nos autos e na escoreita narrativa do MPM.

Nesse caso, em tese, o denunciado deveria agir para impedir o resultado do crime, perfazendo-se o primeiro requisito da tipicidade.

Por outro lado, não há justa causa para o recebimento da denúncia, posto que a alegação ministerial lastreada na frase do denunciado de que não agiu “por decisão própria” é um elemento insuficiente a sustentar a acusação, e justificar o descumprimento do segundo requisito da imputação, qual seja, o “poder agir” para evitar o resultado.

Inicialmente, cabe ressaltar que na coleta de depoimentos do APF a Polícia Judiciária não explorou totalmente o contexto da “decisão própria” do Soldado em deixar de empregar a arma que teria carregado momentos antes. O Presidente do flagrante poderia ter aprofundado os eventuais motivos e circunstâncias dessa “decisão”, mas não o fez, nem no momento dos depoimentos, nem em momento posterior, antes da remessa do APF no quinquídio legal.

Ressalte-se que seria devido apurar indícios de uma impossibilidade fática ou de uma explicação convincente, a obstar a sua atuação.

Ficou patente nos depoimentos dos ofendidos, do próprio Soldado Wildyrson e dos dois flagranteados, que houve rendição do Cabo do Paiol, Cb BSP Edmilson de Lima Barros, e dos outros dois soldados que estavam no alojamento. A rendição se deu com armas de fogo e colocação das suas vidas em risco.

Tal circunstância, por si só, é capaz de inferir a extrema dificuldade do cenário de crise. Ainda que o denunciado pudesse atuar livremente, atirando em direção aos roubadores ou acionando alarmes, é cristalino e claramente dedutível o eventual risco de efeitos colaterais sobre os militares rendidos, considerando o efetivo de 3 (três) meliantes presentes.

Também não se apurou quais sistemas de alarme dispunha o denunciado, além da sirene local para acionar o Cabo da Guarda e que foi acionada na ocasião. A mesma dúvida reina sobre a possibilidade de alarme efetivo a outros setores da guarda do quartel, sem os riscos dos efeitos colaterais citados.

Portanto, mesmo sem qualquer análise mais técnica ou profunda, nota-se que algumas circunstâncias precisariam ser apuradas e registradas nos autos, e que eventualmente levariam à conclusão indiciária sobre a possibilidade de reação do denunciado e as circunstâncias pelas quais se deixou render, tais como: a posição da sentinela; a sua distância dos roubadores; a visibilidade que tinha do local da rendição dos outros militares; a existência ou não de obstáculos em uma possível linha de tiro; a possibilidade ou efetividade de sucesso na execução de disparos pela sentinela; a probabilidade de que a reação da sentinela deflagrasse reação contrária dos meliantes; a existência de alarmes e de comunicação no posto; o modo pelo qual o denunciado foi rendido e entregou o seu armamento e, principalmente, investigar o motivo citado pelo denunciado que o fez recuar de uma reação com o seu armamento já carregado e pronto para os disparos.

Ressalte-se que nada disso foi verificado, ainda que minimamente.

Logicamente que se essa possibilidade teórica de reação fosse verificada, não se poderia desconsiderar o grau de treinamento da sentinela, experiência, maturidade, nervosismo e outros fatores do *modus operandi* na cena do crime, eventualmente mais complexos de apuração. No entanto, já se poderia visualizar se o denunciado teria, em tese, possibilidade de reação, de modo a justificar ou não uma ação penal.

Sabe-se, ainda, que foi instaurado IPM vinculado às conclusões do APF para dar continuidade às investigações do fato, o qual continua em execução. Nada obstante, também não constam diligências nesse sentido apresentadas junto com a denúncia.

Por fim, não consta pedido de diligências complementares pelo MPM para amadurecer e oferecer eventual aditamento à denúncia no momento adequado, com as circunstâncias devidamente apuradas. Como é cediço, requisitar diligências é uma das possibilidades conferidas pela lei processual penal castrense, antes de oferecer denúncia ou promover o arquivamento.

Em suma, o dolo precisaria estar evidenciado a partir das circunstâncias do caso concreto, desde que este contexto tivesse o mínimo de elementos a sustentar uma acusação. Mormente no caso de omissão imprópria, a tipicidade indireta, a partir da extensão do art. 29, § 2º, do CPM, requer maior segurança para o seu enquadramento.

Neste ponto a denúncia é materialmente inepta, pela ausência de justa causa, que na definição doutrinária, “consiste na ausência de qualquer **elemento indiciário** da existência do crime ou de sua **autoría**. É a justa causa, que a doutrina tem enquadrado como interesse de agir, significando que, para ser recebida, a inicial deve vir acompanhada de um suporte probatório que demonstre a idoneidade, a verossimilhança da acusação” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 203). (Grifo nosso).

Em um Estado Democrático de Direito não se pode instaurar ação penal sem causa concreta que a justifique, a partir de elementos apenas deduzidos ou imaginados. O Estado-acusador precisa mover-se no sentido de apresentar e deixar claros os indícios mínimos que correm contra o acusado.

Afinal, “O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 149).

Principalmente na seara militar, cuja filosofia é pautada na expressão das virtudes e valores, esse fardo processual se potencializa pelas consequências negativas à vida cotidiana e ao prosseguimento da carreira profissional.

(...)

Sem desmerecer os diligentes trabalhos da Polícia Judiciária e do Ministério Público Militar, deixo de receber a denúncia oferecida em desfavor de **José Robson Alves de Castro**, tendo em vista a falta de tipicidade penal da sua conduta, (art. 30, a), do CPPM c/c art. 395, II, do CPP) e, em desfavor de **Wildyrson de Menezes Silva**, tendo em vista a falta de justa causa para a acusação, (art. 3º, a), do CPPM c/c art. 395, III do CPP).

(...). (fls. 287/299).

Irresignado, o *Parquet* das Armas, em 15/6/2016, interpôs Recurso em Sentido Estrito (fl. 300), argumentando em razões de fls. 302/343, em síntese, que, apesar de o S2 JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO não estar de serviço no dia do delito e não ter praticado a conduta nuclear, foi insistentemente assediado pelo S2 FRANCISCO DE ASSIS SILVA DA COSTA a tomar parte no crime, com antecedência suficiente para comunicar os fatos a seus superiores e impedir a ação criminosa. Assim, tal omissão teria nexos causal previsto no § 2º do art. 29 do CPM que prescreve que a “omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir

incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência”. Prosseguindo, afirmou o *Parquet* que não se serve como escusa o simples temor de que algo pudesse acontecer consigo ou com sua família, uma vez que o temor exculpante deve ser demonstrado durante a instrução criminal; que, de acordo com o RDAER, art. 10, nº 79, configura-se como transgressão disciplinar “deixar de comunicar ao superior imediato, ou na ausência deste a outro, qualquer informação sobre iminente perturbação da ordem pública ou da boa marcha do serviço, logo que disso tenha conhecimento”; que, como é dever do militar, na condição de garante, é alcançado também pela responsabilização penal do fatos em descrição.

Já com relação ao S2 WILDYRSON DE MENEZES SILVA, argumentou o MPM que o militar igualmente era garante, pois, no momento do roubo das armas, estava no seu quarto de hora no Posto de Serviço e viu a ação criminosa e, mesmo tendo a possibilidade de acionar o alarme e ter reação, já que estava portando armamento alimentado e carregado, quedou-se inerte, permitindo sua rendição pelos criminosos. Aduziu ainda o MPM que poderia ter agido para obstar a execução e consumação do crime, não assim agindo, como relata, “por decisão própria”, evidenciando-se, portanto, omissão dolosa, para complementar o preenchimento do § 2º do art. 29 do CPM, a imposição do art. 3º, art. 69, art. 71, “a”, “c” e “d” do nº 12 do art. 73 e art. 73, nº 13, c) e art. 37, tudo do Regulamento Interno de Serviço da Aeronáutica.

A Defesa do S2 WILDYRSON DE MENEZES SILVA, em Contrarrazões (fls. 355/359), argumentou que o Denunciado não teve a mínima chance de agir, não tendo o *Parquet* apresentado prova alguma da participação do S2 WILDYRSON, que o Acusado foi pego de surpresa com uma arma apontada para sua cabeça. Ao final requereu que seja negado provimento ao Recurso.

Já a DPU, patrocinando a Defesa do S2 JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO, em Contrarrazões (fls. 363/367), argumentou que não houve demonstração denexo causal; que o art. 10, nº 79, do RDAER é muito genérico para a caracterização do S2 JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO como garante. Concluiu requerendo a improcedência do Recurso ministerial.

Pela Decisão de fls. 369/372, em Juízo de Retratabilidade, o Juiz-Auditor Substituto manteve a Decisão recorrida.

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, pelo parecer de fls. 392/395, subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA, pronunciou-se pelo provimento do presente recurso.

