APELAÇÃO Nº 7000427-16.2022.7.00.0000

Relator: Ministro Dr. José Barroso Filho

Revisor: Ministro Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros

Apelante: Ministério Público Militar

Apelado: T. M.

Advogado: Francisco Ívano Monte Alcântara (OAB SP209746)

EMENTA

APELAÇÃO. MPM. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. ART. 140, § 3º, DO CP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. CONDUTA DELITIVA PRATICADA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 9.459/1997. EDIÇÃO DE NOVA LEI – Nº 14.532/2023. INJÚRIA RACIAL: CRIME DE RACISMO, INAFIANÇÁVEL E IMPRESCRITÍVEL, COM AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. PRINCÍPIO DA NÃO RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE. CONFIGURAÇÃO. ELEMENTOS CONTITUTIVOS DO TIPO PENAL PREVISTOS NO ART. 140, § 3º, DO CP, C/C O ART. 9º, INCISO II, ALÍNEA A, DO CPM. PRESENÇA. ILICITUDE. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA PEÇA INICIAL. PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA.

I. Autoria delitiva comprovada nos autos. A conduta criminosa ocorreu na presença de outros dois militares, os quais confirmaram ter ouvido as palavras injuriosas por parte do Acusado.

II. A injúria racial constitui delito formal e instantâneo, consumando-se quando a ofensa chega ao conhecimento do Ofendido. No caso, foi proferida diretamente e na presença do Sd de V., ocasião em que se sentiu altamente constrangido e humilhado pelo Acusado. Assim, a materialidade delitiva restou caracterizada indene de dúvidas.

III. A conduta do Apelado se amolda àquela ínsita no art. 140, § 3º, do CP, introduzida pela Lei nº 13.491/2017, que criou os crimes militares por extensão, combinada com o art. 9º, inciso II, alínea a, do CPM, porquanto presente, além do dolo representado pela vontade livre e consciente de injuriar, o elemento subjetivo especial do tipo, qual seja, o especial fim de discriminar o Ofendido por razão da sua raça e cor.

IV. O Acusado, ao proferir de forma depreciativa a expressão “um crioulo fazendo Economia”, apesar de negar ter dito tais palavras, o que foi rechaçado pelas testemunhas presentes, agiu de forma livre e consciente, com o intuito de injuriar o Ofendido. O termo pejorativo “crioulo” constitui um *plus* a caracterizar a presença do elemento subjetivo do tipo – *animus*

injuriandi – constituído pelo especial fim de discriminar o Ofendido em razão de sua raça e cor, ferindo sua honra subjetiva (seu amor próprio).

V. O Acusado se considerava superior intelectualmente aos seus subordinados, em especial, aos soldados. Isso se conclui em face das suas palavras de que os soldados, apesar de terem o 2º grau do ensino médio, eram praticamente uns analfabetos.

VI. Segundo tal concepção do Apelado, um militar Oficial, seria absurdo um Soldado negro, não obstante lhe responder a alguns questionamentos em inglês, estar cursando nível superior e, ainda mais Economia. Sua atitude denotou a real vontade de discriminar o Ofendido, em razão da sua cor.

VII. O Ofendido, conforme depoimento prestado em Sindicância e em Juízo, sentiu-se ofendido e incomodado. No seu entender, a referida palavra “crioulo” possui conotação discriminatória, de cunho racial, restando configurada a materialidade delitiva.

VIII. A testemunha Cel C. A., superior que se encontrava presente no dia dos fatos, declarou que, no momento, a expressão facial da Vítima mudou totalmente, aparentando estar totalmente contrariado, o que configura a consumação instantânea do crime e o constrangimento imposto ao Ofendido.

IX. A antijuridicidade se encontra presente nos autos, porque inexistente qualquer causa de exclusão de ilicitude.

X. A culpabilidade, de igual forma, mostra-se indene de dúvidas, visto que o Acusado era oficial da reserva, exercendo função como Prestação de Tarefa por Tempo Certo (PTTC), sendo imputável à época. Ocupou a 2ª posição no Centro Logístico da Aeronáutica (CELOG). Assim, tinha pleno conhecimento do potencial da ilicitude da sua conduta, sendo-lhe exigível conduta totalmente diversa.

XI. Reforma da Sentença. Dosimetria da pena, observados os critérios legais e a Lei Maior. Aplicação, ainda, da pena de multa, porquanto preceito secundário do tipo incriminador, não havendo que se falar em aplicação de legislação extravagante *in mallam partem*, mas obediência aos Princípios da Legalidade e da Reserva Legal.

XII. Provimento ao recurso ministerial. Decisão por maioria.

DECISÃO

Iniciada a apreciação do processo, o Tribunal Pleno, **por unanimidade**, acatando o voto do Ministro José Barroso Filho (Relator), decretou segredo de justiça do presente feito, consoante o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Na sequência, **por maioria**, decidiu dar provimento ao apelo ministerial para, reformando a sentença, condenar T. M. à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 140, § 3º, do CP, c/c o art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM; a ser cumprida inicialmente em regime aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP, e 10 (dez) dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do fato, à luz dos arts. 49 e seu § 1º, e 60, todos do CP; com o direito de recorrer em liberdade, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, na forma do art. 84 e seguintes da lei penal militar, nas condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a sua alínea “a”, delegando ao juízo de piso a presidência da audiência admonitória. Após o trânsito em julgado do acórdão, determinou que seja comunicado o TRE, à luz do disposto no art. 15, inciso III, da CF/1988. Os Ministros Odilson Sampaio Benzi e Carlos Vuyk de Aquino negavam provimento ao apelo ministerial e mantinham inalterada a sentença absolutória primeva. O Ministro Carlos Vuyk de Aquino fará declaração de voto. O Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira declarou-se suspeito, consoante o disposto no art. 141 do RISTM. Ausentes, justificadamente, os Ministros Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Lourival Carvalho Silva. Presidência do Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. Na forma regimental, usaram da palavra o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi, e o advogado da defesa, Dr. Francisco Ívano Monte Alcântara.

Relator do Acórdão: Ministro José Barroso Filho.

Votantes: Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Lúcio Mário de Barros Góes e Ministro Cláudio Portugal de Viveiros.

Suspeito: Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 4/5/2023.)

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Representante do Ministério Público Militar contra a Sentença proferida pelo Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 2ª CJM, que, por maioria, absolveu T. M. da prática do crime previsto no art. 140, § 3º, do CP, com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM.

Os fatos que serviram de suporte à presente Ação Penal Militar decorreram dos elementos informativos colhidos, nos autos de Sindicância nº 07/PAMASP/2021, instaurada no âmbito do Parque de Material Aeronáutico de São Paulo, a qual concluiu, por intermédio de seu Encarregado, **pele existência de indícios de autoria e da prova de materialidade do crime previsto no art. 140, § 3º, do CP, c/c o art. 9º, inciso II, alínea a, do CPM, por parte de T. M.** (IPM nº 7000254-63.2021.7.02.0002, evento 1, doc. 1).

Os autos foram remetidos à Auditoria da 2ª CJM, com fulcro no art. 28, alínea a, do CPPM. Em seguida, foi aberta vista ao Representante do *Parquet* Castrense; e, em 31 de agosto de 2021, foi oferecida a peça Inicial em desfavor de T. M., apontando a prática delituosa descrita a seguir (IPM nº 7000254-63.2021.7.02.0002, eventos 1, 4 e 8):

Consta do incluso Inquérito Policial Militar que, no dia 20 de junho de 2021, nas dependências do Parque de Material Aeronáutico de São Paulo (PAMASP), o denunciado injuriou o Soldado G. V. O. D. J., ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro mediante utilização de elementos referentes a raça e cor.

Na data assinalada, o denunciado, que é militar em situação de inatividade, cumpria contrato de prestação de tarefa por tempo certo, desempenhando as funções de Adjunto da Divisão de Supervisão e Controle do Centro Logístico da Aeronáutica (CELOG) e, por volta das 11:30 hs, adentrou a sala da Chefia da Assessoria de Controle Interno do PAMASP, para falar com o Cel VT Carlos Augusto, e a ele se dirigiu, utilizando palavras em inglês.

Na referida sala, estavam também o ofendido, Soldado G. V. O. D. J. e o Soldado C. M. Q., que despachavam assuntos de rotina com o Cel C. A. No exato momento em que o denunciado adentrou na sala, o Cel C. A. respondia questionamento feito pelo Soldado O. sobre procedimento para obter visto para os Estados Unidos da América. O T. M. se envolveu na conversa, comentando que havia morado e estudado nos Estados Unidos da América. O Soldado O. revelou que tinha intenção de cursar intercâmbio naquele país, quando terminasse seu tempo de serviço na Força Aérea, e concluísse seu curso universitário. O T. M. indagou ao Soldado O. o que cursava na faculdade, e ele respondeu que estava no último ano do curso de Economia. Imediatamente, o T. M. dirigiu-se ao Cel Carlos Augusto, proferindo a seguinte frase: **“Um crioulo fazendo Economia!”**, o que gerou mal estar. O T. M. procurou contornar a situação, tecendo considerações a respeito da origem da palavra crioulo. Em seguida, os soldados O. e C. M. Q. pediram permissão para sair da sala, e se dirigiram ao almoço. (Grifo nosso).

Dias depois, em 23 de junho de 2021, o Soldado O. comunicou formalmente os fatos à sua chefia, relatando que a situação descrita havia sido “desconfortável, humilhante, constrangedora”, destacando que a expressão “crioulo” foi proferida em tom de ironia e deboche, e é costumeiramente utilizada para “rebaixar a imagem dos negros

escravizados vindos da África, é um termo extremamente pejorativo e discriminador até nos dias atuais”, e que desejava que fossem tomadas providências para apuração da prática do crime de injúria racial, até para que não se repetissem episódios de preconceito, semelhantes àquele de que foi vítima (fls. 4).

Foi determinada a instauração de sindicância (fls. 5), no âmbito da qual o soldado O. reiterou que se sentiu humilhado com o comentário feito pelo T. M. (fls. 18/19). O soldado C. M. Q. relatou que o T. M., no contexto de uma conversa travada na sala do Cel C. A., ao ouvir do Soldado O. que pretendia viajar aos Estados Unidos da América e que cursava Economia, proferiu a seguinte frase: “Onde já se viu um crioulo cursar Economia!?”, e que era nítido que o soldado O. havia se sentido incomodado, e que ele próprio também se sentiu incomodado, consignando que o conhecimento que possui da palavra crioulo é que “é uma forma de discriminação racial” (fls. 12/13). O Cel C. A. relatou que “o T. M. foi fazer uma brincadeira e disse ‘Ah, um crioulo fazendo Economia!’”, e que tal expressão causou “um aparente misto de surpresa desagradável e desconforto”, e que em seguida o T. M. explicou a origem da palavra crioulo, o Soldado Cleiton Queiroz pediu permissão para se retirar da sala, aparentando constrangimento, e o Soldado O. também deixou transparecer constrangimento, sendo que o T. M. tentou “quebrar o gelo”, tecendo considerações sobre a origem da palavra “crioulo”, e encerrou a conversa de forma amistosa, parabenizando o soldado O. (fls. 21/22). Finalmente, o T. M. sustentou que apenas manifestou surpresa pelo fato do soldado estudar Economia, o que lhe causou espanto e admiração, e que “na atual conjuntura do politicamente correto, jamais chamaria alguém de crioulo”; que não é “maluco”, “nem de quem eu sou íntimo eu chamaria de crioulo” (fls. 28/29).

A autoridade sindicante vislumbrou indícios da prática do crime de injúria racial, e determinou a remessa dos autos à Justiça Militar da União, onde foram autuados como inquérito policial militar (fls. 41/43).

[...]

[...] Independente da corrente historiográfica, podemos perceber que no que se refere ao Brasil, através dos autores, que crioulos representam uma cultura afro-americana, como se houvesse uma unificação das culturas africana e americana (PARÉS, 2005: 92). Praticamente, o crioulo era um indivíduo negro, porém “culturalmente” semelhante ao seu senhor e à sociedade europeia.

Atualmente, em nosso país, a palavra crioulo designa pessoas de pele escura descendentes de africanos, incluindo negros e mulatos, e pode ser considerado racialmente ofensivo. Não inclui pessoas de qualquer outra nacionalidade que tenha a pele escura, apenas aos afrodescendentes [...]. (Laboratório de Ensio e Aprendizagem em História. Índice de Verbetes, <http://www.leah.inhis.ufu.br/node/367>).

Evidente, portanto, que o vocábulo “crioulo” pode conter elemento subjetivo concernente a desprezo e humilhação racial, que restou evidenciado, diante do contexto em que a expressão foi utilizada.

De tudo quanto relatado se extrai que o Coronel VT T. M., agindo de forma livre e consciente, praticou o delito de injúria racial, ofendendo a dignidade ou o decoro do ofendido soldado O., utilizando-se de elementos referentes à raça e cor.

As razões de convicção quanto à autoria dos delitos que se imputam ao denunciado repousam nas peças anexas, notadamente na parte de fls. 4, nos relatos do ofendido, fls. 18/19, e das testemunhas, fls. 12/13 e 20/21.

A Exordial foi recebida em 31 de agosto de 2021, mediante o Despacho proferido pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da União da 2ª Auditoria da 2ª CJM; o Acusado foi citado, na forma da lei, em 14 de junho de 2021, e, na ocasião, declarou que já havia constituído advogado (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 1, docs. 2; 3 e 11).

A procuração outorgada pelo Acusado foi juntada aos autos, conforme o pleito datado de 13 de setembro de 2021 (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 10, docs. 1 e 2).

A certidão de antecedentes criminais emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a folha de antecedentes policiais foram juntadas aos autos (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 14, docs. 1, 2 e 18).

A Defesa de T. M. apresentou o rol de testemunhas em 15 de setembro de 2021, indicando as pessoas a seguir: Cel R1 J. J. D. S.; S1 P. B. C.; Cb SEM W. M. D. M.; 2S QSS BEP D. J. F. D. C. S.; 1S BET J. P. D. S. (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 17).

Mediante o Despacho proferido em 16 de setembro de 2021, a Juíza Federal da Justiça Militar da União da 2ª Auditoria da 2ª CJM designou o dia 29 de setembro de 2021 para a realização do sorteio dos membros do Conselho; e o dia 16 de novembro de 2021 para a realização da audiência de instrução (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 20).

O sorteio dos juízes do Conselho Especial de Justiça se deu no dia 29 de setembro de 2021, mediante o emprego de sistema audiovisual, estando presentes, além da Juíza Federal da JMU, o Acusado, o seu advogado constituído, Dr. F. Í. M. A., e o Representante do Ministério Público Militar, Dr. R. B. D. L. (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 41).

Houve pedido de substituição de 2 (dois) membros do Conselho Especial de Justiça, por parte do Comandante do Comando Aéreo Sudeste, não havendo qualquer oposição pelas Partes (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 43, 48 e 53).

O sorteio dos novos componentes do Conselho Especial de Justiça se deu no dia 18 de outubro de 2021 (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 68).

No dia aprazado, 16 de novembro de 2021, não foi realizada a audiência de instrução, tendo em vista a necessidade da efetivação de um novo sorteio de um dos membros, sendo os autos conclusos ao magistrado para a designação de uma nova data. Esta foi marcada para o dia 8 de fevereiro de 2022 e redesignada para o dia 15 de fevereiro de 2022 (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 87, 96 e 102).

Diante da passagem de membros do Conselho Especial de Justiça para a reserva remunerada e de hospitalização por problemas de saúde, houve novo sorteio, inexistindo qualquer oposição pelas Partes (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 118, 123, 128, 130, 142, 147, 149). O respectivo sorteio se efetivou no dia 27 de janeiro de 2022 (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 139 e 163).

No dia 15 de fevereiro de 2022, mediante o sistema de videoconferência, foi ouvido o Ofendido, bem como foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo MPM, quais sejam, Cel R1 C. A. J. e o Sd C. M. Q. Em seguida, foram ouvidas as testemunhas da Defesa, sendo elas, Cel R1 José Jorge da Silva, S1 P. B. C., Cb W. M. D. M., 2S D. J. F. D. C. e 1S J. P. D. S.

Na mesma ocasião, encerrada a prova testemunhal, o Acusado foi qualificado e interrogado. Após, foi aberto o prazo do art. 427 do CPPM para as Partes (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 172, 173, 174, 175, 178, 179, 181, 183 a 190).

A Defesa e o Representante do *Parquet* Castrense nada requereram na aludida fase processual (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 195 e 197).

Novas certidões de antecedentes criminais negativas foram juntadas aos autos (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 204, docs. 1 a 7).

Em alegações escritas, o MPM postulou a condenação do Acusado, nos termos da Inicial, por restarem comprovados os fatos ora lhe imputados (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 207).

A Defesa, por sua vez, requereu a absolvição do Apelado do crime ora lhe imputado, com fulcro na alínea e do art. 439 do CPPM, por ausência de provas de que houve a intenção, por parte deste, de ofender a Vítima. Ressalta que a prova testemunhal foi unânime em afirmar o espírito brincalhão do Oficial e que este sempre incentivou os seus subordinados ao estudo e à busca do conhecimento.

Ao final, em caso de condenação, postulou a fixação da pena no seu mínimo legal, com o regime prisional inicialmente aberto (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 211).

Estando o processo em ordem e não havendo diligência a ser realizada, foi proferido o despacho saneador, com a designação da sessão de julgamento, por meio de videoconferência, para o dia 17 de maio de 2022 (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 213).

Na data aprazada, o Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica, após os debates orais, por maioria, julgou improcedente a Denúncia, para fins de absolver o T. M. do crime previsto no art. 140, § 3º, do CP, com fulcro na alínea *b* do art. 439 do CPPM, votando vencida a Juíza Federal da Justiça Militar da União, a qual condenava o Acusado como incurso no crime em tela à pena de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias multa, com o regime aberto, com o benefício do *sursis* e com o direito de recorrer em liberdade (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 231).

A Sentença foi disponibilizada no e-Proc em 24 de maio de 2022, e a expedição da intimação se deu em 25 de maio de 2022, com o início do prazo recursal a contar de 30 de maio a 3 de junho de 2022; com a confirmação da intimação em 27 de maio de 2022 e o recurso interposto no mesmo dia (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, eventos 232, 234, 235, 236).

Em suas Razões Recursais, o Representante do Ministério Público Militar pugna pela reforma da Sentença para que o Apelado seja condenado como incurso no art. 140, § 3º, do CP, *c/c* o art. 9º, inciso II, alínea *a*, do CPM, em face da comprovação do elemento subjetivo do tipo (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 236).

A Defesa, por sua vez, em sede de Contrarrazões Recursais, postula o desprovemento do Apelo, para manter *in totum* a Sentença recorrida (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 245).

O trânsito em julgado para a Defesa ocorreu em 14 de junho de 2022 (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 240).

A Procuradoria-Geral da Justiça Militar manifestou-se pelo conhecimento e pelo provimento do recurso ministerial, para condenar o T. M., da RRm, como incurso nas penas do crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do CP (Apelação Criminal nº 7000427-16.2022.7.00.0000, evento 6).

Mediante o Despacho proferido em 11 de novembro de 2022, o então Ministro-Revisor declarou-se suspeito para atuar no feito, à luz do art. 141, parágrafo único, do RISTM (Apelação Criminal nº 7000427-16.2022.7.00.0000, evento 10).

O feito foi redistribuído ao e. Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, conforme Certidão lavrada em 14 de novembro de 2022 (Apelação Criminal nº 7000427-16.2022.7.00.0000, evento 12). O Ministro Revisor teve vista eletrônica dos autos.

É o Relatório.

VOTO

O presente recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade exigidos em lei, devendo ser conhecido. **No mérito, o Apelo do Ministério Público Militar deve ser provido pelas razões abaixo aduzidas.**

O Representante do Ministério Público Militar pugna pela reforma da Sentença para que o T. M. seja condenado como incurso no art. 140, § 3º, do CP, c/c o art. 9º, inciso II, alínea a, do CPM, em face da comprovação do elemento subjetivo do tipo (APM nº 7000262-40.2021.7.02.0002, evento 236).

Inicialmente, cabe apontar, como sendo de grande importância, o tema colacionado no presente feito, particularmente, tendo como resposta de fundo a edição da novel Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023, a qual tipificou a injúria racial como crime de racismo, inclusive com penalidades mais gravosas.

A Carta Magna dispõe em seu art. 5º, inciso XLII, que, consoante os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), de forma geral:

[...] a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

O racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em “raças”, em face de suas características somáticas (relativo ao organismo considerado fisicamente; físico, corporal), bem como, conforme sua ascendência comum. **A partir dessa separação, apregoa a superioridade de um indivíduo sobre outros, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória.**¹¹⁵

Vários estragos o racismo já causou à humanidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionando ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem inferiores, motivo pelo qual não mereceriam viver.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso Ellwanger, considerou que, embora judeu não seja, de fato, raça, não se pode afirmar com precisão o que este termo (raça) queira significar, razão pela qual se pode considerar racismo qualquer atitude antissemita. Na ementa do acórdão, lê-se:

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 657.

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. [...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. **Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.**¹¹⁶ (Grifo nosso).

O Brasil intitula-se como sendo um país formado de várias raças, etnias e religiões, onde, em tese, não haveria discriminação, conforme existe em outros lugares. No entanto, é por demais sabido que há uma forma de discriminação velada, trazida por ofensas e comentários desairosos a pessoas e instituições, que demonstram a face segregativa de muitos¹¹⁷.

É possível, por exemplo, que uma lojista impeça, fisicamente, a entrada de uma pessoa negra em um estabelecimento comercial, embora possa fazê-lo dizendo que “negros não têm postura para ingressar no recinto”.

A pessoa ofendida e humilhada retira-se do lugar, embora não tenha sido fisicamente impedida de ingressar. **O dano foi o mesmo e a segregação está consumada de outra maneira.**

Portanto, é tão importante punir rigidamente quem impede a entrada de uma pessoa negra em um lugar público (reclusão de 1 a 3 anos, conforme art. 5º da Lei nº 7.716/1989), como também quem o faz por meio de comentários jocosos e humilhantes, que afastam a mesma pessoa do lugar onde pretendia ingressar.

No âmbito de normatização legislativa, a Lei nº 7.716/1989 estabelece várias figuras típicas de crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor, embora não promova um rol exaustivo.

Como decorrência de um contexto de evolução legislativa, verifica-se que a norma infraconstitucional surgiu com a edição da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a qual definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

No entanto, segundo a doutrina e a jurisprudência, tal Lei deveria criminalizar toda e qualquer forma de discriminação ou de preconceito. Ao contrário, estipulou, em seu art. 1º, a punição dos crimes resultantes de

¹¹⁶ HC nº 82.424/RS, Pleno, Relator para o Acórdão Maurício Corrêa, 17/9/2003, m. v., RTJ 188/858).

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 659.

discriminação ou preconceito de raça, de cor, de etnia, de religião ou de procedência nacional.

Adiante, foi editada a Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, que trouxe, em seu art. 2º, a tipificação do crime de injúria racial, acrescentando o § 3º ao art. 140 do CP.

Antes da edição da Lei nº 9.459/1997, o agente que proferia insultos de natureza racial escapava da imputação, sob a alegação de que não estava praticando atos de segregação. Acabavam, quando muito, respondendo por injúria – a figura do *caput* do art.140 do CP.

Atualmente, o agente que se dirige a uma pessoa de determinada raça, insultando-a com os argumentos ou com as palavras de conteúdo pejorativo, responderá por injúria qualificada (racial), não podendo alegar que houve uma injúria simples, tampouco uma mera exposição do pensamento.

Por isso, com o advento da Lei nº 9.459/1997, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.

Finalmente, a grande discussão na doutrina e na jurisprudência perdeu dimensão com a edição da Lei nº 14.532/2023, a qual igualou a injúria racial com o crime de racismo, passando a ser delito inafiançável e imprescritível, com ação pública incondicionada.

1. Autoria e materialidade

Após análise da prova trazida aos autos, conclui-se que a Sentença de Piso merece ser reformada, em face da comprovação da autoria, da materialidade e da culpabilidade delitivas do crime previsto no § 3º do art. 140 do CP.

No presente caso, não obstante a nova tipificação legal, os fatos narrados na Inicial ocorreram ainda sob a vigência do § 3º do art. 140 do CP (com redação dada pela Lei 9.459/1997), não havendo que se falar em retroatividade da lei penal vigente, por ser prejudicial à Defesa, conforme princípio constitucional estatuído no inciso XL do art. 5º da CF/1988.

O crime de injúria possuía a seguinte redação, até a edição da Lei nº 14.532/2023:

Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

[...]

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Pena – Reclusão de um a três anos e multa.

O insigne doutrinador Cézar Roberto Bitencourt assim leciona acerca do delito em tela¹¹⁸:

[...] Será preconceituosa ou discriminatória a ofensa à dignidade ou decoro utilizar elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. O maior desvalor da ação, nesta modalidade de injúria, justifica uma maior reprovação penal.

[...]

Para a configuração da injúria por preconceito, é fundamental, além do dolo representado pela vontade livre e consciente de injuriar, a presença do elemento subjetivo especial do tipo, constituído pelo especial fim de discriminar o ofendido por razão de raça, cor, etnia, religião ou origem. [...]

No mesmo sentido, leciona Rogério Sanches Cunha¹¹⁹:

[...] No caso do § 3º do art. 140, o crime é praticado através de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima. [...]

Na injúria, de forma absolutamente diversa, a intenção é a ofensa moral, que, mesmo tendo como meio o abjeto preconceito de raça ou de cor, de nenhuma forma se equipara à conduta anterior [...]

No caso concreto trazido aos autos, reputa-se como sendo evidente que a conduta praticada pelo T. M. em detrimento de G. V. O. D. J., Sd Aer, à época, configura-se no crime de injúria racial, hoje equiparada ao crime de racismo.

Passo, portanto, à análise estrutural do delito em tela.

Injuriar significa ofender ou insultar. O objeto material do crime é a honra e a imagem da pessoa, que sofre com a conduta criminosa; o objeto jurídico é o mesmo. Considera-se o delito consumado quando a ofensa chega ao conhecimento da vítima. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor próprio) ou o decoro (correção moral ou compostura) de alguém.

Ao contrário do que acontece com a calúnia e a difamação, que atingem a honra objetiva da vítima, a injúria atinge a sua honra subjetiva, que consiste no sentimento de dignidade própria, isto é, o juízo de valor que a pessoa faz sobre si mesma. O sentimento de respeito pessoal.

A honra subjetiva é o próprio sentimento que cada um possui sobre as suas respectivas qualidades físicas, morais e intelectuais (autoestima).

¹¹⁸ BITENCOURT, Cézar Roberto, *Parte Especial: crimes contra a pessoa* – Coleção Tratado de Direito Penal volume 2 – 20. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 486-88.

¹¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches, *Manual de direito penal: parte especial* (arts. 121 ao 361), 12. ed. revista, atualizada e ampliada, Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 203.

Portanto, injuriar é um delito que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma.

Trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); formal (delito que pode ter resultado naturalístico, embora não seja indispensável); de forma livre (podendo ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente, inclusive de maneiras indiretas ou reflexas); comissivo (“injuriar” implica ação) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (omissivo impróprio, ou seja, é a aplicação do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo); unissubjetivo (que pode ser praticado por um só agente); unissubsistente ou plurissubsistente (pode ser praticado por um ou mais atos integrando a conduta de injuriar); admite tentativa, se for plurissubsistente¹²⁰.

No presente caso, a instrução criminal está toda lastreada em prova testemunhal, sendo que 2 (duas) testemunhas foram arroladas pela Acusação e 5 (cinco) pela Defesa.

Pela Defesa constituída do Apelado, foram ouvidas as seguintes testemunhas: - Cel R1 J. J. D. S.; - S1 P. B. C.; - Cb W. M. D. M.; - 2S D. J. F. D. C. S.; - e 1S J. P. D. S.

O ponto convergente dos 5 (cinco) depoimentos refere-se à pessoa do Acusado, pois afirmam ser uma pessoa prestativa, preocupada com o conhecimento dos seus subordinados; possui perfil brincalhão, mas, ao mesmo tempo, apresenta um tratamento de respeito com os seus laterais e subordinados.

Todavia, não obstante todas as provas testemunhais produzidas por ação da defesa, importa realçar que, no tocante à suposta prática da conduta ilícita, nenhum dos depoentes se encontrava presente quando ocorreu o fato delituoso imputado ao Réu. **Todos tiveram conhecimento do ocorrido, ou por intermédio do advogado de Defesa, ou pelo próprio T. M., ou seja, mediante a versão por estes apresentada.**

Ao revés, pela Acusação, as testemunhas presenciais estão restritas à pessoa do Cel R1 C. A. J. e do Sd C. M. Q., **que corroboram integralmente a versão trazida pelo Ofendido, Sd G. V. O. D. J..**

Segundo a Acusação, encontravam-se presentes na sala do **Cel C. A. J.**, por volta de 11h40, da manhã do dia 20 de junho de 2021, nas dependências do Parque de Material Aeronáutico de São Paulo, o **Sd C. M. Q. e o Sd G. V. O. D. J. (ofendido)**, para tratarem sobre assunto de trabalho.

¹²⁰ NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Código Penal Comentado*. 8. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 655.

Registre-se que os militares acima nominados confirmaram tal fato apresentado pelo MPM, que o Ofendido e o Sd de Q. estavam despachando com o Cel C. A. no dia e no horário já mencionados.

Nesse ínterim, o Ofendido começou a perguntar ao Cel C. A. sobre o procedimento de viagem para o exterior e sobre como retirar visto, ocasião em que o Acusado adentrou a sala, cumprimentando o Cel C. A., no idioma em inglês, como de praxe, segundo esta testemunha.

Nessa ocasião, o Cel C. A. inseriu o Acusado na conversa, pedindo para o Ofendido tirar suas dúvidas com o próprio T. M., em razão de este já ter morado no exterior. Em seguida, começaram a conversar, inclusive tendo o Ofendido respondido em inglês algumas perguntas do Acusado.

Repise-se que, até este momento, todos os presentes são uníssomos em suas declarações. A divergência começou após a resposta do Ofendido ao Acusado, citando Economia como a atividade acadêmica que se encontrava cursando, na sua fase final.