Ao ser intimada sobre a colocação do processo em mesa, a DPU requereu a designação de data para realização de sustentação oral (fls. 405/407), sendo designado o dia 29/11/2016 para o julgamento.

Pelo Despacho de fl. 412, homologuei o pedido formulado pelo Dr. Afonso Carlos Roberto do Prado de desistência para a realização de sustentação oral. A DPU e a PGJM foram comunicadas (fls. 414 e 415).

A SEJUD certificou que o Dr. Kayris Motta Nascimento, Advogado constituído, foi notificado acerca da homologação de desistência do pedido de sustentação oral formulado pela DPU do presente feito. Certificou, ainda, que o mencionado causídico declarou que não realizaria sustentação oral (fl. 413).

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público Militar, contra a Decisão do Juiz-Auditor Substituto da Auditoria da 10ª CJM que rejeitou a Denúncia oferecida contra **JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO e WILDYRSON DE MENEZES SILVA**, Sds Aer, como incursos no art. 242, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o art. 53, § 2º, ambos do CPM.

O Recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

O Magistrado fundamentou a Decisão do não recebimento da Exordial Acusatória com relação ao Sd **JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO**, argumentando que a mera inércia não é suficiente para a caracterização do crime omissivo impróprio; que o Sd **JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO** fora assediado pelo Sd **ASSIS** para participar do crime e se negou, deixando, contudo, de levar o fato ao conhecimento dos seus superiores. Segundo o magistrado, tal conduta não se encaixaria na hipótese de participação por omissão, não revelando substrato para a instauração de uma ação penal, uma vez que a condição de garante não ficou caracterizada.

Nas razões de decidir, afirmou o Juiz-Auditor que o Réu não estava de serviço no dia dos fatos; que, da conduta praticada pelo Agente em questão, só permitiria inferir, no máximo, uma conduta omissiva de transgressão disciplinar, uma vez que o art. 10, nº 79, do RDAER é muito amplo e cheio de conceitos jurídicos indeterminados como “iminente perturbação da ordem pública”, “boa marcha do serviço”, e que a interpretação para a tipificação da omissão imprópria deve ser restritiva, já que há uma potencial violação do princípio da taxatividade penal; que seria inviável a Denúncia, pela ausência do primeiro requisito da tipicidade do fato (dever de agir).

Já com relação à conduta do Sd **WILDYRSON DE MENEZES SILVA**, fundamentou o Magistrado a referida decisão asseverando: que, apesar de o Denunciado ter deixado de agir para evitar o roubo, estando na função de sentinela, e de ter declarado que agiu “por decisão própria”, é imprescindível que se demonstrassem os elementos mínimos de participação do Acusado na empreitada criminosa, mesmo que não houvesse dúvidas sobre a sua condição de “garante”. O magistrado decidiu que não havia justa causa para o recebi-

mento da Denúncia, uma vez que a afirmação de que o militar teria agido “por decisão própria” seria elemento insuficiente a sustentar a acusação. Acrescentou que a Polícia Judiciária não explorou o contexto da “decisão própria”; que deveria ter sido aprofundada a investigação acerca dos eventuais motivos e circunstâncias dessa “decisão”, sendo que ficou patente nos depoimentos dos Ofendidos, do próprio Sd **WILDYRSON** e dos dois Flagranteados que houve rendição do Cabo do Paiol, Cb BSP **EDMILSON DE LIMA BARROS**, e dos outros dois soldados que estavam no alojamento. Segundo a decisão do magistrado, tal rendição se deu com armas de fogo e colocação das suas vidas em risco, já que tal circunstância, por si só, já demonstraria a dificuldade do cenário de crise; que, ainda que o Denunciado pudesse atuar livremente, atirando em direção aos roubadores ou acionando alarmes, seria claramente dedutível o eventual risco de efeitos colaterais sobre os militares rendidos. Por fim, decidi que o dolo precisaria estar evidenciado a partir das circunstâncias do caso concreto, desde que o contexto tivesse o mínimo de elementos a sustentar uma acusação, e que a Denúncia seria materialmente inepta pela ausência de justa causa, já que, na definição doutrinária, inexistiria qualquer elemento indiciário da existência do crime ou de sua autoria, não se podendo instaurar ação penal sem causa concreta que a justificasse a partir de elementos apenas deduzidos ou imaginados.

De outro lado, os principais argumentos do MPM para interpor o presente recurso em relação ao **S2 JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO** são que o militar soube do planejamento do crime com antecedência e deixou de comunicar os fatos a seus superiores hierárquicos, deixando, portanto, de impedir a ação criminosa. Segundo o MPM, tal fato foi “omissão relevante como causa”, pois o omitente devia e poderia ter agido para evitar o resultado, já que, de acordo com RDAER, art. 10, nº 79, configura-se como transgressão disciplinar deixar de comunicar ao superior imediato qualquer informação sobre iminente perturbação da ordem, logo que disso tenha conhecimento, pois, como é dever do militar, a condição de garante é alcançada também pela responsabilização penal dos fatos em descrição.

Já no tocante ao **S2 WILDYRSON DE MENEZES SILVA**, sustenta o MPM que o militar, também na condição de garante, no dia dos fatos estava em seu quarto de hora no posto de serviço, viu a ação criminosa e ficou-se inerte, permitindo sua rendição pelos criminosos, caracterizando a omissão dolosa, para complementar o preenchimento do § 2º do art. 29 do CPM.

Razão não assiste ao MPM.

De acordo com o art. 30 do CPPM, a Denúncia deve ser apresentada sempre que houver prova de fato que, em tese, constitua crime e indícios de autoria.

No presente caso, ao menos um dos requisitos não foi preenchido, senão vejamos.

Não resta dúvida acerca da gravidade dos fatos ocorridos na Base Aérea de Fortaleza, relacionados ao roubo de armamentos e munições. Na ação criminosa estavam envolvidos os seguintes Agentes, conforme relato da própria Denúncia:

Segundo se apurou, os quatro primeiros denunciados, ou seja, **S2 Francisco de Assis Silva da Costa, S2 Jorge Anderson Souza Neves, Paulo de Oliveira Braga e Jonathan Matos Serpa**, juntamente com duas outras pessoas ainda não identificadas, dias antes, planejaram o crime de maneira a atribuir tarefas específicas a cada um dos consortes (...)

Pormenorizando a conduta de cada um dos integrantes, o denunciado **S2 Jorge Anderson Souza Neves**, utilizando o veículo pertencente ao primeiro denunciado, **S2 Francisco de Assis Silva da Costa**, (...) ingressou na Base Aérea de Fortaleza (BAFz), trazendo em seu interior, escondidos no porta-malas e no banco traseiro, quatro indivíduos, a saber, o próprio **S2 Francisco de Assis Silva da Costa, Paulo de Oliveira Braga** e dois outros com identidade ainda ignorada, apenas alcunhados na empreitada de “Chicó” e “Chico”.

(...)

Destaca-se que é possível extrair que o **S2 Francisco de Assis**, além de executar a conduta nuclear, foi um dos arquitetos do plano, promovendo e organizando a cooperação no crime, posto que foi ele quem convidou o **S2 Jorge Anderson** para a empreitada criminosa dando-lhe as atribuições específicas. Também formulou convite para ingresso no crime ao **S2 José Robson Alves de Castro**, que não aderiu ao projeto criminoso, mas também não levou o fato ao conhecimento de seus superiores.

Extraí-se, igualmente, que o **S2 Jorge Anderson Souza Neves** tomou a decisão de praticar o delito diante da promessa de recompensa, já que receberia R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ou R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela sua atuação.

No que concerne a **Paulo de Oliveira Braga**, sua autoria é segura diante da narrativa apresentada por **Jorge Anderson Souza Neves** no corpo do auto de prisão em flagrante delito (...).

Finalmente, **Jonathan Matos Serpa**, ex-militar da Aeronáutica, foi trazido como autor mediato do fato também no depoimento do **S2 Jorge Anderson**. Embora não tenha efetivamente entrado na Unidade Militar e subtraído os armamentos e munições, ajudou, com seu conhecimento do sítio, a planejar a ação, tendo a incumbência de promover a fuga ao final, o que não fez, repita-se, por razão até agora ignorada. Inequivocamente, se assim se preferir, tinha ele, embora não executor, domínio fático da situação (...).

Assim, como se observa nos trechos da Denúncia acima transcritos no tocante aos quatro primeiros Denunciados, em relação aos quais a Exordial Acusatória foi recebida pelo Juiz-Auditor Substituto, as condutas são descritas pelo MPM de forma pormenorizada. Os quatro Denunciados, juntamente com

mais dois autores chamados pelos copartícipes de “Chico” e “Chicó”, planejaram meticulosamente toda a ação criminosa, dividiram entre eles as tarefas a serem executadas e preestabeleceram a divisão dos valores a serem obtidos com o fruto do roubo.