Segundo o Cel C. A., o Acusado proferiu a seguinte expressão: **“Oh, um crioulo fazendo Economia!”**

Já, para o Sd de Queiroz, afirmou: **“Onde já se viu um crioulo fazendo Economia!”**

O Ofendido, por sua vez, ouviu a seguinte expressão: **“O T. M. deu uma risada, olhou para o Cel C. A. e disse: um crioulo fazendo Economia!”**.

Como se depreende dos depoimentos, todos os presentes ouviram as palavras “Crioulo” e “Economia”, num contexto de surpresa pelo fato de o Ofendido estar realizando o referido curso, **restando configurada a autoria delitiva.**

A materialidade delitiva de igual forma resta caracterizada indene de dúvidas.

A injúria racial é classificada como delito formal e instantâneo, que se consuma no momento em que a ofensa chega ao conhecimento do Ofendido. **No caso, foi proferida de forma direta, na presença do Sd De V., tendo este se sentido altamente constrangido e humilhado com a ofensa proferida pelo Acusado.**

2. Tipicidade

A tipicidade formal, caracterizada pela correlação entre fato e norma (tipo penal), ficou totalmente evidenciada pelas provas testemunhais.

Tal elemento, diante de todos os depoimentos, cinge-se a 2 (dois) aspectos: o primeiro, em razão de um Soldado estar cursando faculdade, já que, em seu próprio depoimento, o Acusado afirmou que os seus subordinados são “analfabetos”; o segundo, pelo fato de uma pessoa de cor, de pele preta estar na faculdade, realizando o curso de Economia, que, segundo o Acusado, era um curso muito técnico.

Por mais que as testemunhas de Defesa – frise-se, que não presenciaram o ato ilícito – afirmem que tais expressões de cunho racial não pudessem vir do Acusado, por ser uma pessoa muito brincalhona e prestativa, dotada de *animus jocandi*, não é essa a versão que os autos apresentam.

Das 5 (cinco) testemunhas arroladas pela Defesa, 3 (três) possuem a coloração da pele preta. Duas delas, S1 P. B. C. e o 1SGT J. P. D. S., afirmaram que nunca ouviram brincadeiras de tal natureza dentro da Força, somente em ambiente externo ao da caserna. No entanto, se ouvissem tal expressão, “crioulo”, ficariam ofendidos e constrangidos. Acreditam que se trata de um termo pejorativo e que causa um sentimento desagradável, que não gostariam de receber.

Diferentemente, a testemunha de Defesa, Cel R1 J. J. D. S., declarou que já foi chamado de “crioulo” na Força, mas que não se sentiu ofendido por isso. Afirmou que antigamente as pessoas utilizavam essas expressões, que era normal.

Como se depreende dos depoimentos acima, tais afirmações indicam a realidade da questão racial no País. Repise-se que, “em tempos não muito longínquos”, as piadas, as chacotas ou até mesmo as expressões desqualificando as pessoas afrodescendentes eram tidas como normais, sem qualquer ofensa.

Hoje, já existe uma grande maioria de pessoas negras que não possuem mais tolerância a “brincadeiras” jocosas como a apresentada na Inicial; que, através de lutas sociais, estão sendo enxergadas por políticas públicas de inclusão social.

Os grandes movimentos antirracistas do passado e da atualidade foram e são os responsáveis pela mudança de pensamento na sociedade, a fim de extirpar por vez essa prática cultural e estrutural, exigindo mudanças na legislação brasileira, como se verifica, em passos lentos.

Nesse sentido, entre vários temas articulados nas redes sociais, cita-se o artigo “Movimento Negro: história, objetivos e conquistas”, datado de 11 de janeiro de 2021, no sítio <https://blog.stoodi.com.br/blog/historia/movimento-negro/>, o qual traz a evolução histórica do movimento negro.

O crime de injúria racial, hoje equiparado ao crime de racismo, por novel legislação, exige, para a sua configuração, além¹²¹ do dolo representado pela vontade livre e consciente de injuriar, a presença do elemento subjetivo especial do tipo constituído pelo especial fim de discriminar o ofendido por razão de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Quanto ao elemento subjetivo do tipo, pune-se o crime apenas quando o agente agir dolosamente. Inexiste a forma culposa. Contudo, exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, **que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia**. Este elemento intencional está implícito no tipo.

O Acusado, ao proferir a expressão **“um crioulo fazendo Economia”**, apesar de negar ter dito tais palavras, o que foi rechaçado pelas testemunhas presentes, agiu de forma livre e consciente, **com o fito de injuriar o Ofendido**, ofendendo sua honra subjetiva (seu amor próprio). E, de igual forma, **com o especial fim de discriminar o Sd De O**.

Tal atitude consubstancia-se no verbo *injuriar*, que é, conforme a definição de Néelson Hungria, **“a manifestação, por qualquer meio, de um conceito ou pensamento que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém”**.

Na concepção do Apelado, um militar Oficial, com nível de instrução mais elevada que seus subordinados, conforme se depreende do seu interrogatório, reputou como um absurdo um Soldado, de cor preta, além de estar lhe respondendo a alguns questionamentos em inglês, ainda cursando nível superior e, ainda mais, Economia.

Isso denota a sua contrariedade e a sua real vontade de discriminar o Ofendido, em razão da sua cor. A começar, após a expressão mencionada pelo Acusado, a conversa, que estava acalorada, ficou silente por instantes.

Nesse momento, o Sd De O., conforme depoimento prestado em Sindicância e em Juízo, sentiu-se ofendido e incomodado. No seu entender, a referida palavra “crioulo” possui conotação discriminatória, de cunho racial, restando configurada a materialidade delitiva.

Atestando o sentimento de revolta do Ofendido, tem-se o depoimento da testemunha Cel C. A., que declarou: “no momento, a expressão facial do Sd G. V. O. J. mudou totalmente, aparentando estar totalmente contrariado”; o que configura o constrangimento imposto ao Ofendido e, por via de consequência, **a consumação instantânea do crime**.

Tanto se faz verdade que o próprio Cel C. A. se sentiu preocupado com a situação e procurou o Ofendido, para tentar explicar que o Acusado estava brincando, que não teve a intenção de ofendê-lo.

¹²¹ Obra já citada. p. 488.

O Acusado, para tentar contornar o clima pesado que pairou sobre o ambiente, começou a explicar a origem histórica da palavra “crioulo”.

Destaca-se aqui, mais uma vez, que o Acusado se considerava superior intelectualmente aos seus subordinados, em especial, aos soldados. Isso se conclui em face das suas palavras de que os soldados, apesar de terem o 2º grau do ensino médio, eram praticamente uns analfabetos.

Diante dessa situação, utilizava parte do seu tempo fazendo indagações aos soldados e esclarecendo sobre as questões culturais, históricas, atuais etc., para lhes dar um pouco de conhecimento.

Daí se pode depreender que o Acusado, no dia dos fatos, já partiu de um posicionamento de superioridade intelectual em relação ao Ofendido, que se acentuou mais ainda em face da sua cor; fato que se mostra amplamente comprovado pelas testemunhas presentes.

O Ofendido se sentiu tão incomodado que, no dia seguinte, levou tal fato ao conhecimento da sua superiora imediata, Tenente Tatiana, que o orientou a procurar o setor jurídico e, dessa forma, assim procedeu.

Traz-se à colação jurisprudência da Suprema Corte, acerca do tema ora em análise, conforme abaixo:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. **INJÚRIA RACIAL**. ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. QUADRO PENALMENTE RELEVANTE. EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA.

1. Ao menos nesta via estreita, é possível verificar que os fatos descritos na denúncia se amoldam, em tese, ao delito de **injúria racial**, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, sobretudo porque indicado o dolo, representado pela livre e consciente vontade de ofender, macular e magoar a honra alheia, além do **elemento** subjetivo especial do tipo, consistente em discriminar o ofendido por motivos de raça, cor ou etnia.

2. Apresentado quadro de relevo para esfera penal, não há que se falar em flagrante ilegalidade a justificar a extinção da ação penal por atipicidade da conduta.

3. Ainda, “o *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos para o fim de verificar a atipicidade da conduta ou qualquer fato capaz de gerar a absolvição do paciente (HC 134985 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 29/6/2017).

4. Agravo a que se nega provimento. (HC 180132 AgR/SC, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Julgamento: 27/3/2020, Publicação: 2/4/2020) (Grifos nossos).

Desse modo, a conduta do Acusado se mostra configurada no art. 140, § 3º, do CP, c/c o art. 9º, inciso II, alínea a, do CPM, em razão de o termo utilizado pelo Acusado ter atingido a honra subjetiva, mediante o uso de expressão envolvendo a sua cor, estando presente, portanto, o *animus injuriandi*.

3. Ilicitude

A ilicitude se encontra configurada nos autos.

A ofensa ocorreu de forma direta, em ambiente de trabalho, na frente de 2 (dois) militares, durante uma conversa pacífica, entre colegas de caserna, inexistindo qualquer discussão prévia, que pudesse descaracterizar o crime em tela.

Dessa forma, inexistem quaisquer causas de exclusão de antijuridicidade.

4. Culpabilidade

O Acusado era oficial da reserva, exercendo função como PTTC, sendo imputável à época. O ora Apelado ocupou a 2ª posição no CELOG, durante uma época de sua carreira, possuindo, assim, posição de destaque.

Portanto, possuía total capacidade de entender o caráter ilícito da sua conduta, esperando-se um comportamento completamente diferente do ora adotado pelo Acusado, na função de um oficial militar.

Logo, tinha pleno conhecimento do potencial de ilicitude da sua conduta, sendo-lhe exigível conduta totalmente diversa, restando, assim, configurada a culpabilidade.

Entendimento no tocante a essa matéria nas Cortes Superiores de Justiça

A jurisprudência da Suprema Corte se posiciona da seguinte forma:

RECURSO ORDINÁRIO – *HABEAS CORPUS* – INADMISSÃO. A decisão mediante a qual inadmitido *habeas corpus* equipara-se ao indeferimento da ordem, sendo impugnável mediante recurso ordinário. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* – FATOS E PROVA – ADEQUAÇÃO. Em jogo a liberdade de ir e vir, não se tem como deixar de adentrar a matéria versada no recurso, pouco importando direcionar à análise de fatos e prova. INJÚRIA RACIAL – TIPICIDADE. Revelada ofensa a honra subjetiva mediante insulto referente a cor ou raça, surge configurada injúria qualificada pelo preconceito – artigo 140, § 3º, do Código Penal. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – AFASTAMENTO – FUNDAMENTAÇÃO. É válida decisão que, embora concisa, revele a inadequação de causa prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal, a afastar a possibilidade de absolvição sumária. (RHC 119177, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira

Turma, julgado em 17/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 25-05-2021 PUBLIC 26-05-2021)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. INJÚRIA RACIAL. ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. QUADRO PENALMENTE RELEVANTE. EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. 1. Ao menos nesta via estreita, é possível verificar que os fatos descritos na denúncia se amoldam, em tese, ao delito de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, sobretudo porque indicado o dolo, representado pela livre e consciente vontade de ofender, macular e magoar a honra alheia, além do elemento subjetivo especial do tipo, consistente em discriminar o ofendido por motivos de raça, cor ou etnia. 2. Apresentado quadro de relevo para esfera penal, não há que se falar em flagrante ilegalidade a justificar a extinção da ação penal por atipicidade da conduta. 3. Ainda, “o *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos para o fim de verificar a atipicidade da conduta ou qualquer fato capaz de gerar a absolvição do paciente” (HC 134985 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 29/6/2017). 4. Agravo a que se nega provimento.” (HC 180132 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 27/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 01-04-2020 PUBLIC 02-04-2020)

Já o STM tem o seguinte entendimento acerca do tema:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DPU. ART. 140, § 3º, DO CP. INJÚRIA RACIAL. PRELIMINAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO VETO PRESIDENCIAL AO ART. 2º DA LEI Nº 13.491/17. RATIFICAÇÃO. CONGRESSO NACIONAL. REJEIÇÃO. UNÂNIME. MÉRITO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL MILITAR. PLEITO. REALIZAÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO. PEDIDO. INCIDÊNCIA. LEI Nº 9.099/95. INCIDÊNCIA. SÚMULA Nº 9 DO STM. NÃO ACOLHIMENTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNÂNIME. A Lei nº 13.491/17, que alargou a competência da Justiça Militar para processar e julgar, além dos crimes militares elencados no CPM, também, os delitos previstos na legislação penal, quando praticados no contexto do art. 9º do CPM, está em harmonia com a Constituição Federal de 1988. Preliminar de inconstitucionalidade rejeitada por unanimidade. O delito de injúria racial praticado, no interior da caserna, por militar que profere expressões depreciativas em relação à raça e à cor da vítima (militar da ativa), atrai a competência da Justiça Militar da União, para processamento e para julgamento do feito, a teor do art. 124 da CF/88 e do art. 9º, inciso II, do CPM. O instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não tem aplicação no âmbito da Justiça Militar, em face da legislação processual militar não ter sido contemplada, nesse tópico específico, pela Lei nº 13.964/2019, que acrescentou o art. 28-A ao CPP comum. A par de

reiterada jurisprudência firmada nesta justiça especializada, os institutos jurídicos contidos na Lei nº 9.099, de 26 setembro de 1995, não têm alcance nas ações penais em curso na Justiça Militar da União, ante a especialidade de seu ordenamento normativo. Enunciado nº 9 da Súmula do STM. Ordem denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. *HABEAS CORPUS* nº 7000027-36.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 21/05/2021, Data de Publicação: 31/05/2021)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INJÚRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO. As condutas tipificadas como crimes impropriamente militares são, expressamente, da competência da Justiça Militar da União, quando ocorrem em área militar ou sujeita à administração militar; contra a administração militar ou contra militar no exercício de sua função, sendo, também, nesses casos, o Conselho Permanente de Justiça o Juiz Natural. Quando o agente imputa várias pechas ao militar, as quais ofendem a sua dignidade, o seu decoro ou a sua “raça” (cor) é competente a Justiça Militar da União para processar e julgar o feito, enquadrando-se no tipo do art. 216 do Código Penal Militar. Recurso provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000096-28.2014.7.10.0010. Relator(a): Ministro(a) ALVARO LUIZ PINTO. Data de Julgamento: 17/09/2015, Data de Publicação: 07/10/2015).

Por óbvio, no presente caso, a autoria, a materialidade e a culpabilidade se encontram configuradas.

Nessa senda, a Sentença deve ser reformada, para que o Acusado seja condenado como incurso no art. 140, § 3º, do CP, c/c o art. 9º, inciso II, alínea a, do CPM.

5. Dosimetria da pena

Na primeira fase, as circunstâncias judiciais são favoráveis ao Acusado, por ser primário e possuidor de bons antecedentes, devendo a reprimenda ser fixada no seu mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão, à luz do art. 140, § 3º, do CP.

O delito em tela ingressou na esfera da competência desta Justiça Especializada a partir da edição da Lei nº 13.491/2017, passando a constituir o que a jurisprudência castrense nominou como sendo “crime militar por extensão”, combinado com o que dispõe o art. 9º, inciso II, do CPM.

Acresce-se, ainda, a consideração da aplicação de o preceito secundário da norma contida no art. 140, § 3º, do CP, que traz como reprimenda a pena de 1 (um) a 3 (três) anos de reclusão e, por ser de natureza jurídica imperativa, a multa.