O mesmo não acontece com os Recorridos, o **S2 JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO** e o **S2 WILDYRSON DE MENEZES SILVA**. Em nenhum momento a Denúncia atribui a eles qualquer ato de planejamento, preparação ou execução da ação criminosa, tampouco se houve promessa de vantagem financeira posterior aos Recorridos.

De igual modo, nos depoimentos produzidos no Auto de Prisão em Flagrante, não há qualquer menção à participação dos Soldados **JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO** e **WILDYRSON DE MENEZES SILVA**. Iniciando pelos depoimentos dos Flagranteados, é de se observar que eles descrevem os fatos com riquezas de detalhes, nomeando todos os autores e, apesar da insistência do Presidente do Flagrante, por diversas vezes negam a participação ou o conhecimento dos fatos por qualquer outro militar, como adiante se vê:

Flagranteado **JORGE ANDERSON SOUZA NEVES** (fls. 21/24):

(...) respondeu que na quinta-feira, dia 19 de maio de 2016, estava na faxina e comentou com o S2 que precisava de R\$ 500,00 para pagar o cursinho preparatório da AMT da Caucaia, ele respondeu que não tinha; que antes das cinco e meia da tarde ele ligou e foi perguntado se havia arranjado o dinheiro respondeu que não, mas que ele dava para arrumar se fizesse um trabalho para ele; combinou então de ir ao Posto Carioca e de lá foi até a casa dele, então o S2 ASSIS falou o que tinha para fazer que era só colocar ele e mais três caras dentro da Base; então ontem ele colocou os três caras dentro do porta-malas perto da Base Aérea de Fortaleza (...) que entrou na Organização Militar e deixou o pessoal em frente ao Hotel de Trânsito dos Graduados; perguntado se havia visto o rosto dos elementos respondeu que não lembra, não recorda; perguntado se vir a foto reconhece, afirmou que sim; que em seguida foi embora para sua casa, só que o S2 ASSIS ligou pedindo para ir lá para a Avenida do Aeroporto para esperar por ele; que quando ligou ele não atendeu; que ficou parado esperando a ligação e, nesse instante, chegou a Equipe do Raio; que falou para a Equipe do Raio tudo o que havia acontecido; que ficou ligando para o S2 ASSIS a pedido da Equipe do Raio e ele estava em casa (...) **perguntado se teve contato com alguma outra pessoa na Unidade respondeu que não**; informou que o S2 ASSIS disse que haveria um outro militar desta OM que iria participar do fato mas que havia desistido; perguntado se sabia o nome dos demais envolvidos no ocorrido informou que sabia apenas os apelidos que são “ZÉ”, “CHICÓ” e “CHICO” e esses três chamavam o S2 ASSIS pelo apelido de “TAFAREL”. (...) Perguntado se sabe se tem outro militar da Aeronáutica envolvido, ou se já serviu, respondeu que não. Asseverou que a Equipe do Raio pediu que ficasse calmo, colaborasse mentindo no telefonema com o S2 ASSIS. Disse que havia perguntado se havia dado certo e o mesmo afirmou que sim

e que o orientou que havia sido acionado o Plano de Reunião e que quando comparecesse a Base Aérea de Fortaleza era para ficar calado. Perguntado se quando deixou os elementos dentro da Base Aérea para onde eles foram, respondeu que eles foram em direção a lateral do rancho e que após isso se dirigiu ao Alojamento da Prefeitura e que parece que tinha uma pessoa que daria fuga para eles, mas parece que essa pessoa não foi e que o S2 ASSIS ligou novamente para o ANDERSON e solicitou que ele se dirigisse para a Avenida Carlos Jereissati, nos arredores do Posto NI-17. Perguntado quanto o S2 ASSIS tinha oferecido para colocar o pessoal aqui dentro falou que foi R\$ 5.000,00 (Cinco Mil Reais). Informou que não recebeu a quantia porque o S2 ASSIS disse que em três dias iria pagá-lo. (...) Perguntado se percebeu se havia no grupo alguém que chefiava respondeu que o S2 ASSIS que quando perguntavam na hora ele dava as instruções. **Perguntado se já ouviu na Base se existe outro grupo tentado perpetrar o mesmo fato respondeu que não.** Perguntado quando chegou na casa do S2 ASSIS quais eram os veículos que aguardavam para a ação respondeu que havia a sua moto e o veículo SIENA do S2 ASSIS. (...) Perguntado se deseja colaborar com mais algum dado respondeu que tudo que sabe havia dito neste momento. Perguntado se não estava contando tudo se seria porque estaria com receio de represálias respondeu tudo apesar de que ter sofrido ameaça de um dos indivíduos que não sabe precisar qual deles. Que a ameaça foi pessoalmente feita a ele. (...) Que o S2 ASSIS conhece os elementos do seu convívio. **Perguntado se havia comentado da proposta feita pelo S2 ASSIS disse que não havia falado com mais ninguém.** Perguntado se havia conversado pelo *whatsapp* com o S2 ASSIS respondeu que sim. Disse que o S2 ASSIS pediu umas presilhas e que não cogitou do que os caras iriam fazer. (...) Perguntado se teria mais alguma coisa para ser usada no seu benefício respondeu que poderia ter sido encontrado o ex-S2 PEREIRA, que já deu baixa, que era do BINFA-42, e sabe que quando ele estava na ativa todo mundo sabia que ele era envolvido, com roubo de carro. Acrescentou que o ex-Soldado SERPA iria fazer a fuga com um veículo SAVEIRO, aguardando na Avenida Carlos Jereissati perto do Posto-17. Disse que esse poderia também estar envolvido na fuga dos indivíduos, mas que não veio. Falou que ele telefonou para pedindo uma presilha no *watsapp*. Que combinou de se encontrariam no Posto Carioca e deu um traçado onde deveriam se encontrar. Que seguiu até um ponto que o ex-Soldado deu para o encontro. Que ao chegar o ex-Soldado SERPA saiu de uma casa e explicou o que gostaria de fazer. Que ele deveria ser colocado dentro da Base Aérea de Fortaleza. Que entrou no **carro com o S2 ASSIS onde estavam todos os partícipes e combinaram o plano que seria efetivado dentro da Base Aérea de Fortaleza.** Que em seguida todos vieram para a Base Aérea de Fortaleza, mas o ex-Soldado SERPA não veio junto com a turma. Que acha que o cabeça do bando é o ex-Soldado PEREIRA e que o S2 ASSIS foi o mentor do crime. Que sabe que na turma do PEREIRA foi uma das mais alteradas. Asseverou que em três dias o S2 ASSIS iria dar o dinheiro e que deu a entender que o assalto foi encomendado. Que o objeto do roubo era um fuzil para fazerem assalto. Que o S2 ASSIS disse que o pessoal que utiliza fuzil na equipe de serviço fica

mais relaxado. Que dentre os assaltantes o que fumava era o mais nervoso, de cor morena, de cavanhaque, com luzes no cabelo. Disse que quando estava chegando a Base Aérea de Fortaleza com todos os ocupantes, ocupou a direção do carro e houve uma mobilização dentro do mesmo e que o S2 ASSIS foi para o banco do passageiro. **Que abordaram dentro do veículo o plano para imobilização dos militares da garagem.** Que tinha sido ameaçado por um dos elementos que estavam no banco da frente. Que acha que o S2 ASSIS sabia quem estava de serviço porque como ele trabalha na garagem sabia quem estaria de serviço. Que queria ir ao Paiol para fazer o assalto e que ao chegar em frente a Base Aérea de Fortaleza ficou nervoso com tudo. (...) que de 0 a 10 sabe que o PEREIRA estaria com um 7 no envolvimento e que o SERPA estaria com o número 10. Que o S2 ASSIS falou que um militar do Hospital iria dar uma ajuda na fuga, mas que ele não foi. Perguntado qual seria o Setor que presume ser o militar da ativa seria do EIE ou do Hospital da Base Aérea de Fortaleza. Que o Soldado TÁVORA é muito envolvido com o S2 ASSIS pois ele anda muito com ele. Que o S2 ASSIS ofereceu ao militar da ativa o mesmo valor de cinco mil reais, mas que ele desistiu. (...) (grifos nossos).

Flagranteado **FRANCISCO DE ASSIS SILVA DA COSTA** (fls. 24/25):

(...) respondeu que estava passando por uma crise financeira e que conheceu um rapaz no Clube dos Cabos e Soldados, e que ele deu essa ideia, dizendo que ele não iria participar e que em cinco dias entregaria o dinheiro. Que há quatro meses conhece o ex-Soldado LUCAS e que há um mês atrás começou a falar dessas ideias e que estava precisando de dinheiro. Que falou que iria ficar perto e disse que já tinha duas pessoas e que faltava uma para botar para dentro. Foi quando o depoente chamou o S2 ANDERSON há dois dias atrás. Que tinha falado com o S2 ANDERSON no dia 17 de maio de 2016 convidando-o para participar do crime. Que o LUCAS ligou marcando o dia que ficou para sexta-feira. Que não deu certo na quarta-feira porque foram vistos pelo Soldado NOGUEIRA dentro do mato. Que nesse dia estava de serviço. Que o LUCAS combinou com seus dois colegas que seria na sexta e pediu para arranjar uma pessoa para botar para dentro. Que marcaram para se encontrar no Condomínio Miguel Arraes e de lá saíram. Que foi de carro para aquele local e chegando lá deu o carro para o ANDERSON. Que o pessoal era conhecido por "CHICO". Que somente tinha contato com o LUCAS. Que se reuniram, conversaram, que o ANDERSON veio dirigindo o carro. O LUCAS estava na frente e o depoente estava no banco de trás. (...) Que estavam vestidos de preto. Perguntado qual foi o momento que as pessoas foram inseridas no porta-malas disse que foi perto da BR, que ingressaram na Base Aérea de Fortaleza, e foram deixados do lado do Rancho das Praças e foram para o Alojamento dos Soldados da Garagem. Que chegaram na Garagem, renderam os militares, falaram que era um assalto; que a abordagem foi feita pelo LUCAS que deu um disparo de arma de fogo por meio de um revólver. Que o LUCAS trouxe as três armas e que depois foram para o paiol e deixaram os militares deitados no chão da garagem. Que um amigo do LUCAS ficou na Garagem um chamado de "Bigode" e que foram para o Paiol. Chegando lá o Portão estava aberto.

Disse que não teve ajuda de ninguém do Paiol. Que ao chegar lá um amigo do LUCAS rendeu os militares que estavam deitados, tudo feito pelo LUCAS e outro amigo dele. Que foi rendido o Cabo e outros militares. Que o amigo do LUCAS subiu na torre e rendeu o militar que estava de serviço. Disse que entrou no Paiol pegou as armas e saiu. Depois foram para o muro da NI-17. Que voltaram para a Garagem para pegar outro elemento e voltaram para o Posto NI-17 e pularam o muro. Que passaram em frente ao Prédio do Comando. Que subiram a Guarita do Posto NI-17, pularam o muro, abordaram um carro lá fora e saíram. Que no carro tinha o depoente, o LUCAS e mais dois. Que desceram para o Miguel Arraes, local onde levou a Polícia para reaver as armas. Que as armas estavam dentro de uma bolsa preta que pertencia ao LUCAS. Que lá esteve com a viatura da Polícia Reservada, mas nada encontrou. Que tudo ocorreu conforme planejado. Que não entraram em contato com alguém. Que depois ligou para o ANDERSON para perguntar onde ele estava. Que disse que depois de falar com o ANDERSON tomou banho e veio no carro do irmão para a Base Aérea de Fortaleza. Perguntado onde o LUCAS mora disse no Miguel Arraes. Perguntado se tem mais algum militar da ativa envolvido no caso, respondeu que não. Perguntado qual foi a proposta que foi ofertada disse que ia ganhar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e iria dar R\$ 10.000,00 para o ANDERSON. Que o LUCAS disse que daria o dinheiro em cinco dias. Perguntado qual a relação do ANDERSON aqui na Base Aérea de Fortaleza disse que falava só coisas normais e que tinha falado com ele porque ele era a pessoa mais indicada. Que fez a proposta por telefone e disse a ele todo o plano de pegar o armamento, bem antes de ser executado. Perguntado se chegaram a se reunir antes respondeu que não porque o LUCAS conhecia tudo aqui dentro e que tinha dois colegas e só precisava de alguém para botar aqui dentro. Perguntado quanto custa cada arma respondeu que não tinha noção. (...). Que tiveram bastante comunicações por meio de telefone *whatsapp*. Que neste período só ofereceu ao ANDERSON e que para o depoente o Chefe da Quadrilha é o ANDERSON. Perguntado por que havia feito uma ligação para o ANDERSON dizendo que estava tudo certo, explicou que iria ficar por perto e que estava perto onde o LUCAS mora. Perguntado se não tinha ninguém para pegar vocês no Posto NI-17 respondeu que não. Perguntado qual o papel do ANDERSON respondeu que era só botar o pessoal para dentro. Perguntado se sabe onde está o armamento respondeu que não. Perguntado se o LUCAS sabe onde está o armamento respondeu que sim. Perguntado qual o tipo de veículo do LUCAS respondeu que era uma moto XRE-300 e que não se recordava da placa. Perguntado se o LUCAS estava com o armamento respondeu que sim. Perguntado se sabia que o LUCAS pudesse fornecer armas para delitos disse que desconhece. Disse que o LUCAS foi desligado em 2008 e que vivia no Clube com a galera. Asseverou que nenhum outro militar sabia do que iria acontecer. (...).

Também no depoimento das Testemunhas não se percebe qualquer participação dos Recorridos, como adiante pode se constatar:

Condutor 1º Tenente PM/CE **JEANN PAULO DE ARAÚJO ALCÂNTARA** (fls. 15/16):

(...) disse (...) que por volta das 21h10min avistou um veículo de marca SIENA de placa NQS 1779, estacionado próximo ao muro da Base Aérea de Fortaleza (...) que solicitaram ao mesmo que se identificasse foi quando perceberam que se tratava de **um militar da Aeronáutica de nome ANDERSON**, (...) que o telefone do Anderson tocou e que o Sgt Farias da PM/CE atendeu a ligação e colocou o telefone em viva voz para que todos os presentes pudessem ouvir o conteúdo da ligação telefônica, que o interlocutor da ligação telefônica informou ao Anderson que ele se retirasse daquele local “pois a parada tinha dado certo”, e que eles já se encontravam no Posto Carioca, que indagaram ao Anderson quem estava falando ao telefone, que o Anderson falou que se tratava Soldado Assis da Base Aérea de Fortaleza (...) que o Anderson recebeu uma nova ligação dando conta do acionamento do Plano de Reunião e que o mesmo deveria se dirigir à Base Aérea, que o condutor fez contato com o Corpo da Guarda e com o Tenente-Coronel Casarino sobre a presente ocorrência, que falou ao Coronel que o Anderson tinha afirmado que havia pego o Soldado Assis e mais três indivíduos no Bairro Bom Jardim e que o Soldado Assis iria fazer uma “parada”, que já na Base Aérea na presença de outros militares o Soldado Assis confessou participação no roubo das armas, que acompanhado do Soldado Assis se dirigiu ao suposto local onde haviam deixado as armas, no Conjunto Miguel Arraes, que no local onde supostamente tinha deixado as armas dentro de uma bolsa nada foi localizado, que o **Soldado Assis declinou o nome do ex-Soldado Lucas como envolvido também no roubo das armas**. (...) (grifos nossos).

Testemunha 2º Sargento PM/CE **RAIMUNDO JUVENILDO DO CARMO** (fls. 16/17):

(...) disse que (...) localizaram um SIENA de placa NQS 1779, estacionado próximo ao muro da Base Aérea de Fortaleza, em atitude suspeita, que realizaram uma vistoria no veículo onde localizaram peças de uniforme militar, que perceberam tratar-se de um militar da **Aeronáutica de nome Anderson**, (...) que a pessoa que ligou informou ao Anderson que a “parada” tinha dado certo e que ele já se encontrava no Posto Carioca, que o Anderson informou que quem havia ligado para ele **era o Soldado Assis da Base Aérea**, (...) que posteriormente vieram para Base Aérea onde o Soldado Assis já se encontrava e que este revelou que tinha participação no roubo das armas na Base Aérea, que **o Soldado Assis informou** o local onde havia deixado as armas, que se deslocaram até o suposto local e nada foi localizado, que posteriormente retornaram à Base Aérea. (...) (grifos nossos).

Já os Ofendidos e as Testemunhas militares que estavam de serviço nos dias dos fatos, além de não fazerem qualquer referência à participação dos Recorridos nos fatos, deram detalhes dos acontecimentos, demonstrando que, além do S2 **WILDYRSON**, outros militares foram rendidos por elementos armados que usavam balaclava e, da mesma maneira, não tiveram condições para reagir aos criminosos, como se depreende dos seguintes depoimentos:

Testemunha Recruta **JOSÉ LIZANDRO SOARES DE OLIVEIRA** (fl. 17):

(...) disse que estava de serviço no Posto Plantão de Alojamento dos Recrutas que fica localizado ao lado do Alojamento do PPE e que por volta das 20h30min **um militar chegou desesperado gritando e batendo na porta do alojamento pedindo para acionar o PPE, que o militar afirmava que estava sendo perseguido por pessoas que estavam assaltando os postos de serviço, que percebeu que o militar que estava pedindo ajuda se encontrava com os punhos amarrados por uma braçadeira plástica,** (...) que a pessoa que estava pedindo ajuda trata-se do S1 Gealisson, que este estava trajando a calça do 7º uniforme, com o cinto na mão e sem blusa, que o S1 Gealisson estava com marcas de sangue na altura do braço direito, que o S1 Gealisson afirmou que se encontrava no alojamento da garagem e viu um vulto, que naquele momento o S1 Gealisson foi abordado por três elementos; que o S1 Gealisson afirmou que havia ocorrido um disparo de arma de fogo no interior do alojamento da garagem, que o S1 Gealisson disse que os elementos pegaram a chave de uma viatura e saíram da garagem. (...) (grifos nossos).