Por óbvio, não obstante o art. 55 do CPM não preveja pena de multa, não há que falar em aplicação da legislação penal comum *in malam partem*, mas tão somente da estrita observância dos Princípios da Legalidade e da Reserva Legal, os quais vinculam as penas cominadas ao Acusado ao tipo penal incursionador.

Dessa forma, aplica-se a pena de multa prevista no art. 140, § 3º, do CP, parte final, por ser preceito secundário da norma, conforme entendimento jurisprudencial já consagrado nesta Corte, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. MOEDA FALSA. ARTIGO 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO PARA JULGAMENTO DE RÉU CIVIL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. RÉU CIVIL. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. DÚVIDA QUANTO À PARTICIPAÇÃO NA AQUISIÇÃO DA MOEDA FALSA. NÃO ACOLHIMENTO. REDUÇÃO DA PENA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. ARTIGO 29, § 1º, DO CÓDIGO PENAL COMUM. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE ESTELIONATO. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO CABIMENTO. ENUNCIADO Nº 73 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUALIDADE DA FALSIFICAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. FORMA TENTADA. ARTIGO 30, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PREJUDICIALIDADE. CRIME IMPOSSÍVEL. ART. 32 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA OU SUBSTITUIÇÃO DA PENA APLICADA POR SERVIÇOS COMUNITÁRIOS. NÃO ACOLHIMENTO. RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ART. 16 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. UNANIMIDADE. O comando constitucional insculpido no art. 124 atribui à Justiça Militar da União a competência para o processamento e o julgamento dos crimes militares definidos no Código Penal Militar. Na espécie, os Acusados foram denunciados pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal comum, em circunstâncias que encontram perfeita adequação à dicção do artigo 9º, inciso II, alínea “e”, do Código Penal Militar, c/c o art. 27 da LOJM, ou seja, no momento da consumação do delito, os Réus eram militares em serviço ativo do Exército Brasileiro, e o crime foi praticado em detrimento da ordem administrativa militar, o que atrai a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do feito, tendo sido levado a efeito pelo Conselho Permanente de Justiça. Preliminar de Incompetência da Justiça Militar para Julgamento de Réu Civil rejeitada. Decisão por unanimidade. O licenciamento do Acusado do serviço ativo não constitui ausência

superveniente de pressuposto de admissibilidade do Recurso, não ensejando a perda do seu objeto, tampouco afasta a competência desta Justiça Militar para processar e julgar o feito, haja vista que, ao tempo da consumação do delito, os Réus ostentavam a condição de militar em serviço ativo. Preliminar de incompetência da Justiça Militar por ausência de condição de prosseguibilidade rejeitada. Decisão por unanimidade. O delito de moeda falsa encartado no artigo 289, § 1º, do Código Penal comum, é classificado como crime plurissubsistente (a conduta, em regra, pode ser composta por atos distintos, admitindo seu fracionamento), de modo que a prática de qualquer um dos verbos nucleares do tipo penal é suficiente para a configuração do crime e, na conduta em exame, se por um lado os autos demonstraram que o Réu não participou da aquisição da moeda falsa, fê-la circular, configurando-se, pois, o delito. A incidência da causa de diminuição prevista no artigo 29, § 1º, do Código Penal comum, somente se efetiva nos casos de participação (instigação e cumplicidade), não se aplicando às hipóteses de coautoria. Vale dizer que, nas circunstâncias descritas nos autos, a toda evidência, o Acusado não teve mera participação, mas efetivamente foi coautor da prática delitiva quando, consciente de que se tratava de moeda falsa, a fez circular trocando-a por dinheiro verdadeiro com um colega de farda. Os fatos descritos na Exordial Acusatória encontram perfeita adequação ao tipo descrito no artigo 289, § 1º, do Código Penal comum, mormente porque, para a caracterização do referido delito, a falsificação deve ser capaz de induzir a vítima em erro, de modo que a moeda possa ser recebida como se verdadeira fosse não cabendo a alegada desclassificação da conduta para o delito de estelionato previsto no art. 251 do Código Penal Militar. Afinal, conforme destacou o Laudo Pericial nº 791/2017 - SETEC/SR/PF/AM, de 3 de outubro de 2017, elaborado pelo Setor Técnico-Científico da Superintendência Regional da Polícia Federal no Amazonas, “[...] A falsificação de cédula possui qualidade mediana.”. Dessa forma, torna-se inaplicável o Enunciado nº 73 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, justamente porque não se identifica nos autos a alegada falsificação grosseira. Ao revés, os autos revelam com absoluta clareza que as cédulas introduzidas na circulação pelos Acusados foram aptas a ludibriar os terceiros que as receberam, restando configurada, portanto, a conduta descrita no artigo 289, § 1º, do Código Penal comum. Não sendo cabível a desclassificação da conduta descrita nos autos para a figura típica do estelionato, por via de consequência, sequer se poderia admitir o reconhecimento da forma tentada, restando prejudicada a análise dos pleitos defensivos. É incabível a alegação de crime impossível, na medida em que além da clara dicção do art. 32 do Código Penal Militar estabelecer que nenhuma pena será aplicada quando pela ineficácia absoluta do meio empregado ou por absoluta impropriedade do objeto é impossível consumar-se o crime, no caso em exame, efetivamente, os Réus fizeram introduzir moeda falsa na circulação na Unidade, seja para o pagamento de lanches na Cantina, seja trocando por cédulas verdadeiras com outros colegas de farda. Vale dizer que não houve a

pronta identificação do delito. Os delitos perpetrados pelos Acusados, bem como as circunstâncias nas quais foram praticados os intentos criminosos, evidenciam o que a doutrina passou a denominar “crimes militares por extensão”, na esteira da alteração trazida ao ordenamento jurídico pela Lei nº 13.491/2017, que alterou o inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, estabelecendo que são considerados crimes militares, além dos previstos no referido Estatuto Repressivo Castrense, os previstos na legislação penal, quando praticados no contexto das alíneas de “a” a “e” do citado dispositivo. Tal desiderato ampliou o rol dos crimes militares, dentre os quais passaram a figurar, também, os preceitos primários e secundários tipificados na legislação penal comum. As condutas perpetradas pelos Acusados encontram perfeita adequação ao delito encartado no artigo 289, § 1º, do Código Penal comum, de tal forma que a pena de multa integra o referido tipo penal, não sendo possível dissociar as penas cominadas pelo legislador no Diploma legal. **A despeito de o art. 55 do Código Penal Militar não prever a pena de multa, não se pode falar em aplicação de legislação extravagante *in mallam partem*, mas, tão somente, na estrita observância dos Princípios da Legalidade e da Reserva Legal, os quais vinculam as penas cominadas aos Acusados ao tipo penal incursionador.** Vale dizer que, tal como no caso em exame, cuja conduta foi tipificada como crime de moeda falsa, descrito no artigo 289, § 1º, do Código Penal comum, embora categorizado como “crime militar por extensão” quando cometido na forma e nas circunstâncias delineadas pelos inciso II e III do artigo 9º do Código Penal Militar, em sua essência, é um crime comum, de sorte que a alteração introduzida pela novel Lei nº 13.491/2017 albergou, unicamente, os tipos penais, ou seja, os preceitos primários e secundários da legislação penal extravagante, restando preservados os Postulados da Legalidade e da Reserva Legal, sem que se possa suscitar eventual violação ao Princípio da Especialidade. Todavia, ainda que se trate de crime militar por extensão, cuja essência é de crime comum, conforme destacado anteriormente, ainda assim é incabível a substituição das penas aplicadas pelo Juízo de primeiro grau por prestação de serviços comunitários, pois, conforme entendimento recorrente desta Corte Castrense, o advento da Lei nº 13.491/17 não teve o condão de promover alterações legislativas para além da ampliação do rol de condutas classificadas como crimes militares, o que significa dizer, não alterou outros dispositivos da Parte Geral do CPM, além do art. 9º, tampouco determinou que nos crimes militares extravagantes deveria ser aplicada a Parte Geral do Código Penal comum, de maneira que uma interpretação nesse sentido importaria em ir além daquilo que o legislador desejou. Em consequência, a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direito não pode ser encarada como mera omissão, mas afigura-se como opção legislativa que, ao deixar de prever tal desiderato, demonstra sua inaplicabilidade no âmbito desta Justiça Especializada, o que também afasta a pretensão defensiva de ver reconhecida a figura do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal comum. Ainda que o referido instituto fosse aplicável no

âmbito desta Justiça Castrense, mesmo assim seria incabível a pretensão defensiva na medida em que o instituto do arrependimento posterior é incompatível com os crimes contra a fé pública, assim como nos demais crimes não patrimoniais em geral dada a impossibilidade material de haver reparação do dano causado ou a restituição da coisa subtraída. Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000744-48.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 17/2/2022, Data de Publicação: 9/3/2022). (Grifos nossos).

Nessa senda, em razão do art. 58 do Código Penal Militar e pelo fato de inexistirem circunstâncias que desabonem a conduta do Acusado, fixo a quantia de 10 (dez) dias-multa, na forma do art. 49, *caput*, do CP, no seu mínimo legal. E, de acordo com o § 1º da mesma norma, fixo o dia-multa no valor de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo mensal vigente à época do delito, portanto, acima do mínimo legal, em razão da condição financeira do Acusado, ou seja, por ocupar o posto de Coronel da Aeronáutica, à luz do art. 60 do CP.

Na segunda fase, estão ausentes as circunstâncias agravantes ou atenuantes, permanecendo a pena no seu mínimo legal.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento ou de diminuição de pena, tornando-se definitiva em 1 (um) ano de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime aberto, na conformidade do art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal Brasileiro, e 10 (dez) dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 1/10 (um décimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

Concedo o direito de recorrer em liberdade, por ser o réu primário e possuidor de bons antecedentes e, com fulcro nos arts. 84 e seguintes do Código Penal Militar, o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, desde que aceitas as condições a seguir descritas: 1. Apresentar-se a este Juízo, ou a outro que lhe for designado, a cada 90 (noventa) dias; 2. Não se ausentar do território sob jurisdição deste Juízo, sem prévia autorização; 3. Não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender; 4. Não mudar de residência sem prévia comunicação a este Juízo.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao Apelo Ministerial, para, reformando a Sentença, condenar T. M. à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 140, § 3º, do CP, *c/c* o art. 9º, inciso II, alínea *a*, do CPM, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP, e 10 (dez) dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do fato, à luz dos arts. 49 e seu § 1º, e 60, ambos do CP, com o direito de recorrer em liberdade, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, na forma do art. 84 e seguintes da Lei Penal militar, nas condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a sua alínea *a*, e delego ao Juízo de Piso a presidência da audiência

admonitória. Após o trânsito em julgado, determino seja comunicado ao TRE, à luz do art. 15, inciso III, da CF/1988.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em Sessão presencial/videoconferência, sob a presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro Ten Brig Ar Francisco Joseli Parente Camelo, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, acatando o voto do ministro José Barroso Filho (Relator), em decretar segredo de justiça do presente feito, consoante o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Na sequência, **por maioria**, em dar provimento ao apelo Ministerial, para, reformando a Sentença, condenar T. M. à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no art. 140, § 3º, do CP, c/c o art. 9º, inciso II, alínea a, do CPM, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, à luz do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, e 10 (dez) dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do fato, à luz dos arts. 49 e seu § 1º, e 60, ambos do CP, com o direito de recorrer em liberdade, com o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, na forma do art. 84 e seguintes da Lei Penal Militar, nas condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuada a sua alínea a, delegando ao juízo de piso a presidência da audiência admonitória. Após o trânsito em julgado do acórdão, em determinar que seja comunicado o TRE, à luz do disposto no art. 15, inciso III, da CF/1988.

Brasília, 4 de maio de 2023 – Dr. José Barroso Filho, Ministro relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Ten Brig Ar CARLOS VUYK DE AQUINO
Apelação Criminal Nº 7000427-16.2022.7.00.0000

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público Militar contra a Sentença proferida pelo Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 2ª CJM que, por maioria, absolveu o Cel Aer T. M. do crime previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal comum, com fulcro na alínea “b” do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Por ocasião do julgamento do citado Recurso, em Sessão por Videoconferência ocorrida em 4 de maio de 2023, o Plenário desta Corte Castrense, por maioria, decidiu dar provimento ao Apelo ministerial para, reformando a Sentença absolutória de primeiro grau, condenar o Acusado à pena de 1 (um) ano de reclusão, como incurso no artigo 140, § 3º, do Código Penal comum, c/c o artigo 9º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, na forma do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal comum, e 10 (dez) dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época do fato, conforme disposto nos artigos 49, § 1º, e 60, ambos do Código Penal comum,

com o direito de recorrer em liberdade, concedendo-se o benefício do *sursis* pelo prazo de 2 (dois) anos, na forma do art. 84 e seguintes do Estatuto Repressivo Castrense, estabelecidas as condições previstas no art. 626 do Código de Processo Penal Militar, à exceção da alínea “a” do citado dispositivo, delegando-se ao Juízo de primeiro grau a Presidência da Audiência Admonitória. Após o trânsito em julgado do Acórdão, determinou-se a comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral, à luz do disposto no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Na oportunidade, integrei a corrente minoritária juntamente com o eminente Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi, negando provimento ao Apelo ministerial para manter a absolvição do Acusado.

O ponto de divergência nos presentes autos circunscreve-se ao fato de que não identifiquei o elemento subjetivo do tipo penal incursionador imputado ao Cel Aer T. M., razão pela qual o absolvía com base na alínea “b” do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Conforme se extrai da Peça Acusatória:

(...) Consta do incluso Inquérito Policial Militar que, no dia 20 de junho de 2021, nas dependências do Parque de Material Aeronáutico de São Paulo (PAMASP), o denunciado injuriou o Soldado G. V. O. J., ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro mediante utilização de elementos referentes a raça e cor. Na data assinalada, o denunciado, que é militar em situação de inatividade, cumpria contrato de prestação de tarefa por tempo certo, desempenhando as funções de Adjunto da Divisão de Supervisão e Controle do Centro Logístico da Aeronáutica (CELOG) e, por volta das 11:30hs, adentrou a sala da Chefia da Assessoria de Controle Interno do PAMASP, para falar com o Cel VT C. A., e a ele se dirigiu, utilizando palavras em inglês. Na referida sala, estavam também o ofendido, Soldado G. V. O. de J. e o Soldado C. M. Q., que despachavam assuntos de rotina com o Cel C. A.. No exato momento em que o denunciado adentrou na sala, o Cel C. A. respondia questionamento feito pelo Soldado O. sobre procedimento para obter visto para os Estados Unidos da América. O Cel T. se envolveu na conversa, comentando que havia morado e estudado nos Estados Unidos da América. O Soldado O. revelou que tinha intenção de cursar intercâmbio naquele país, quando terminasse seu tempo de serviço na Força Aérea, e concluisse seu curso universitário. O Cel T. indagou ao Soldado O. o que cursava na faculdade, e ele respondeu que estava no último ano do curso de Economia. Imediatamente, o Cel T. dirigiu-se ao Cel C. A., proferindo a seguinte frase: “Um crioulo fazendo Economia!”, o que gerou mal estar. O Cel T. procurou contornar a situação, tecendo considerações a respeito da origem da palavra crioulo. Em seguida, os soldados O. e C. M. Q. pediram permissão para sair da sala, e se dirigiram ao almoço. Dias depois, em 23 de junho de 2021, o Soldado O. comunicou formalmente os fatos à sua chefia, relatando que a situação descrita havia sido “desconfortável, humilhante, constrangedora”, destacando que a

expressão “crioulo” foi proferida em tom de ironia e deboche, e é costumeiramente utilizada para “rebaixar a imagem dos negros escravizados vindos da África, é um termo extremamente pejorativo e discriminador até nos dias atuais”, e que desejava que fossem tomadas providências para apuração da prática do crime de injúria racial, até para que não se repetissem episódios de preconceito, semelhantes àquele de que foi vítima (fls. 4). Foi determinada a instauração de sindicância (fls. 5), no âmbito da qual o soldado O. reiterou que se sentiu humilhado com o comentário feito pelo Cel T. (fls. 18/19) (...) o Cel T. sustentou que apenas manifestou surpresa pelo fato do soldado estudar Economia, o que lhe causou espanto e admiração, e que “na atual conjuntura do politicamente correto, jamais chamaria alguém de crioulo”; que não é “maluco”, “nem de quem eu sou íntimo eu chamaria de crioulo” (fls. 28/29). A autoridade sindicante vislumbrou indícios da prática do crime de injúria racial, e determinou a remessa dos autos à Justiça Militar da União, onde foram autuados como inquérito policial militar (fls. 41/43).

Realmente, é certo que o termo “crioulo” integra rol de expressões de índole racista, de acordo com diversas fontes: “Crioulo/Negão”: Era a designação do filho de escravizados, é um termo extremamente pejorativo e discriminador do indivíduo negro ou afrodescendente (...) Atualmente, em nosso país, a palavra crioulo designa pessoas de pele escura descendentes de africanos, incluindo negros e mulatos, e pode ser considerado racialmente ofensivo. (...) Evidente, portanto, que o vocábulo “crioulo” pode conter elemento subjetivo concernente a desprezo e humilhação racial, que restou evidenciado, diante do contexto em que a expressão foi utilizada. De tudo quanto relatado se extrai que o Coronel VT T. M., agindo de forma livre e consciente, praticou o delito de injúria racial, ofendendo a dignidade ou o decoro do ofendido soldado Oliveira, utilizando-se de elementos referentes à raça e cor (...).

Prima facie, é imperioso destacar o repúdio ao comportamento descrito na Peça Acusatória, notadamente porque a análise desse caso transcende o ambiente das Forças Armadas. A minha percepção pessoal acerca do tema em debate é a de que, embora a sociedade brasileira esteja em transição, ainda assim, é preciso ter claro que ninguém muda da noite para o dia, sendo absolutamente necessária uma avaliação minuciosa do assunto não só sob a perspectiva de que situações desse jaez não descambem para uma normalidade, porém tampouco se enveredem para a generalização.

Vale dizer que a apreciação da conduta do Acusado não pode ficar adstrita à expressão por ele utilizada, por mais que se reconheça que ela pode identificar uma índole racista, como bem alinhou o Órgão ministerial em sua Denúncia, sendo imprescindível a contextualização não como forma de minimizar atitudes como a descrita nos autos, mas, de fato, apreciá-las sob a ótica de eventual cometimento do delito de injúria racial.

Nesse contexto, volto a insistir, é absolutamente reprovável qualquer expressão que ultrapasse os limites do tolerável, devendo essa atitude ser

veementemente combatida pelo Estado, haja vista a discriminação racial estar associada à imposição histórica de subjugar grupos de pessoas em razão de sua cor.

Nunca é demais salientar que essa forma de pensamento, que transcende gerações na história mundial, desencadeou uma série de vítimas brutalmente atacadas não só em sua integridade física, como também e sobretudo em sua dignidade, sob o falso pretexto de uma superioridade que se mostra inaceitável nos dias atuais.

Todavia, examinando cuidadosamente todas as circunstâncias que envolveram o fato descrito nos presentes autos, não vislumbrei na atitude do Réu o dolo de depreciar o Ofendido, pois, a toda evidência, para que seja classificada como conduta típica de injúria racial, é necessário que o contexto no qual tenha sido proferida a expressão revele, incontestemente, a consciência de desprezo e humilhação.

Basta dizer que o termo “crioulo” é utilizado para designar pessoas de pele negra sem que aqui, em hipótese alguma, esteja sendo minimizada a fala do Acusado, até mesmo porque não desconheço que o racismo é uma forma de pensamento que teoriza a respeito da existência de seres humanos divididos em “raças”, sendo que é a partir dessa separação que se apregoa a superioridade de um indivíduo sobre os demais, simplesmente pela cor da sua pele, ou da sua raça, em atitude autenticamente preconceituosa e discriminatória.

Além disso, em que pese a transformação ocorrida ao longo dos anos com vistas a extirpar definitivamente o racismo em todas as suas formas, é inegável que ainda se verifiquem resquícios de uma cultura preconceituosa que, conforme destaquei anteriormente, não se extingue de forma instantânea, da noite para o dia, sendo necessário um empenho intenso de todos os atores sociais de forma a evitar que tais fatos continuem se propagando.

Nada obstante, insisto, a minha percepção para o caso em exame é a de que se tratou de uma frase absolutamente infeliz que, se por um lado, não merece a resposta penal em face da não identificação do elemento subjetivo do tipo incursionador previsto na legislação de regência, por outro, não prescinde do devido repúdio, mormente quando num ambiente hierarquizado como o das Forças Armadas, onde, por si só, o simples fato de ter sido proferida a expressão por um Coronel em face de um Soldado já importaria uma não reação por parte do Ofendido.

E o faço baseado, também, no depoimento prestado pelo Cel Aer Carlos Augusto, que presenciou o episódio, tendo afirmado que:

(...) Assim, o Cel T., com seu jeito brincalhão, disse “um crioulo fazendo Economia!” (...) Após a expressão ter sido proferida pelo Cel T., o acontecimento gerou um aparente desconforto no S1 V. Oliveira, o que o

fez se manifestar, mas a não se recordava ao certo sobre o que o ofendido falou exatamente. Com isso, o Cel T. começou a explicar a origem da palavra “crioulo”, narrando sobre a colonização espanhola e sobre o fato de que os descendentes de espanhóis nascidos nos países da América eram pejorativamente chamados assim por não terem nascido na Espanha. Nisso, ingressou no debate falando que o termo havia sido distorcido ao longo do tempo. Retratou que a conversa estava parecendo uma aula de História (...). Considerou que no dia dos fatos, o militar havia feito uma brincadeira infeliz com o Soldado, uma vez que deveria ter visto o S1 Guilherme cerca de três ou quatro vezes por não trabalhar diretamente no PAMA, e sim em outro quartel. Ele não tinha intimidade com o S1 V. (...) Para ele, o Cel T. havia feito uma brincadeira, proferindo a frase “um crioulo fazendo Economia!”, causando um misto de surpresa e desconforto pelos entreolhares, bem como um debate histórico acerca da origem da expressão “crioulo”. Reforçou que essa era sua percepção em relação aos fatos, e que a expressão foi infeliz para o momento, uma vez que ambos não possuíam intimidade (...) Aduziu que, antigamente, era mais comum se dirigir a alguém íntimo como “crioulo”. Tinha 58 (cinquenta e oito) anos de idade. As gerações eram diferentes e anteriormente, não havia tal constrangimento. Era comum por exemplo, se referir a uma pessoa de origem japonesa como “japa”. Em sua infância e juventude era algo coloquial, mas hoje tais expressões não eram mais cabíveis. É preciso ter muito mais cuidado. Era algo comum há cerca de 20 (vinte) ou 30 (trinta) anos. Não era comum na Aeronáutica chamar alguém de “crioulo”. Mas considerava que isso acontecia quando existia muita intimidade entre pessoas que eram amigas, como por exemplo um amigo seu que fora internado por estar com Covid-19. No grupo de WhatsApp, seus colegas diziam “o crioulo Batista está internado, vamos orar por ele” (...) (Grifos nossos).

Portanto, considerando que, para a caracterização do delito de injúria racial, previsto no § 3º do artigo 140 do Código Penal, além do dolo de injuriar e ofender a honra subjetiva do ofendido, “(...) necessária a presença do elemento subjetivo especial, consistente na específica finalidade de discriminar o ofendido em razão de sua raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.” (Apelação Criminal nº 0000016-79.2015.8.16.0042, Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes, DJe: 29/05/2018, Tribunal de Justiça do Paraná), e considerando que apesar de o Acusado ter proferido a infeliz expressão descrita na Denúncia, ao meu sentir, não restou comprovado na sua conduta o ânimo de ofender e discriminar o Ofendido em razão da sua cor de pele, não merece reparo a Sentença absolutória de primeiro grau.

Diante do exposto, divergindo da corrente majoritária, neguei provimento ao Apelo ministerial para manter a Sentença proferida pelo Conselho Especial de Justiça para a Aeronáutica da 2ª Auditoria da 2ª CJM que, por maioria, absolveu o Cel Aer T. M. do crime previsto no artigo 140, § 3º, do

Código Penal comum, com fulcro na alínea “b” do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do artigo 52 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 4 de maio de 2023.

Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino
Ministro do STM

APELAÇÃO Nº 7000553-66.2022.7.00.0000

Relator: Ministro Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros

Revisor: Ministro Dr. José Coêlho Ferreira

Apelante: Ministério Público Militar

Apelante: Adriano Souza da Cunha Lira

Advogados: Marcello Daemon (OAB RJ206920)

João Alberto de Almeida Junior (OAB RJ200129)

Apelado: Ministério Público Militar

Apelado: Adriano Souza da Cunha Lira

Advogados: Marcello Daemon (OAB RJ206920)

João Alberto de Almeida Junior (OAB RJ200129)

EMENTA

APELAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. POSSE DE ENTORPECENTE NO INTERIOR DE NAVIO EM PARTIDA PARA A ANTÁRTICA. ART. 33 DA LEI DE DROGAS (GUARDAR E MANTER EM DEPÓSITO COM O OBJETIVO DE EXPORTAR). NÃO APLICÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 290 DO CPM. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA DO STM. PRELIMINARES DEFENSIVAS DE ILICITUDE DA PROVA E DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NÃO CONHECIDAS POR SEREM MATÉRIA DE MÉRITO. APELO DEFENSIVO PARA MUDAR A CAPITULAÇÃO ABSOLUTÓRIA. PRELIMINARES DEFENSIVAS APRECIADAS NO MÉRITO DO RECURSO MINISTERIAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RECEPÇÃO DO ART. 290 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. TESES DE INEXISTÊNCIA DE DOLO E DE AUSÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMAL PENAL. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo dúvida acerca da existência do delito, é incabível deferir o pleito recursal defensivo que busca a alteração do fundamento legal da absolvição proferida na Sentença *a quo* da alínea “e” do art. 439 do CPPM (“não existir prova suficiente para a condenação”), para a alínea “a” do mesmo dispositivo legal (“estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência”). Recurso defensivo a que se nega provimento.

Legalidade na inspeção dos camarotes no formato realizado, utilizando-se de cães farejadores, resultando na apreensão da substância entorpecente, sendo os inspecionados chamados a ficarem próximos ao local.

A falta da integralidade das imagens do circuito interno de câmeras do Navio não implica a quebra da cadeia de custódia,

máxime considerando que não houve cortes ou montagem nas imagens acostadas aos autos.

Autoria e materialidade amplamente demonstradas pelas provas documental e testemunhal e por indícios veementes verificados na dinâmica dos fatos.

Inexistência de certeza da intenção de exportar. Delito do art. 290 do CPM comprovado e mais benéfico ao réu. Desclassificação, nos exatos termos do Enunciado nº 5 da Súmula desta Corte.

Apelo ministerial parcialmente provido. Decisão unânime.

DECISÃO

O Tribunal Pleno, **por unanimidade**, decidiu não conhecer das preliminares suscitadas pela defesa, de inadmissibilidade de provas ilícitas e de quebra da cadeia de custódia por falta da integralidade das gravações do CFTV. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, decidiu negar provimento ao recurso defensivo e dar provimento parcial ao recurso ministerial para, reformando a sentença absolutória, condenar o ex-Cb Mar Adriano Souza da Cunha Lira, por desclassificação, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 290 do CPM, sem direito ao *sursis*, e o regime prisional inicialmente aberto para cumprimento da pena, e, **por maioria**, aplicar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas. O Ministro Artur Vidigal de Oliveira deixava de aplicar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas e fará declaração de voto. Presidência do Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Presente o Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Dr. Alexandre Carlos Umberto Concesi.

Relator do Acórdão: Ministro Cláudio Portugal de Viveiros.

Votantes: Ministro Cláudio Portugal de Viveiros, Ministro Carlos Augusto Amaral Oliveira, Ministro José Barroso Filho, Ministro Celso Luiz Nazareth, Ministro Leonardo Puntel, Ministro Artur Vidigal de Oliveira, Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Ministro Marco Antônio de Farias, Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Ministro Francisco Joseli Parente Camelo, Ministro Odilson Sampaio Benzi, Ministro José Coêlho Ferreira, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz e Ministro Lourival Carvalho Silva. (Extrato da Ata da Sessão de Julgamento, 6/3/2023.)

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação interpostos pela Defesa e pelo Representante do *Parquet*, contra a Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, que absolveu o ex-Cabo da Marinha ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA do crime previsto no artigo 33 c/c o artigo 40, inc. III, com a

redução prevista no § 4º do artigo 33, todos da Lei nº 11.343/2006¹²², com fundamento no artigo 439, alínea “e”, do CPPM. A Defesa requer a absolvição lastreada na alínea “a” do art. 439 do CPPM. O MPM, por sua vez, requer a reforma da Sentença, a fim de que o Acusado seja condenado pela prática do delito capitulado na Lei de Drogas, em face da certeza quanto à autoria e à materialidade delitivas.

A Denúncia narra que:

...no dia 14 de outubro de 2019, às 8h, na cidade de Rio Grande/RS, a bordo do Navio Polar Almirante Maximiano, o qual se encontrava atracado no cais da Estação Naval de Rio Grande, em viagem à Antártica, o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA guardava e mantinha em depósito no interior do navio, com objetivo de exportar, um pote contendo uma embalagem transparente que trazia, em seu interior, 1,3g (um grama e trinta centigramas) e 26 (vinte e seis) pacotes com peso total de 40,51g (quarenta gramas e cinquenta e um centigramas) de substância com princípio ativo THC, substância entorpecente conhecida vulgarmente como “maconha”, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

¹²² Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012) Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:... III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

regulamentar, sendo que a substância entorpecente se destinava a ser levada para fora do território nacional.

Segundo o apurado, o Navio Polar Almirante Maximiano atracou no cais da Estação Naval do Rio Grande (ENRG), em Rio Grande-RS, no dia 12 de outubro de 2019, às 10h.