Testemunha (fl. 17) **S2 DANILO GONÇALVES PINHEIRO DANTAS:**

(...) disse que estava de serviço no Posto de Serviço NI-13, que por volta das 20h30min, quando se encontrava em seu quarto de hora de 20 às 22 horas, que percebeu um militar se dirigindo da garagem para o BINFA e quando este ficou no local iluminado identificou-o como sendo o S1 Gealisson, (...) **que o S1 Gealisson informou que ele juntamente com outros dois militares foram rendidos no alojamento da garagem,** que o S1 Gealisson conseguiu sair do alojamento e dirigiu para o BINFA para pedir ajuda; que o depoente ato contínuo comunicou a ocorrência ao Comandante da Guarda. (...) (grifos nossos).

Ofendido Cb **EDMILSON DE LIMA BARROS** (fl. 18):

(...) disse que estava de serviço de Cabo do Paiol, Posto de Serviço NI-06, que por volta das 20h40min, quando se encontrava no alojamento acompanhado de dois soldados e um terceiro que se encontrava na Torre no quarto de hora de 20 às 22 horas, **que o militar que se encontrava no quarto de hora (S2 WILDYRSON), acionou a sirene avisando que uma viatura estava chegando aos Paióis,** que viu o giroflex na viatura funcionando e se dirigiu para a porta do alojamento para atender ao suposto militar que vinha na viatura, **que, quando abriu a porta do alojamento, foi rendido por um elemento que portava uma arma de fogo,** supostamente um revólver, que o elemento que o rendeu e tomou sua pistola, armamento de serviço, pistola 9mm, que **este elemento disse que não iria fazer mal a ninguém e que a intenção era roubar o armamento da equipe de serviço, que mais dois elementos desceram da viatura e um quarto ficou na direção do veículo, que os três elementos entraram no alojamento e renderam também os outros dois militares que ali se encontravam, que após renderem os militares que estavam no alojamento um dos elementos subiu em direção a torre dos paióis e rendeu a sentinela da hora, tomando deste também o seu armamento,**

fuzil HK, que os elementos colocaram todos os militares no alojamento e deitados no chão, que os elementos desconectaram a fiação do telefone e trancaram todos no alojamento, que os elementos evadiram-se do local, que, ao perceber pelo barulho da viatura, resolveram sair do alojamento arrombando a porta de acesso, que juntos saíram dos paióis em direção a SCOAM. (...) (grifos nossos).

Ofendido **S1 AÍRTON ROCHA DE LIMA** (fls. 18/19):

(...) disse que estava de serviço de Sentinela ao Posto de Serviço NI-06 (Paíol), que por volta das 20h40min, quando se encontrava no Alojamento acompanhado do cabo e do S2 SIMÃO e o S2 WILDYRSON se encontrava na Torre no quarto de hora de 20 às 22 horas, que ouviu a sirene tocar duas vezes avisando que uma viatura estava entrando nos Paíóis, que o cabo se levantou para ir atender ao chamado, que perguntou ao cabo se ele queria companhia e este disse que não precisava, que em **seguida o cabo retornou ao alojamento com as mãos para cima, rendido por três elementos desconhecidos, que estes elementos mandaram os militares deitarem no chão e estes anunciaram o assalto,** que o cabo dialogou com os assaltantes no intuito de que estes não fizessem nenhum mal aos militares de serviço, que os delinquentes levaram a arma de serviço (fuzil HK-33), mas não levaram o carregador devidamente municiado com 40 cartuchos, que o carregador estava na mochila de pertences pessoais, que os elementos trajavam camisas pretas e usavam balaclava (capuz) sobre suas cabeças, que só percebeu um elemento portando um revólver, que um dos elementos subiu em direção a torre dos paióis e rendeu a sentinela da hora, tomando deste também o seu armamento, fuzil HK (...) (grifos nossos).

Ofendido **S2 MATHEUS DE SOUZA SIMÃO** (fls. 19/20):

(...) disse que estava de serviço de Sentinela ao Posto de Serviço NI-06, que, por volta das 20h40min, quando se encontrava no Alojamento acompanhado do cabo e do S1 AÍRTON, **que ouviu a sirene tocar duas vezes avisando que uma viatura estava entrando nos Paíóis, que o cabo foi atender ao chamado, que em seguida o cabo retomou ao alojamento com as mãos para cima, rendido por três elementos desconhecidos, que foi abordado por um dos elementos portando uma pistola preta diferente da pistola usada pela equipe de serviço, que perguntaram ao depoente se este tinha telefone celular, disse que roubaram seus dois celulares que encontravam em cima de sua cama, bem como a sua arma de serviço** (fuzil HK-33), entretanto não levaram o carregador devidamente municiado com 40 cartuchos, que os assaltantes fugiram e trancaram os militares de serviço no alojamento (...). (grifos nossos).

Ofendido **S1 SAD GEALISSON LIMA BATISTA** (fl. 20):

(...) disse que estava de serviço de Motorista Categoria B, que, por volta das 20h30min, quando se encontrava no Alojamento dos Motoristas na Garagem, que a porta do alojamento estava semi-aberta, que **avistou três elementos encapuzados, que dois deles entraram no alojamento e renderam o depoente e o S1 DO NASCIMENTO, que ocorreu um dis-**

paro de arma de fogo no interior do alojamento, mas ninguém foi ferido, que os elementos ordenaram que saíssem do alojamento e imobilizaram com uso de braçadeiras plásticas, que um dos elementos foi render o Despachante da STR, que o depoente juntamente com o S1 DO NASCIMENTO e o Sgt ALANO foram todos imobilizados, que um dos meliantes ficou com os três militares imobilizados e os outros dois evadiram-se da Garagem na viatura do Oficial-de-Dia, que decorridos aproximadamente 5 minutos os elementos voltaram para Garagem e solicitaram ao que estava guardando os militares que entrasse rapidamente da viatura, que ficou deitado no chão e que não viu mais nada, que juntamente com os outros militares se dirigiram para parte de trás da garagem e pularam o muro, que já do lado de fora da garagem em frente ao Estande de Tiro, ainda com os punhos imobilizados, resolveu ir em direção ao BINFA, que o S1 DO NASCIMENTO e o Sgt ALANO não seguiram com o depoente para o BINFA, que, ao se aproximar do BINFA informou o acontecido ao sentinela do Posto NI-13, que um recruta fazendo uso de uma faca cortou a braçadeira do depoente, que, quando da retirada das braçadeiras, feriu-se e o sangue do ferimento sujou sua blusa branca, que acionou pessoal o PPE. (...) (grifos nossos).

Ofendido **2S ALANO GONÇALVES DE CARVALHO** (fls. 20/21):

(...) disse que estava de serviço de Despachante de Dia à STR, que por volta das 20h05min foi ao alojamento dos motoristas e informou ao S1 DO NASCIMENTO que ele deveria ir até o Corpo da Guarda da viatura Fiorino e retornar na viatura S10, para que a viatura do Oficial-de-Dia fosse utilizada nas rondas dos postos de serviço, (...) **que em seguida ia saindo do alojamento e tinha uma pessoa chutando na sua porta e uma segunda apontando uma arma tipo revolver em sua direção pela visão da janela de vidro da sala do despachante, que foi rendido por este elemento entregando o seu celular para o mesmo, que foi conduzido e imobilizado com braçadeiras em seus punhos e colocado deitado no chão próximo ao alojamento dos motoristas, que ficaram sendo vigiados por um elemento, que percebeu a saída da S10 da garagem, que ficou deitado no chão ao lado do S1 Gealisson e do S1 Do Nascimento, que o elemento que ficou guardando os mesmos estava encapuzado e armado (...) que escutou o barulho da arma do militar de serviço no BINFA e achou que o S1 Gealisson tivesse sido rendido pelos elementos, que permaneceu escondido no mato por aproximadamente 10 horas. (...) (grifos nossos).**

Ofendido **S1 RENAN DO NASCIMENTO OLIVEIRA** (fl. 21):

(...) disse que estava de serviço de motorista categoria B, que por volta das 20h30min no alojamento dos motoristas juntamente com o S1 GEALISSON foram rendidos por aproximadamente 4 elementos encapuzados, que foi conduzido e imobilizado com braçadeiras em seus punhos e colocado deitado no chão no alojamento dos motoristas, que ficaram sendo vigiados por um elemento, que percebeu a saída da S10 da garagem, que ficou deitado no chão ao lado do S1 GEALISSON e do Sgt ALANO, que o elemento que ficou guardando os mesmos estava encapu-

zado e armado, que enquanto permaneceram naquela situação estavam sendo ameaçados, que percebeu o retorno da viatura S10 para a garagem e em seguida os elementos saíram da garagem na referida viatura oficial, que resolveu juntamente com os outros militares saírem da garagem correndo em direção à parte de trás da garagem, que pulou o muro, que o S1 GEALISSON saiu correndo em direção ao BINFA e o depoente junto com o Sgt ALANO correram em direção à mata existente por trás do estande de tiro, que permaneceu escondido no mato por aproximadamente 10 horas (...).