Com exceção do pessoal de efetivo serviço, todos os militares, inclusive o denunciado, foram liberados, a partir das 12h do dia 12 de outubro de 2019, sendo que todos deveriam regressar até as 7h do dia 14 de outubro de 2019. Após esse horário, nenhum militar estava autorizado a se ausentar do navio uma vez que todos estariam envolvidos na preparação para a desatracação, a qual, segundo o cronograma da OPERANTAR XXXVIII, ocorreria no dia 14 de outubro de 2019 às 13h, iniciando o Navio Polar o deslocamento para o porto de Punta Arenas (Chile), onde deveria atracar até o dia 1º de novembro de 2019, estando o navio comissionado para ficar no exterior até abril/2020. Exsurge dos autos que, por ordem do Imediato do Navio Polar Almirante Maximiano, o Capitão de Fragata MARCELO DE ABREU SOUZA, antes das 8h do dia 14 de outubro, foi determinado o toque de “reunir” para toda a tripulação no *hall* dos escritórios do navio. Ainda por ordem do Imediato, foi avisado a toda tripulação que as portas dos camarotes deveriam ficar abertas para inspeção.

Ao tomar conhecimento que haveria inspeção, o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA solicitou a chave da porta do camarote ao Cabo PAULO, seu companheiro de camarote, tendo se dirigido correndo em direção ao camarote nº 203, no qual era residente.

A fotografia abaixo registra a corrida do denunciado ao seu camarote, ficando evidente pelas imagens do vídeo que o objetivo do denunciado não era o de se certificar se a porta do camarote estava aberta, como havia determinado o Imediato, pois, ao chegar no local, mesmo tendo constatado que a porta encontrava-se aberta, o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA adentra no compartimento, sem aparente necessidade, permanecendo por, aproximadamente, 20 (vinte) segundos, momento em que retira o pote com substância entorpecente do seu armário e o joga dentro do vaso sanitário do banheiro compartilhado entre os camarotes nº 203 e 207.

...

O deslocamento do denunciado foi registrado pelas imagens das câmeras do Circuito Fechado de TV do Navio Polar Almirante Maximiano. O vídeo acostado ao Evento 57, Doc. 3 registra momento em que o denunciado pega a chave do camarote com o Cabo PAULO. No vídeo juntado ao Doc. 2, Evento 57 pode-se perceber o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA correndo em direção ao seu camarote, que fica ao final do corredor à esquerda, adentrando no mesmo, onde permanece por cerca de 20s (vinte segundos). Por fim, o vídeo do Doc. 4,

Evento 57 registra o momento em que o denunciado retorna do camarote para o local onde estão os demais militares.

Logo após sair do camarote, o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA foi visto pelo Imediato e pelo 1º Tenente DIEGO CAVALHEIRO CARNEIRO aparentando nervosismo.

Durante a inspeção realizada, cães farejadores treinados e com experiência percorreram todos os compartimentos (laboratórios, camarotes, porão de carga e paiol de gêneros secos do Navio), sendo que o cão Zeus identificou de forma precisa a existência de um pote prateado com substâncias entorpecentes dentro do vaso sanitário do banheiro compartilhado entre os camarotes nº 203 e 207. Posteriormente, Zeus foi levado para os dois camarotes, quando apontou haver indícios de que o armário do Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA seria local de guarda ou recente guarda de substância entorpecente. Revista no armário do denunciado nada encontrou.

A atuação dos cães farejadores foi presenciada pelo Capitão de Fragata MARCELO DE ABREU SOUZA e pelo 1º Tenente DIEGO CAVALHEIRO CARNEIRO.

O material foi apreendido (Evento 7, Doc. 6) e submetido a Laudo Preliminar (Evento 7, Doc. 7) e Definitivo (Evento 7, Doc. 45, fls. 3-9), os quais concluíram que o material encontrado tratava-se de “planta Cannabis Sativa Linneu (MACONHA), fato evidenciado em face da identificação do THC, principal componente químico e psicoativo da espécie vegetal, além dos outros compostos canabinóides presentes na sua composição”.

Além disso, o Cabo PAULO, companheiro de camarote do Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, afirmou que, na noite do dia 13 de outubro, viu o denunciado retirar o pote de dentro de seu armário e que, posteriormente, observou que nele constava o material ilícito que fora, na manhã do dia seguinte, apreendido. Transcrevemos seu depoimento (Evento 1, Doc. 26):

...perguntado se sabia da existência de um pote, com substância com princípio ativo THC, que foi encontrado no banheiro dos camarotes 203 e 207 durante a inspeção AZ realizada com cães, no Navio Polar Almirante Maximiano em 14 de outubro deste ano, e caso a resposta fosse positiva, a quem pertencia e como esse pote foi parar no banheiro, respondeu que sim e que a primeira vez que viu foi no domingo dia 13 de outubro à noite, depois das 23h, quando já havia retomado de sua saída noturna, estava deitado para dormir quando viu o CB-PL CUNHA retirando o pote de dentro do armário dele e despejando o conteúdo do pote apreendido na mesa do camarote, disse que ficou receoso nesse momento por imaginar o que poderia ser esse conteúdo e das consequências que poderia trazer, mas que não teve a visão perfeita do que o CB-PL CUNHA estava fazendo na

mesa por este ter se posicionado de costas para ele impedindo a sua visão; disse que o CB-PL CUNHA estava acompanhado de mais uma pessoa e os dois mexeram e manipularam o conteúdo do pote, que no dia seguinte viria a ser confirmado por laudo preliminar de perícia como sendo substância entorpecente de princípio ativo THC,... após o CB-PL CUNHA sair do camarote na noite do dia 13 ou madrugada do dia 14 de outubro, levantou-se da cama, abriu o armário que estava com a porta encostada, pegou o pote e o abriu para verificar o que tinha dentro; perguntado se tinha conhecimento do conteúdo desse pote, respondeu que após abrir o pote, sua suspeita ficou mais forte quando viu o conteúdo e sentiu o odor característico de erva e conseguiu identificar vários pacotinhos de erva, tesoura e papel de seda, após isso fechou o pote, encostou a porta do armário e voltou a dormir, ainda acrescentou que planejava conversar sobre o pote com o CB-PL CUNHA na primeira oportunidade que tivessem no dia seguinte, mas o “reunir” para tripulação tocou logo cedo e, por isso, não conseguiu falar sobre o assunto até o momento em que o pote com substâncias entorpecentes foi apreendido...

O Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, em seu interrogatório, fez uso de seu direito constitucional de permanecer em silêncio (Evento 1, Doc. 12). No entanto, segundo depoimento do Cabo ROBERTO NUNES (Evento 7, Doc. 24), do Cabo URICHSEN (Evento 7, Doc. 25) e do Cabo PAULO (Evento 7, Doc. 26), o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA declarou a estes militares, por ocasião de uma breve reunião realizada entre os ocupantes dos camarotes nº 203 e 207, enquanto aguardavam a realização dos exames toxicológicos e papiloscópicos, ser o responsável pelo pote com substâncias entorpecentes e declarou, também, que relataria tal fato ao Imediato do Navio Polar, assumindo a culpa pela situação, o que não aconteceu.

Além disso, foi dada oportunidade aos ocupantes dos camarotes nº 203 e 207 para que fizessem teste toxicológico e papiloscópico (com caráter voluntário e sendo informados do direito constitucional a não autoincriminação) e, dentre os quatro militares, apenas o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA não foi voluntário, sendo que os militares Cabo ROBERTO NUNES, Cabo PAULO e Cabo URICHSEN obtiveram “Resultado Final: Negativo para todas as drogas testadas” em uma janela de detecção de aproximadamente de 180 dias.

Oportuno ser registrado que, em virtude do fato objeto da presente ação penal, cuja inspeção com cães farejadores iniciou-se às 8h, o Navio Polar desatracou no dia 14 de outubro de 2019 somente às 21h tendo, assim, um atraso de 8h em sua programação.

Deve-se destacar que a jurisprudência e doutrina entendem que não há necessidade da droga ultrapassar a fronteira para se caracterizar a internacionalidade do delito, bastando a comprovação de que estava em

vias de ocorrer a exportação. Neste sentido, destacamos o seguinte julgado:

(...)

Em assim agindo, transgrediu o Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA a norma sediada no art. 33 (guardar e manter em depósito com objetivo de exportar) c/c art. 40, III, da Lei no 11.343/2006, motivo pelo qual requer a instauração da competente ação penal, citando-o para interrogatório e demais atos processuais até final julgamento, sob pena de revelia, com a sua necessária condenação, bem como a oitiva das testemunhas abaixo relacionadas... (evento 1, Documento 1, nos autos do Processo: 7000190-39.2020.7.03.0203).

Constam dos autos os seguintes principais documentos: Autuação (evento 1, **IPM3**); Portaria de Instauração (evento 1, **IP-PORTA4**); Relatório (evento 1, **RELT5**); Termo de Apreensão contendo duas caixas de king size Premium papers 4=20 free time, uma tesoura modelo escolar com cabo de cor azul, um cigarro eletrônico com um carregador, oito palitos de fósforo, dois isqueiros, um da cor preta e outro da cor rosa, um recipiente Matrix /Raload de 420mg, vinte e seis pacotes com 54,169g (cinquenta e quatro gramas e cento e sessenta e nove miligramas), contendo substância com princípio ativo THC e dois testes preliminares de substância THC (evento 1, **ANEXO6**); Laudo Preliminar de Substância Entorpecente que indicou positiva a substância para THC-MACONHA (evento 1, **LAUDPERÍ7**); Termos para a realização de exame toxicológico (coleta de sangue/cabelo), contendo a negativa do Cabo CUNHA, para a realização (evento 1, **IPM9**); Termo de Coleta de Dados Datiloscópico, tendo a não concordância do Cabo CUNHA em fornecer o seu padrão datiloscópico (evento 1, **IPM10**); Termos de Inquirição das testemunhas CB-BA ANDRE ROBERTO NUNES DA SILVA, CB-EF GABRIEL HENRIQUE DA SILVA BOTELHO **URICHSEN**, CB-PL PAULO HENRIQUE SANTOS DA SILVA, CF MARCELO DE **ABREU** SOUZA, datados de 21/10/2019, tendo o CABO CUNHA permanecido em silêncio (evento 1, **IPM24**, **IPM25**, **IPM26**, **IPM27**, **IPM36**, **IPM37**); Laudo da Perícia Papiloscópica que concluiu pela identificação de fragmentos de impressões digitais, sendo apontados elementos individualizadores, porém não encontrados pontos característicos com semelhança entre os fragmentos analisados e as impressões digitais enviadas para a comparação solicitada (evento 1, **IPM38**); inquirição do Cabo CUNHA em 13/11/2019 (evento 1, **IPM36**) e, como Indiciado; (evento 1, **IPM46**), tendo permanecido em silêncio; Ofício encaminhando o Laudo Pericial Criminal que indicou a presença do TETRAHIDROCANABINOL (THC) (evento 1, **IPM45**); Relatório (evento 1, **IP-RELAT49**) e Solução (evento 1, **IPMSOL52**). A documentação consta dos autos do Inquérito Policial Militar – Processo nº 7001624-78.2019.7.01.0001.

A Denúncia foi recebida em 28/12/2020 (evento 1, **REC_DENUNCIA2**, nos autos do Processo nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

O Réu foi citado e intimado em 28/1/2021 (evento 32, **CERT2**, nos autos do Processo nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em 24/2/2021, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo MPM, o Capitão de Fragata MARCELO DE ABREU SOUZA, Imediato do Navio; o Capitão-Tenente DIEGO CAVALHEIRO CARNEIRO; o Cabo ANDRÉ ROBERTO NUNES DA SILVA; o Cabo PAULO HENRIQUE SANTOS DA SILVA; o Cabo GABRIEL HENRIQUE SANTOS DA SILVA BOTELHO URICHSEN (evento 43, **VIDEO2, VIDEO3, VIDEO4, VIDEO5, VIDEO6, VIDEO7, VIDEO8, VIDEO9, VIDEO10, VIDEO12, VIDEO13, VIDEO14, VIDEO15, VIDEO16, VIDEO17, VIDEO18, VIDEO19, VIDEO20, VIDEO21, VIDEO22, VIDEO23, VIDEO24, VIDEO25, VIDEO26, VIDEO27, VIDEO28, VIDEO29**, nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203); e ,em 20/4/2021, foi ouvido, na qualidade de testemunha arrolada pelo MPM, o Cabo ÉDNEY VERAS ROCHA (evento 77, **VIDEO1, VIDEO2, VIDEO3**).

Em 15/6/2021, foram ouvidas as testemunhas arroladas pela Defesa, o Segundo-Sargento CLEITON SANTOS PEREIRA e o Terceiro-Sargento MARCOS PAULO SOUZA DE ALMEIDA (evento 106, **VIDEO1, VIDEO2, VIDEO3, VIDEO4, VIDEO5**).

Em 15/6/2021, foi realizado o interrogatório do Réu, ex-Cabo da Marinha ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, tendo este negado as acusações e declarado que se sentia injustiçado por ser licenciado do Serviço Ativo da Marinha apenas por ter entrado em um camarote onde outras pessoas também entraram, por usar do direito de ficar em silêncio e por não ter feito os exames que foram solicitados (evento 106, VIDEO6 a VIDEO9 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Na fase do artigo 427 do Código de Processo Penal Militar, o Representante do Ministério Público Militar nada requereu (evento 118, nos autos do Processo nº 7000190-39.2020.7.03.0203). A Defesa, por sua vez, requereu a integralidade das gravações das imagens do CFTV que monitoravam o *hall* dos escritórios e o corredor dos camarotes 203 e 207 no período compreendido entre as 9h do dia treze de outubro e as 9h do dia quatorze de outubro de dois mil e dezenove (evento 121, **PET1**, nos autos do Processo nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em Alegações Escritas, o Ministério Público Militar pugnou pela procedência da acusação exposta na Denúncia, para condenar o Acusado ex-Cabo da Marinha ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA como incurso nas sanções previstas no artigo 33 (guardar e manter em depósito com objetivo de exportar) c/c o art. 40, III, com a redução prevista no § 4º do art. 33, tudo da Lei nº 11.343/2006 (evento 187 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em Alegações Escritas, a Defesa requereu o reconhecimento das preliminares de nulidade da inspeção realizada nos armários sem a presença dos militares inspecionados em seus respectivos camarotes, a nulidade do laudo pericial, por ter sido realizado por somente 1 (um) perito, e a quebra da cadeia de custódia da prova. No mérito, requereu a absolvição do Acusado e, em caso de entendimento diverso, sua condenação pela prática do delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Por fim, em caso de condenação na forma do art. 290 do CPM, sua condenação no mínimo legal e com o reconhecimento do tráfico privilegiado em seu redutor máximo (evento 198 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em Sessão do dia 19 de outubro de 2021, resolveu o Conselho Permanente para a Marinha, por unanimidade, julgar improcedente a pretensão punitiva do Estado, para ABSOLVER o réu ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA da prática do crime previsto no art. 33 (guardar e manter em depósito com o objetivo de exportar) da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 439, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar¹²³ (evento 225 nos autos do Processo 7000190-39.2020.7.03.0203).

A Sentença foi publicada em 26/4/2022 (evento 225 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

A Defesa, intimada em 28/4/2022, interpôs, tempestivamente, o presente Apelo em 16/5/2022 (evento 236 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em suas razões recursais, alega, preliminarmente, que as provas foram obtidas de maneira ilícita, eivando de nulidade todo o processo, tendo em vista que o órgão investigativo responsável pela inspeção não observou o procedimento devido, sem a presença dos militares inspecionados e sem gravação para comprovar como ocorrera a inspeção. Ainda em preliminar, aduz que houve a quebra da cadeia de custódia, tendo em vista a perda da integralidade das gravações das imagens do CFTV que monitoravam o corredor dos camarotes 203 e 207, bem como em razão de os vídeos acostados aos autos estarem incompletos. No mérito, requer a absolvição do Acusado com fundamento no art. 439, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar (evento 244 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

O MPM, intimado em 28/4/2022, interpôs, tempestivamente, o Recurso de Apelação em 13/5/2022 (evento 234 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em suas razões, requer o conhecimento do Recurso de Apelação e, no mérito, seja julgado procedente, no sentido de reformar a Sentença

¹²³ 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;

absolutória, para condenar o Réu pela prática do delito capitulado no art. 33 (guardar e manter em depósito com objetivo de exportar) c/c o artigo 40, III, com a redução prevista no § 4º do artigo 33, todos da Lei nº 11.343/2006 (evento 243 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em contrarrazões ao recurso defensivo, o *Parquet* Castrense manifesta-se pelo desprovimento da Apelação interposta (evento 251 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Em contrarrazões ao recurso ministerial, a Defesa aduz que a Sentença demonstrou não ser possível assegurar quem era o proprietário da substância encontrada no vaso sanitário do banheiro compartilhado pelos camarotes nº 203 e nº 207. Acrescentou que as provas constantes dos autos não têm o condão de comprovar a autoria e a materialidade de qualquer crime no caso concreto em desfavor do Acusado, manifestando-se pelo desprovimento do Recurso interposto pelo MPM (evento 256 nos autos do Processo: nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

A douta Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em Parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. ALEXANDRE CONCESI, manifesta-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento dos apelos do *Parquet* e da Defesa, para manter a Sentença de piso por seus próprios e jurídicos fundamentos (evento 16 nos autos do Processo: nº 7000553-66.2022.7.00.0000).

É o Relatório.

VOTO

Insurgem-se o Ministério Público Militar e a Defesa constituída contra a Sentença do Conselho Permanente de Justiça para a Marinha da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar que absolveu o ex-Cabo da Marinha ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas (guardar e manter em depósito substância entorpecente com o objetivo de exportar), com fundamento no artigo 439, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar.

Os Recursos são tempestivos e atendem aos demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

DO RECURSO DEFENSIVO

DAS PRELIMINARES DE INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS E DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA POR FALTA DA INTEGRALIDADE DAS GRAVAÇÕES DO CFTV

Suscita a Defesa, preliminarmente, a nulidade da inspeção realizada sem a presença dos militares em seus respectivos camarotes. Aduz que, uma vez ausentes os militares ocupantes dos camarotes inspecionados, deveria ao menos ter sido gravada a inspeção. Dessa forma, não há como comprovar que o cão Zeus sentou na frente do armário do Acusado, armário que sequer era nominado, segundo acredita, caracterizando uma versão unilateral por parte dos tendenciosos Oficiais CF Marcelo de Abreu, Imediato do Navio, e Ten Diego Cavalheiro, Encarregado do Serviço de Polícia Judiciária Militar do Comando do Quinto Distrito Naval (SPJM-Com5ºDN). Para a Defesa, tais circunstâncias ofendem o contraditório e contêm ilicitude, e todas as provas daí decorrentes serão ilícitas, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Suscita, ainda, preliminar de nulidade da prova, aduzindo que houve perda da integralidade das gravações das imagens do Circuito Fechado de TV que monitorava o corredor dos camarotes 203 e 207. Aduz que as gravações que constam nos autos do período compreendido das 06h02 às 08h11, porém requereu do período compreendido entre as 9h do dia 13 e as 9h do dia 14 de outubro daquele ano, como por ela solicitado, e sua ausência inviabiliza o exercício da ampla defesa, implicando a quebra da cadeia de custódia e impossibilitando a refutação das teses acusatórias, ensejando a nulidade de todas as gravações. Que, para ciência de quais pessoas estiveram no camarote após o toque de reunir, seria imprescindível a disponibilização da gravação do corredor dos camarotes até as 9h. Que a gravação foi recebida pelo Encarregado do IPM e misteriosamente desapareceu, havendo uma “omissão estratégica” daquele Oficial em suprimir elementos informativos imprescindíveis para a elucidação dos fatos. Que o Encarregado do IPM agiu com negligência e incidiu no delito previsto no art. 23, parágrafo único, inc. II, da Lei 13.869/2019¹²⁴ (Lei de Abuso de Autoridade).

As preliminares não merecem conhecimento.

A uma porque a Sentença foi absolutória, faltando interesse de agir por parte da Defesa para arguir tais matérias em sede de recurso de apelação.

¹²⁴ Art. 23. Inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem pratica a conduta com o intuito de: I - eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência; II - omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

Conquanto o MPM tenha igualmente recorrido, buscando a reforma da Sentença com a consequente condenação do Acusado, as preliminares defensivas de nulidade da prova deveriam ter sido suscitadas nas contrarrazões que ofertou ao recurso ministerial, e não nas razões recursais, como foram trazidas.

A duas porque tais preliminares cuidam de matéria referente ao mérito, e revolvem questões de fato que necessitam de aprofundada análise.

E, uma vez que a Sentença absolveu o Acusado, também não é possível analisar essas matérias no mérito do apelo que busca alterar o fundamento da absolvição.

Não obstante, para que não fiquem sem apreciação, tais matérias serão analisadas por ocasião do mérito do apelo ministerial.

Isto posto, não conheço das preliminares suscitadas no recurso de apelação defensivo.

No mérito, melhor sorte não socorre à Defesa em sua pretensão.

Postula a Defesa a alteração do fundamento legal da absolvição proferida na Sentença *a quo* **da alínea “e” do art. 439 do CPPM** (“não existir prova suficiente para a condenação”), **para a alínea “a”** do mesmo dispositivo legal (“estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência”).

O pedido não merece acolhimento.

Restou incontestada a existência do fato delituoso, eis que foi apreendido, no banheiro conjugado aos camarotes 203 e 207 do Navio Polar Almirante Maximiano, que se encontrava atracado no cais da Estação Naval de Rio Grande, um pote contendo em seu interior 1,3g (um grama e três decigramas) e 26 (vinte e seis) pacotes com peso total de 40,51g (quarenta grammas e cinquenta e um centigramas) de substância entorpecente conhecida vulgarmente como “maconha”, com o princípio ativo THC, conforme Laudo de Perícia Criminal Federal nº 288/2019/UTEC/DPF/PTS/RS, datado de 25 de novembro de 2019 (Evento 1, Documento 45, fls. 03/09 do IPM).

Nesse particular, escoreita a Sentença recorrida, ao discorrer quanto à materialidade do delito, *in verbis*:

Aqui, embora já dito alhures, deve ser ressaltada a higidez da cadeia de custódia da droga até a elaboração do laudo definitivo, inexistindo qualquer indício ou prova de mácula aos procedimentos adotados pela autoridade policial militar desde a sua apreensão até remessa a Polícia Federal para confecção dos exames pertinentes. No caso em tela, não há qualquer dúvida de que a substância encontrada fora exatamente aquela submetida à perícia, onde constatou-se tratar-se

de substância entorpecente, ilícita, não havendo qualquer elemento a ensejar suspeita sobre a sua cadeia de custódia.

De fato, a cadeia de custódia se desdobrou dentro da lógica razoável dos fatos (história cronológica do vestígio coletado), e se deu da seguinte forma: (I) Termo de Apreensão, datado de 14 de outubro de 2019 (Evento 1, Documento 6, do IPM); (II) Laudo Preliminar de Constatação nº 11/2019, datado de 14 de outubro de 2019 (Evento 1, Documento 7, do IPM); (III) Remessa da substância apreendida para a Delegacia de Polícia Federal para fins de perícia definitiva, datado de 14 de outubro de 2019, recebido na referida Delegacia na mesma data (Evento 1, Documento 8, do IPM); (IV) Elaboração do Laudo de Perícia Criminal Federal nº 288/2019/UTEC/DPF/PTS/RS, datado de 25 de novembro de 2019 (Evento 1, Documento 45, do IPM).

No ponto, ressalta-se que, conforme se infere no fluxo acima descrito, logo que a substância foi apreendida, a Autoridade Militar já encaminhou à Polícia Federal para fins de avaliação pericial preliminar e definitiva.

Assim, por não se verificar qualquer conspiração à cadeia de custódia entre a apreensão do material e sua avaliação pericial definitiva, tem-se provada, pois, a existência material do crime.

Somem-se a tais circunstâncias materiais os depoimentos testemunhais, que não deixam dúvida quanto à existência do fato nos termos em que descritos na exordial.

Dessa forma, dúvida não há com relação à existência do delito, sendo incabível deferir o pleito recursal.

Isto posto, nego provimento ao recurso defensivo.

DO RECURSO MINISTERIAL

Insurge-se o *Parquet* militar contra a Sentença que absolveu o ex-Cb Ex ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA do crime previsto no art. 33 c/c o art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/2006.

Segundo a denúncia, o militar guardou e manteve em depósito, no interior do Navio Polar Almirante Maximiano, lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, substância com princípio ativo THC, conhecida vulgarmente como “maconha”, que se destinava a ser levada para fora do território nacional.

Conquanto a Sentença tenha sido absolutória, verifica-se que, ao final da instrução criminal, autoria e materialidade restaram comprovadas, nos termos em que descritos na exordial acusatória.

Com relação à materialidade, além do que já foi referido na análise do recurso defensivo, acresça-se que o Laudo de Perícia Criminal Federal nº 288/2019 - UTEC/DPF/PTS/RS, da Polícia Federal (Evento 1, Documento 45), concluiu pela natureza proscrita da substância, *in fine*:

As análises químicas indicaram a presença da substância TETRAHIDROCANABINOL (THC) no material vegetal descrito no item “b” da seção I. Dessa forma é possível concluir que se trata da planta Cannabis Sativa Linneu (MACONHA), fato evidenciado em face da identificação do THC, principal componente químico e psicoativo desta espécie vegetal, além dos outros compostos canabinóides presentes na sua composição. O material descrito no item “a” da seção I é formado predominantemente por frutos aquênios da planta Cannabis Sativa Linneu (MACONHA) popularmente conhecidos como sementes de maconha.

Com relação à autoria da conduta, a despeito da negativa do Cb CUNHA em Juízo, os elementos constantes dos autos não deixam dúvida de que o entorpecente encontrado lhe pertencia. Entretanto, o Conselho Permanente de Justiça considerou que a instrução deixou dúvidas, e absolveu o Cb ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA com fundamento no art. 439, “e”, do CPPM.

Deve ser reformada a sentença absolutória.

As provas constantes nos autos, em especial o cotejo do comportamento do Acusado com o dos demais militares ocupantes dos camarotes inspecionados, os depoimentos testemunhais colhidos em Juízo, o reconhecimento do cão farejador, de que no armário do Acusado havia sido guardada droga recentemente, e as contradições que apresentou no interrogatório apontam para a constatação de que a substância entorpecente encontrada era, de fato, de sua propriedade.

A ordem cronológica dos fatos demonstra que, no dia 14 de outubro de 2019, antes das 8h, o Imediato do Navio Polar determinou o toque de reunir para toda a tripulação no *hall* dos escritórios, de modo que a tripulação foi avisada da necessidade das portas dos camarotes ficarem abertas para a inspeção. O Cb CUNHA, logo após o reunir, solicitou ao Cb PAULO, também ocupante do seu camarote, a chave da porta.

De pronto percebe-se, pelas imagens disponibilizadas, que o Réu antecipou-se aos demais militares e empreendeu uma corrida para o seu camarote, último do corredor, fato que não passou despercebido à atenção do Imediato. E, mesmo a porta estando destrancada, adentrou no referido camarote, ali permanecendo por alguns segundos, tempo suficiente para retirar o entorpecente de seu armário e jogá-lo no vaso sanitário.

Da filmagem, confirma-se que a porta estava destrancada, não sendo usada a chave para abri-la. Assim, não havia outro motivo para que ele

adentrasse no recinto. Antes, deveria ter retornado ao *hall* dos escritórios, onde todos estavam reunidos.

De registrar que o Cb PAULO, mesmo de posse da chave, não teve a iniciativa de ir até o camarote, e inclusive estranhou o fato de o Cb CUNHA ter se adiantado para ir até lá, já que a chave estava consigo.

Durante a inspeção realizada, cães farejadores treinados e com experiência percorreram vários compartimentos do Navio, tendo o cão Zeus identificado a existência de um pote com substâncias entorpecentes dentro do vaso sanitário do banheiro compartilhado entre os camarotes nºs 203 e 207.

No recipiente, foi encontrada uma embalagem transparente que trazia, em seu interior, 1,3g (um grama e trinta centigramas) e 26 (vinte e seis) pacotes com peso total de 40,51g (quarenta gramas e cinquenta e um centigramas) de substância com princípio ativo THC, conhecida vulgarmente como “maconha”.

Os ocupantes do camarote nº 203 eram o Apelado, Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, e o Cabo PAULO HENRIQUE SANTOS DA SILVA. Ocupavam o camarote nº 207 o Cabo ANDRE ROBERTO NUNES DA SILVA e o Cabo GABRIEL HENRIQUE SANTOS DA SILVA BOTELHO URISCHSEN. Assim, a autoridade militar, ao encontrar substância entorpecente no banheiro compartilhado pelos camarotes nºs 203 e 207, diligenciou acerca de eventual responsabilidade penal por parte dos ocupantes desses camarotes em relação à substância encontrada, não sendo reconhecida a propriedade por nenhum deles.

Mais uma vez, o cão Zeus percorreu os dois camarotes, e dessa feita, apontou, por duas vezes, que o armário do Acusado teria sido local de guarda recente de substância entorpecente.

Aqui cumpre responder às digressões defensivas acerca da nulidade das filmagens juntadas aos autos por alegada quebra de cadeia de custódia, assim como da nulidade da inspeção nos camarotes. Em verdade, pretende a Defesa desconstituir essas provas iniciais que incriminam o Acusado: a filmagem das suas atitudes logo após saber que haveria a inspeção, e a própria inspeção, em que foi identificado pelos cães farejadores que no seu armário havia sido guardada a droga.

Alega a Defesa que houve nulidade da prova por quebra da cadeia de custódia por perda da integralidade das gravações das imagens do Circuito Fechado de TV que monitorava o corredor dos camarotes 203 e 207. Aduz que as gravações que constam nos autos do período compreendido das 06h02 às 08h11 deveriam ser até as 09h, como por ela solicitado, e sua ausência inviabiliza o exercício da ampla defesa, implicando a quebra da cadeia de custódia e impossibilitando a refutação das teses acusatórias, ensejando a nulidade de todas as gravações. Que, para ciência de quais pessoas estiveram no camarote após o toque de reunir, seria imprescindível a disponibilização da

gravação do corredor dos camarotes até as 09h. Que a gravação foi recebida pelo Encarregado do IPM e misteriosamente desapareceu, havendo uma “omissão estratégica” daquele Oficial em suprimir elementos informativos imprescindíveis para a elucidação dos fatos. Que o Encarregado do IPM agiu com negligência e incidiu no delito previsto no art. 23, parágrafo único, inc. II, da Lei 13.869/2019.