Vê-se, assim, que não há qualquer referência, seja na Denúncia, seja nos depoimentos carreados aos autos, de participação dos Recorridos nos atos preparatórios ou de execução do crime em questão. Também não é atribuído aos Recorridos qualquer conluio ou combinação com os autores do roubo.

O MPM, na própria Denúncia, chega a ser explícito quanto a esse fato, nos seguintes trechos:

(...)

O S2 José Robson Alves de Castro, militar da ativa, não estava de serviço no dia do delito e **não praticou a conduta nuclear**, mas foi insistentemente assediado pelo S2 Francisco de Assis Silva da Costa a tomar parte no crime, isso com antecedência considerável, que lhe permitiria levar o fato ao conhecimento de seus superiores, o que seria eficaz a impedir a ação criminosa.

(...) o S2 Wildyrson de Menezes Silva, que, no momento do roubo das armas estava no seu quarto de hora no Posto de Serviço NI-06, viu a ação criminosa e, mesmo possuindo sistema de alarme, portando armamento alimentado e carregado, **quedou-se inerte, permitindo, inclusive, que fosse rendido** pelos criminosos.

(...) (fls. 280/282) (grifos nossos).

Assim, o que está sendo atribuído pelo MPM aos Recorridos é a prática do crime de roubo por omissão imprópria (crime comissivo por omissão). Para sustentar tal tese, baseia-se o *Parquet* das Armas no § 2º do art. 29 do Código Penal Militar, que assim prevê:

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1º (...)

§ 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Afirma o MPM que ambos os Recorridos tinham a condição de garante. O **S2 JOSÉ ROBSON** porque, mesmo não estando de serviço no dia dos fatos, fora procurado com antecedência pelos autores para participar da ação criminosa e, apesar de se recusar, deixou de avisar ao seu superior hierárquico, mesmo sendo obrigado a fazê-lo, por força do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, pois qualquer militar, na mesma condição, estaria obrigado a participar os fatos, o que caracterizaria a condição de garante do Recorrido, de acordo com o *Parquet*.

Já com relação ao **S2 WILDYRSON**, a condição de garante se evidenciaria, segundo o MPM, pelo fato de estar o militar de serviço de Sentinela no dia do roubo e, mesmo assim, não ter agido para evitar os acontecimentos.

Em primeiro lugar, deve ser analisado se realmente o **S2 JOSÉ ROBSON** tinha a condição de garante, simplesmente por ser um militar e ter tomado conhecimento prévio das intenções dos Agentes e de uma possível prática criminosa num futuro incerto e indeterminado.

Essa questão foi bem enfrentada pelo Juiz-Auditor Substituto, na Decisão ora atacada, no seguinte trecho:

(...) a interpretação para a tipificação da omissão imprópria deve ser restritiva, já que há uma potencial violação do princípio da taxatividade penal, com a incidência da tipicidade indireta, a partir da extensão do art. 29, § 2º do CPM. Somente quando cristalino em tese o dever de agir, tornando o agente um verdadeiro e indiscutível garante, torna-se possível o recebimento da denúncia. Do contrário, revela-se o fato atípico. (...) (fl. 294).

Desse modo, não parece razoável uma interpretação tão ampla da norma penal, de modo a colocar qualquer pessoa na condição de garante e, conseqüentemente, considerá-la imputável penalmente, pelo simples fato de ser militar, mesmo não estando de serviço. A norma penal não permite tal amplitude, e a interpretação restritiva, taxativa e estritamente legal é única possível no direito penal.

Já com relação ao **S2 WILDYRSON**, é evidente a sua condição de garante, com o dever legal de evitar qualquer ameaça à OM, uma vez que estava escalado para o serviço de Sentinela no dia dos fatos. Poderia, portanto, em tese, ter cometido o crime comissivo por omissão, como ensina Heleno Cláudio Fragoso:

Os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios não são como geralmente se supõe, crimes comissivos. São crimes omissivos em que a punição surge, não porque o agente tenha causado o resultado (não há causalidade alguma na omissão), mas porque não o evitou. O que dá vida ao ilícito é, pois, aqui, a violação do dever jurídico de impedir o resultado. Nestes crimes, portanto, não há violação de uma proibição, mas de um comando que se situa paralelamente à norma proibitiva. Junto à norma proibitiva, implícita na lei penal relativa aos crimes comissivos, surge, também implícita, a norma que impõe ao agente (considerando as

circunstâncias em que se acha) o dever jurídico de ativar-se, impedindo o resultado. Esta é a norma que impõe o dever de ativar-se, constituindo o agente em garantidor da não superveniência do resultado. A transgressão dessa norma implícita é que constitui o crime comissivo por omissão.

O dever de agir aqui, em sua natureza, não difere do que ocorre nos crimes omissivos próprios, nem do dever de abstenção que surge nos crimes comissivos. Esse é o dever jurídico que surge com a norma. É evidente, porém, que no tipo dos crimes comissivos por omissão, existem características ou elementos não escritos, que são os pressupostos de fato de que deflui o dever jurídico (à semelhança do que ocorre nos crimes omissivos próprios).

(...)

É inegável que não há crime comissivo por omissão, sem que haja especial dever jurídico de atuar; atuação que, por força das circunstâncias (o crime exige um resultado), deve impedir o dano ou perigo que consuma o delito. Parece claro, então, que, nesse caso, o dever de agir é dever de evitar o resultado. Tal conclusão é irrecusável. Em consequência, temos de concluir que o preceito contém implicitamente o comando de impedir o resultado, transgredindo-se pela abstenção da atividade devida.

(...) (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 255/256).

Porém, é importante ressaltar que, mesmo que se admita que um dos Recorridos detivesse a condição de garante, tal condição diz respeito apenas à relação de causalidade. Contudo, esse não é o único elemento para a caracterização do delito. É o que nos ensina a melhor doutrina:

Apurada, como causa do resultado, a investigada ação ou omissão, deve **indagar-se em seguida se o autor dela agiu com dolo ou culpa (*imputatio iuris*). Pois, do contrário, se considerada a só causalidade objetiva (*infittutatio facti*), no exemplo citado de homicídio, não escapariam às suas sanções nem mesmo o fabricante e o vendedor da arma que foi executado.** (grifos nossos).

(ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 98).

São crimes omissivos impróprios os que envolvem um não fazer, implicando a falta do dever legal de agir, contribuindo, pois para causar o resultado. Não têm tipos específicos, gerando uma tipicidade por extensão. Para que alguém responda por um **delito omissivo impróprio é preciso que tenha o dever de agir, imposto por lei, deixando de atuar, dolosa ou culposamente, auxiliando na produção do resultado.** Exemplo: um policial acompanha a prática de um roubo, **deixando de interferir na atividade criminosa, propositadamente, porque a vítima é seu inimigo.** Responderá por roubo, na modalidade comissiva por omissão. (grifos nossos).

(NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 61).

Dessa forma, demonstrada a causalidade que, ao menos no caso do **S2 WILDYRSON**, ficou caracterizada, dada a sua condição de garante por ser a Sentinela de serviço, deve-se perquirir se o referido militar teria agido com dolo ou culpa.

Ora, o que está sendo imputado aos Recorrentes é um crime doloso, mesmo porque não existe a previsão legal para roubo culposo. Haveria, em tese, a possibilidade da prática de peculato culposo, previsto no art. 303, § 3º, do CPM, **verbis**:

Se o funcionário ou militar contribui culposamente para que outrem subtraia ou desvie o dinheiro, valor ou bem, ou dele se aproprie.

É o caso do militar que, por negligência, imprudência ou imperícia, contribui para a subtração de algo dentro da OM. Mas, repita-se, não é esse crime que está sendo atribuído aos Denunciados, mas sim o delito de roubo, portanto, crime doloso.

Assim, deve ser analisado se os Recorridos teriam agido com dolo. E qual seria esse dolo? Por óbvio, o dolo de crime de roubo. O Agente se omite para que o bem seja subtraído; com essa intenção, com o mesmo **animus** do roubo comissivo próprio. É o que nos esclarece a doutrina:

Aspectos subjetivos da omissão

225 - Nos crimes comissivos por omissão dolosos, a parte subjetiva do comportamento **requer vontade da realização da conduta diversa**, que corresponde à vontade de omitir a ação devida. Como nota Welzel, o que costumamos chamar de omissão querida, é em realidade, um omitir consciente, ou seja, uma omissão com a consciência poder de atuar.

O dolo deve corresponder, nos crimes omissivos puros, à vontade consciente de abstenção da atividade devida. Nos crimes comissivos por omissão, a ele deve corresponder, além disso, **o desejo de atingir o resultado através da omissão**, tendo o agente a consciência de que ocorrem as circunstâncias de fatos que fundamentam a sua posição de garantidor. (grifos nossos).

(FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 235).

O dolo omissivo

No aspecto cognoscitivo, dentro da estrutura típica omissiva, o dolo requer o efetivo conhecimento da situação típica e a previsão de causalidade.

(...)

Assim, quem vê que seu inimigo está se afogando e, tendo o dever de salvá-lo por sua condição de salva-vidas contratado para atender aquela praia naquele horário, **decide deixá-lo morrer afogado, atuará com dolo de homicídio se o aspecto cognoscitivo correspondente a este tipo se tiver integrado: como o conhecimento de que o sujeito passivo se encon-**

tra em perigo; com a previsão de que a água lhe causará a morte; com o conhecimento de sua condição de salva-vidas; e com conhecimento de que tem o poder de impedir que a água lhe cause a morte.

(...)

Da nossa parte, cremos que se **pode falar de uma verdadeira finalidade nos tipos omissivos**, portanto, **a situação não muda substancialmente com respeito aos tipos dolosos ativos, pelo menos não a ponto de se pretender que não haja dolo nessa forma de tipicidade.**

A princípio, tenhamos em conta que o resultado (“criança morta”, para usar o exemplo da mãe) não se produz por acaso, mas sobrevém dentro de um processo causal. Se tomarmos o esquema da conduta antes esboçado, notaremos que, no caso da tipicidade omissiva, **a mãe se propõe o resultado com finalidade.**

Logo, a partir da representação do resultado (imagina a criança morta) seleciona mentalmente os meios com que alcançá-lo, e apercebe-se para que produza esse resultado, não necessita pôr em marcha um curso causal que nele desemboque, e sim deixar que continue avançando o curso causal que já está em funcionamento (o bebê está com fome e com sede). Para que esse curso causal avance, é óbvio que deve realizar qualquer conduta, menos a devida (alimentar a criança). **Por isso, deve propor a si mesma outra finalidade qualquer, como a de tricotar meias, mas na realização da conduta proibida (tricotar meias nessas circunstâncias) vias claramente incorporada a finalidade de deixar que a criança morra (tricotam-se meias para evitar alimentar a criança),** e existe aí um verdadeiro domínio causal, porque há uma efetiva previsão da causalidade. **O dolo não se estrutura sobre uma causação, mas é finalidade típica no sentido de que dirige a causalidade, tendo como base uma previsão da mesma.** O que é fundamental é que para o dolo é a previsão da causalidade, que na omissão existe da mesma maneira que na tipicidade ativa. (grifos nossos).

(ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 488/490).

Assim, a pergunta fundamental é: há prova ou indícios mínimos nos autos de que os Recorridos teriam se omitido com dolo, ou seja, propositalmente, para que os armamentos fossem subtraídos? A resposta é não.

A Denúncia não relata qualquer intenção dos Recorridos de uma omissão com objetivo de que os armamentos fossem subtraídos. Não há, igualmente nos depoimentos das Testemunhas nem dos próprios Flagranteados, como visto anteriormente, qualquer indício, ainda que mínimo, de que os Recorrentes houvessem participado de combinação ou conluio que evidenciaria um dolo, *animus* ou intenção de que os armamentos e as munições fossem subtraídos.

Isso é reforçado, de maneira harmônica, pelos depoimentos dos próprios Recorridos durante a lavratura do APF, com adiante se vê.

S2 JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO (fls. 17/18):

(...) disse que conheceu o S2 ASSIS por haverem realizado o curso de eletricista automotivo no período de janeiro a março de 2016, que mantinha contato com o S2 ASSIS por intermédio do grupo de *whatsapp* sobre assuntos pertinentes ao curso de eletricista, que depois manteve laços de amizade no interior da BAFZ, e que nas últimas semanas teve conhecimento de que o mesmo estava tentando retirar algum tipo de armamento do interior desta Organização Militar. Que o S2 ASSIS dava entender de que poderia ter o auxílio de pessoas externas da Base Aérea de Fortaleza. Que por temer pela sua integridade física deixou de encontrar com o mesmo, bloqueando-o no *whatsapp* e não falava mais nenhum assunto de serviço com o mesmo, tanto que ele chegou a ligar várias vezes e não atendeu mais suas ligações. Que o assunto foi levado ao conhecimento de sua mãe e recebeu conselhos para não dar mais atenção para o mesmo. Que tinha medo do S2 ASSIS por não ter aceitado a proposta recebida. Que ele fez mais de (11) onze ligações fazendo propostas substanciais para contemplar o plano dele. Que o S2 ASSIS lhe havia proposto em ingressar na Base Aérea de Fortaleza trazendo várias pessoas para perpetrar alguma ação dentro da Organização Militar. Que o S2 ASSIS lhe fazia várias propostas iguais às ações que foram perpetradas na noite anterior. Disse que o S2 ASSIS lhe falou que iria ganhar em torno de 20 mil reais para ajudar no plano. Que achava muito arriscado se integrar no plano apesar da quantia ser considerada muito dinheiro. Asseverou que comentou o plano com sua mãe. Que sempre sentiu que o S2 ASSIS fazia coisas não muito certas. Que no momento do acionamento do Plano de Reunião se encontrava na Praia do Cumbuco acompanhado do amigo chamado JACK. Que soube por meio de um grupo de Blitz no *whatsapp* que havia acontecido o fato na Base Aérea de Fortaleza. Que teve mais ou menos um intervalo de 5 dias que deixou de conversar com ele. Que no último contato o S2 ASSIS disse do seu plano de entrar na Base Aérea de Fortaleza, e que deixou de falar com ele depois disso. Perguntado se havia sido omisso disse que achava que era brincadeira e depois que soube do que houve ficou com muito medo. Que o S2 ASSIS ficou ligando direto para ele falando do plano e que ficou com muito medo. Que acha que se tivesse reportado ao seu Chefe ou Comandante teria morrido, pois o S2 ASSIS teria falado de forma séria teve certeza que queria evitá-lo pois tinha medo de ser seguido. Se tem alguma informação que sabe e que não poderia falar, respondeu que, quando ele sair, acha que o S2 ASSIS vai fazer alguma coisa com ele e com seu filho. Que tem certeza de que um dia ao ser libertado o S2 ASSIS vai fazer algo contra ele depois de saber do seu depoimento. (...)

S2 WILDYRSON DE MENEZES SILVA (fls.19/20):

(...) disse que estava de serviço de Sentinela ao Posto de Serviço NI-06, que se encontrava no seu quarto de hora de 20 às 22h, que aproximadamente por volta das 20h30min, percebeu a viatura já adentrando aos paióis, que acionou a sirene para alertar os demais militares que a viatura estava nos paióis, que a viatura estacionou em frente ao alojamento e

que ninguém desembarcou da mesma, que novamente acionou a sirene para alertar o restante da equipe de serviço, que neste momento a viatura acionou o giroflex, que o cabo saiu do alojamento e foi rendido por um ocupante da viatura que se encontrava ao lado do motorista, que este elemento que rendeu o cabo trajava blusa preta, calça jeans, e usava balaclava na cabeça, que em seguida desceram mais duas pessoas da viatura e entraram no alojamento, **que carregou a sua arma de serviço mas não fez uso por decisão própria**, que um dos elementos subiu a torre em sua direção e o rendeu, que sua arma (fuzil HK-33) juntamente com o carregador municiado com 40 (quarenta) cartuchos foram subtraídas por este elemento, que foi colocado também no alojamento com os demais militares, que o cabo dialogou com os assaltantes no intuito de que estes não fizessem nenhum mal aos militares de serviço, que os elementos desconectaram a fiação do telefone, que os elementos levaram os aparelhos de telefonia celular de todos os militares de serviço naquele posto, que ficaram trancados no alojamento, que os elementos evadiram-se do local, que o cabo determinou que todos pegassem seus pertences, que saíram dos paióis em direção ao SCOAM, que antes de chegarem a SCOAM guardaram seus pertences no carro do S2 SIMÃO que se encontrava estacionado no antigo prédio do 1/5º GAV (...). (grifos nossos).

Como se vê, os fatos são narrados de maneira harmônica, seja pelos Recorridos, seja pelas Testemunhas, e mesmo pelos próprios Flagranteados, não demonstrando os relatos qualquer participação dos Sds Aer **JOSÉ ROBSON ALVES DE CASTRO** e **WILDYRSON DE MENEZES SILVA** no roubo praticado, ou mesmo a intenção de que o crime se concretizasse.

Com relação ao S2 **WILDYRSON**, o MPM apega-se ao seguinte trecho de seu depoimento prestado por ocasião da lavratura do APF:

que carregou a sua arma de serviço, mas não fez uso, **por decisão própria**.

Quer fazer crer o *Parquet* que o termo “por decisão própria” demonstraria o dolo do Agente. Ora, tal conclusão, *data venia*, revela-se equivocada, pois, como visto anteriormente, o dolo não se traduz na vontade ou decisão de não agir, mas na intenção de que o roubo acontecesse, ou seja, na finalidade do não agir (omissão). Assim, o termo “por decisão própria” revela justamente a ausência de dolo, pois demonstra que o Agente deixou de agir por uma decisão pessoal; a partir de uma avaliação, certa ou errada, da realidade que se lhe apresentava. Agiria com dolo (de roubo) se houvesse atuado, não por decisão própria, mas a pedido de alguém, por uma combinação prévia ou por um conluio com os autores do roubo.

Nesse aspecto específico, bem fundamentada se encontra a Decisão hostilizada, no seguinte trecho:

(...) Ainda que o denunciado pudesse atuar livremente, atirando em direção aos roubadores ou acionando alarmes, é cristalino e claramente dedutível o eventual risco de efeitos colaterais sobre os militares rendidos, considerando o efetivo de 3 (três) meliantes presentes.

Também não se apurou quais sistemas de alarme dispunha o denunciado, além da sirene local para acionar o Cabo da Guarda e que foi acionada na ocasião. A mesma dúvida reina sobre a possibilidade de alarme efetivo a outros setores da guarda do quartel, sem os riscos dos efeitos colaterais citados.

Portanto, mesmo sem qualquer análise mais técnica ou profunda, nota-se que algumas circunstâncias precisariam ser apuradas e registradas nos autos, e que eventualmente levariam à conclusão indiciária sobre a possibilidade de reação do denunciado e as circunstâncias pelas quais se deixou render, tais como: a posição da sentinela; a sua distância dos roubadores; a visibilidade que tinha do local da rendição dos outros militares; a existência ou não de obstáculos em uma possível linha de tiro; a possibilidade ou efetividade de sucesso na execução de disparos pela sentinela; a probabilidade de que a reação da sentinela deflagrasse reação contrária dos meliantes; a existência de alarmes e de comunicação no posto; o modo pelo qual o denunciado foi rendido e entregou o seu armamento e, principalmente, investigar o motivo citado pelo denunciado que o fez recuar de uma reação com o seu armamento já carregado e pronto para os disparos.

Ressalte-se que nada disso foi verificado, ainda que minimamente.

Logicamente que se essa possibilidade teórica de reação fosse verificada, não se poderia desconsiderar o grau de treinamento da sentinela, experiência, maturidade, nervosismo e outros fatores do *modus operandi* na cena do crime, eventualmente mais complexos de apuração. No entanto, já se poderia visualizar se o denunciado teria, em tese, possibilidade de reação, de modo a justificar ou não uma ação penal.

Sabe-se, ainda, que foi instaurado IPM vinculado às conclusões do APF para dar continuidade às investigações do fato, o qual continua em execução. Nada obstante, também não constam diligências nesse sentido apresentadas junto com a denúncia (...). (fls. 296/297).

Assim, não existindo qualquer indício de dolo por parte dos Recorridos, o processamento penal em relação a eles, baseado única e exclusivamente na causalidade legal, seria, na prática, uma imputação objetiva. Sobre a impossibilidade da imputação objetiva para fins penais, ensina Rogério Greco:

TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA.

Quando estudamos o tipo penal, dissemos que o tipo complexo é composto por duas partes, uma de natureza objetiva e outra subjetiva. Afirmamos, também, que em razão da adoção do princípio da culpabilidade, determinando fato contido em um tipo penal somente poderia ser imputado a alguém se o agente **tivesse agido com dolo ou com culpa**, se houvesse previsão legal para esta última modalidade de conduta. (...)

Como não houve dolo ou culpa, ou seja, em face da ausência de qualquer elemento subjetivo, o resultado não poderá ser atribuído ao agente para fins penais. Nesse caso, resolve-se o estudo da estrutura jurídica do crime em sede de fato típico. Assim, se não há conduta dolosa

ou culposa, não há fato típico; e, se não há fato típico, não há crime. (...) (grifos nossos).

(GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, p. 242).

Destarte, ausentes os elementos mínimos exigidos pela legislação processual penal militar, não há justa causa para o início da ação penal, não merecendo reforma a Decisão atacada.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo íntegra a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem prejuízo do disposto no art. 25 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 negar provimento ao recurso do MPM para manter a Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem prejuízo do disposto no art. 25 do CPPM.

Brasília, 29 de novembro de 2016 – Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, Ministro-Relator.



ÍNDICE DE ASSUNTO

A

Administração militar

- ato libidinoso, 213
- entorpecente, 151, 163
- tortura, 101-102

Agravo regimental, 65-69, 133, 243, 252

Apelação

- corrupção, 73-94
- desacato, 170-196
- insubmissão, 124-150
- homicídio, 108-123
- pessoal civil
 - juízo, 170-196
- posse de entorpecente, 152-169
- tortura, 95-107
- vantagem patrimonial, 73-94

Atestado médico, 201, 206

Ato libidinoso, 213-298

C

Conflito de competência

- estelionato, 199-209

Conselho de Justiça Militar

- pessoal civil
 - juízo, 170-171, 182

Conselho de Justificação, 213-298

Conselho Nacional de Justiça, 17

competência, 19, 243

composição, 14, 20-21

corrupção, 93

Correição parcial

deserção, 312

furto qualificado, 302

juiz-auditor, 312

Crime de estelionato ver Estelionato**Crime de insubmissão ver Insubmissão****Crime de tortura ver Tortura****Crime militar, 52, 181****D****Desacato, 170, 178, 180, 185, 194-195****Deserção, 141, 312****E****Estelionato, 199-209****F****Força Expedicionária Brasileira, 32****Forças Armadas**

coesão da missão, 27-28

coesão social, 27-28

disciplina, 161

incorporação, 143, 270

homossexualidade, 28, 31

Hospital das, 302

missão, 53, 195

mulher militar, 13, 24-44

Fuzileiro naval

corrupção, 333

H***Habeas Corpus***

corrupção, 332, 346,
rede social, 329-349

I

Insubmissão, 124-150

J**Juiz-Auditor**

competência, 189, 312, 353

Juiz-Auditor Substituto

competência, 199-209

Justiça Militar (internacional)

pessoal civil

 julgamento, 48-49

Justiça Militar da União (Brasil), 49-50

competência, 18, 56, 102, 186

composição, 19, 49

crime militar

 julgamento, 51-52

estrutura, 19

história, 17-23

juiz-auditor, 19-21

legislação, 170

ministro civil, 20-21

pessoal civil

 julgamento, 51-52, 54, 82, 171, 187

L

Lesão corporal, 160, 359

Lesão culposa *ver* **Lesão corporal**

Lesão grave *ver* **Lesão corporal**

Licença

tratamento de saúde, 201

M**Mulher**

Aeronáutica, 33

Escola de Administração do Exército, 33

Forças Armadas, 24-44

Força Naval, 33

igualdade perante a lei, 24

integração militar, 30-31

Instituto Militar de Engenharia, 33

P**Pessoal civil**

crime militar, 55-56

juízo, 48-49, 51-52, 54, 170-196

Pessoal militar

ato libidinoso, 213-298

curso de formação

legislação, 33

perda de patente, 213-298

Poder Judiciário

estrutura, 17

reforma do, 17

Princípio

ampla defesa, 246-248

fragmentariedade, 163-164

intervenção mínima, 163-164

R**Recurso em sentido estrito**

habeas corpus, 353

Justiça Militar

competência, 354

roubo qualificado, 368

S

Serviço Militar, 124

Superior Tribunal Militar

competência, 18

T

Tortura, 95

legislação, 100-101

V**Viatura militar**

acidente, 108

Impressão e acabamento:
Gráfica do STM

Formato: 17 x 26 cm
Papel do miolo: Sulfito 75g/m²
Papel da capa: Couchê 150 g/m² (color)
Fonte: ZapHumnst BT
Número de páginas: 409
Acabamento: Capa dura