Com efeito, não há, nos autos, a gravação do corredor dos camarotes 203 e 207 no horário compreendido entre as 08h11 e as 9h do dia 14 de outubro de 2019. Mas as imagens que constam dos autos não ensejam dúvida acerca da dinâmica dos fatos narrados na peça exordial e nelas não se verifica qualquer adulteração ou edição.

Significa dizer que não se constatou quebra, corte ou montagem nas filmagens existentes, pois elas são contínuas, ausente apenas o registro de aproximadamente uma hora para além daquelas que já estão no processo, não sendo o caso de se declarar a nulidade de todas as imagens carregadas aos autos.

Dessa forma, não há como acolher referido argumento sobre a ilicitude da prova.

O que se percebe é que a Defesa procura apontar uma atitude tendenciosa por parte do Encarregado do IPM, CT DIEGO DO NASCIMENTO DA SILVA, para prejudicar o Acusado, sugerindo, inclusive, a ocorrência de prática criminosa pelo Oficial.

Nesse particular, consta dos autos que o *Parquet* Militar, após questionar ao Encarregado do IPM sobre a possibilidade de juntar a gravação do horário pretendido pela Defesa, deu-se por satisfeito com a resposta do Oficial (evento 146 nos autos do Processo nº 7000190-39.2020.7.03.0203), no sentido de que “restou plenamente justificada a inviabilidade em se fornecer imagens do CFTV do corredor dos camarotes 203 e 207 no período 08:11 às 09:00 horas naquele navio, conforme requerido pela defesa técnica em suas manifestações de Eventos 159, 149 e 142. O zeloso Encarregado não recebeu arquivo contendo as imagens pois teve acesso diretamente no equipamento CFTV, tendo salvo aquelas onde observou comportamentos atípicos” (evento 181 nos autos do Processo nº 7000190-39.2020.7.03.0203). Demonstrado, portanto, que o MPM não verificou a existência de qualquer delito por parte do Oficial.

Ademais, o que a Defesa afirma que pretende obter com a referida gravação é a ciência das pessoas que estiveram no camarote após o toque de reunir. Mas essa informação pode ser encontrada nos próprios depoimentos dos demais ocupantes dos camarotes inspecionados, que declararam ter estado nos camarotes posteriormente ao toque de reunir e antes do início da inspeção. O Cb PAULO declarou que retornou ao camarote para pegar

elásticos. O Cb NUNES declarou que voltou ao camarote para acordar o Cb URICHSEN. E este, por sua vez, declarou que estava no camarote dormindo e foi acordado pelo Cb NUNES após o toque de reunir.

Não obstante, nenhum desses militares, além do Acusado, levantou suspeita ante qualquer atitude comprometedora.

A Defesa diz ainda que houve nulidade na inspeção realizada no Navio porque foi feita sem a presença dos militares em seus respectivos camarotes. Aduz que, uma vez ausentes os ocupantes dos camarotes inspecionados, deveria ao menos ter sido gravada a inspeção. Dessa forma, entende que não há como comprovar que o cão Zeus sentou na frente do armário do Acusado, armário que sequer era nominado, segundo acredita, caracterizando uma versão unilateral por parte dos tendenciosos Oficiais CF MARCELO DE ABREU e Ten DIEGO CAVALHEIRO. Para a Defesa, tais circunstâncias ofendem o contraditório e contêm ilicitude, e todas as provas daí decorrentes serão ilícitas, segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Entretanto, a revista nos camarotes não é um procedimento descabido ou que não tenha respaldo na legislação de regência. A Autoridade Militar possui autonomia para realizar diligências de modo a preparar o Navio para uma viagem, como ocorreu. E tomou a correta decisão de fazer uma inspeção por intermédio do S-PJM/Com5ºDN, contando com apoio de cães farejadores da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, não se vislumbrando qualquer mácula no procedimento.

A inspeção foi realizada no Navio, nos termos do **Relatório do Fato** (evento1, rel5, IPM), do qual se extraem os seguintes trechos, *in verbis*:

(...) RELATÓRIO DO FATO

Aos quatorze dias de outubro de dois mil e dezenove, foi realizada inspeção com cães de guerra nas dependências do Navio Polar Almirante Maximiano. A inspeção foi realizada por intermédio do S-PJM/Com5ºDN, que utilizou cães farejadores da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul. A inspeção foi realizada ao longo dos conveses, 01, 02, 03; porão de carga e laboratórios seco, molhado, misto e a ré.

Por ocasião da inspeção no camarote nº 207, o CB-EF 12.0281.34 GABRIEL HENRIQUE DA SILVA BOTELHO URICHSEN e CB-BA 12.0251.86 ANDRE ROBERTO NUNES DA SILVA, foi identificado pelo cão Zeus, a presença de substância com odor de “droga”. Foi encontrado dentro do vaso sanitário do banheiro compartilhado, boiando na água, um pote prateado, com o material suspeito em seu interior. Foi realizado o registro fotográfico e o material foi retirado e isolado. E, então, foi solicitada a presença dos respectivos militares para elucidação da situação. Os referidos militares informaram que desconheciam a propriedade do pote.

Como o banheiro é compartilhado com os militares do camarote nº 203, foi solicitada a presença do CB-PL 12.0236.39 PAULO HENRIQUE SANTOS DA SILVA e CB-PL 12.0382.37 ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, que também alegaram que desconheciam a propriedade do pote. Em seguida, no camarote nº 203, na presença do CF 87.3020.39 MARCELO DE ABREU SOUZA, o cão Zeus chamou atenção para a presença do material ilícito no interior do armário, sugerindo que o material entorpecente já pudesse ter sido guardado lá.

Os militares do Serviço de Polícia Judiciária Militar do Com5ºDN realizaram os procedimentos necessários para constatação de entorpecente e o exame preliminar positivou o material encontrado como sendo THC (Maconha).

Foram apreendidos os seguinte materiais localizados no banheiro entre os camarotes nº 203 e 207: duas caixas de king size premium papers 4=20 free time, uma tesoura modelo escolar com cabo de cor azul, um cigarro eletrônico com um carregador, oito palitos de fósforo, dois isqueiros (um da cor rosa e outro da cor preta), um recipiente Matrix Reload de 420 mg, vinte e seis pacotes totalizando 54,169g contendo substância com princípio ativo THC.

Após o Laudo Preliminar de Substância Entorpecente, os militares envolvidos foram chamados individualmente no camarote do CF ABREU para averiguações preliminares: quanto à propriedade, se saberiam informar quem poderia ser o proprietário e se eram voluntários para coleta de digitais para o exame papiloscópico e coleta de cabelo para o exame toxicológico, sendo informados do direito constitucional a não-autoincriminação. Apenas o CB-PL CUNHA não foi voluntário para fornecer as digitais e cabelo para testes. Essa entrevista foi realizada pelo CF ABREU na presença da CT (CD) 12.0783.10 JANAÍNA MOREIRA DE REZENDE ARAUJO, CT (Md) 113.0462.33 CLARICE DUTRA DE AZEVEDO, CT (IM) 05.0264.74 DIEGO DO NASCIMENTO DA SILVA, 1º Ten (CN) 15.0951.42 SÉRGIO NASCIMENTO DA COSTA e 1T (T) 15.0955.25 DIEGO CAVALHEIRO CARNEIRO (Encarregado do SPJM/Com5ºDN).

Os militares cientes de seus direitos constitucionais foram encaminhados ao Laboratório Clínico para a coleta de material para o exame toxicológico. Já o material para o exame papiloscópico foi colhido pelos peritos do S- PJM/Com5ºDN(...).

A alegação da Defesa, mais uma vez, de que houve conduta tendenciosa por parte dos Oficiais que participaram da inspeção não encontra amparo nos autos, eis que inexistente qualquer elemento que demonstre inimizade ou interesse desses Oficiais em prejudicar o Acusado ou em criar situação para imputar-lhe a prática delituosa.

O Capitão-de-Fragata MARCELO DE **ABREU** SOUZA, Imediato do Navio, declarou em Juízo que:

(...) por orientação da Marinha, determinou, após o toque de regresso, o reunir para toda tripulação no hall dos escritórios do Navio, de modo que fosse atendido o protocolo de inspeção. Em continuidade, determinou que todos os camarotes ficassem abertos no momento da inspeção com os cães farejadores. Ressaltou que, durante a inspeção o cão farejador parou em frente a um vaso sanitário, utilizado pelos camarotes nº 203 e 207, eis que o compartimento possuía um “banheiro canadense” para atender a ambos os camarotes. Que o Acusado residia em um desses camarotes, e que o cão farejador havia parado em frente ao armário dele (evento 43, **VIDEO2** , **VIDEO3** e **VIDEO4**)(...)

O Capitão-Tenente DIEGO **CAVALHEIRO** CARNEIRO, por sua vez, declarou que:

(...) é a pessoa responsável pelo contato com a Brigada Militar em caso de necessidade de utilização de cães farejadores, tendo acompanhado o procedimento da revista no navio; que encontraram um pote no vaso do banheiro comum aos camarotes 203 e 207 contendo substância entorpecente, instante em que foi chamado para comparecer ao local. Acrescentou que após o cão encontrar o pote no vaso sanitário, foi realizada uma revista em todo o compartimento, momento em que o cão parou em frente ao armário 203, do Cabo CUNHA, ato que indica que tem ou que teve alguma substância dentro do armário. Que nesse momento encontram-se o Comandante ABREU, o Policial Militar e o cão Zeus, quando o chamaram para o local. Disse que presenciou o cachorro parando na frente de um armário, após ser identificada a substância no banheiro; que na frente do armário 203, que era do acusado, o cachorro apontou que poderia ter alguma substância dentro do armário; que o policial que estava com o cachorro chamou a testemunha e o Comandante ABREU, eles fizeram o procedimento novamente e o cachorro parou duas vezes na frente do armário. (Evento 43, VIDEO14). Que era a pessoa responsável por acompanhar e operacionalizar essa revista na OM junto a Brigada Militar. Que quando a substância fica guardada, sempre deixa um resíduo ou odor no local, o que permite a identificação pelos cães farejadores. Que se realizou a inspeção no armário, nada sendo encontrado. Que no momento em que o cão parou em frente ao armário, os militares dos camarotes foram indagados sobre a propriedade do pote, não tendo ninguém declarado a posse, tendo eles ficado nas proximidades, mas que quando o cachorro parou na frente do armário, estavam no camarote a testemunha, o Comandante ABREU e o Policial Militar. Nesse instante, pela segunda vez o cão realizou o procedimento e parou em frente ao armário do Acusado. Que percebeu que dos quatro militares ocupantes dos camarotes 203 e 207, o Acusado era o único que aparentava nervosismo. Tendo em vista que ninguém acusou a propriedade da substância encontrada, realizaram algumas diligências, entre elas a de convidar todos a fazerem alguns exames periciais, em caráter voluntário, dentre eles o toxicológico e as digitais, sendo que três militares foram voluntários aos procedimentos periciais. O Cabo CUNHA foi o único a ter se recusado a realizar os exames.

Acrescentou que os exames toxicológicos nesses três militares deram negativo, numa janela de 180 dias em que o exame é capaz de acusar se a pessoa fez uso de substância entorpecente. Acrescentou, após indagado pela Defesa do Acusado se seria normal a realização de inspeções sem a presença dele, que tal procedimento é feito para não gerar estresse nos animais, de modo a deixar o ambiente limpo, reunindo as pessoas em local específico, próximo, chamando a testemunha caso seja constatado algum fato, exatamente como o que foi realizado. Declarou que os cães conseguem apontar que em determinado lugar fechado está ou teve recentemente acondicionada substância entorpecente (evento 43, **VIDEO5, VIDEO6, VIDEO7, VIDEO8, VIDEO9, VIDEO10, VIDEO12, VIDEO13, VIDEO14**).

Vê-se de seus depoimentos que ambos os Oficiais estavam presentes quando Zeus identificou pela segunda vez o armário do Acusado como tendo guardado a droga e que os quatro militares que ocupavam os camarotes estavam bem próximos, de modo a serem chamados se necessário.

E, repita-se, não se vislumbram motivos nos autos para questionar a lisura desses Oficiais ou de seus depoimentos prestados em Juízo.

Aliás, note-se o zelo em vistoriar-se um Navio de elevado porte, extensão do território nacional, com inúmeros compartimentos, que partiria em missão militar à Antártica, não se podendo falar em desproporcionalidade ou em falta de razoabilidade da ação, que resultou, ao final, na apreensão da substância entorpecente.

E afasta qualquer dúvida razoável quanto à autoria o fato de o cão Zeus ter parado por duas vezes em frente ao armário do Acusado.

Sobre a revista com cães farejadores, encontramos na doutrina, conforme leciona o professor RONALDO JOÃO ROTH¹²⁵:

O emprego do cão farejador nas atividades policiais, além de um importante auxílio profissional, traz segurança no encontro de pessoas e materiais ilícitos como entorpecente, ou de outro objeto procurado (material bélico, celular etc.), de forma que a indicação daquele, pelo faro, da descoberta do objeto procurado, constitui-se em fundada razão (...) constituindo o entorpecente encontrado em prova lícita para a responsabilização criminal do infrator.

Discorre Tiago Rodrigues que:

Em uma cena de crime, por exemplo, podemos fazer uso do cão através da odorologia forense que usa a captação de odores deixados no local, às vezes chamada de “evidência esquecida”, em pegadas, impressões digitais, objetos usados pelo criminoso, etc.¹²⁶

¹²⁵ <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/DRUGS-DOG.pdf>

¹²⁶ <https://keiladireito2016.jusbrasil.com.br/artigos/915984799/o-auxilio-do-cao-como-meio-de-prova-no-processo-penal>

Ainda Tiago Rodrigues¹²⁷:

No processo, não existe uma única prova a ser produzida, mas várias a serem analisadas, sempre buscando uma conclusão ao caso concreto, respeitando, contudo, os princípios legais sustentados pelo CPP. E a finalidade da prova no processo penal é fornecer subsídios para a formação da convicção do magistrado. De acordo com o princípio da relatividade das provas (livre convencimento motivado), todas as provas são relativas e nenhuma delas tem valor decisivo ou de maior prestígio que a outra. Com isso, a indicação do cão de que determinado suspeito esteve em uma cena do crime, por si só, não pode ser a única prova para embasar uma condenação, mas pode perfeitamente ser um forte indício a ser confirmado juntamente com outras provas. A indicação do cão de que o odor de um suspeito está na cena de um crime é mais um meio de prova que possa servir, de maneira direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo.

A jurisprudência, em consonância com o entendimento doutrinário, reconhece a validade e a importância do auxílio dos cães farejadores para encontrar substância ilícita em locais, às vezes, improváveis. É o que se verifica dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO CONCOMITANTE PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ALEGADA NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICADORAS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No caso em debate, as instâncias ordinárias destacaram que, munidos de informações da unidade de inteligência policial de que no local estava sendo praticado crime de tráfico de drogas, os policiais foram autorizados pelo próprio paciente a realizar buscas na residência, afirmação que foi documentada no boletim de ocorrência e confirmada no interrogatório em solo policial. A VERSÃO APRESENTADA NA PROVA TESTEMUNHAL É VEROSSÍMIL pois, ao que tudo indica, o paciente acreditava que as drogas não seriam encontradas, pois estavam enterradas sob o piso da casa. CONTUDO, COM O AUXÍLIO DE CÃES FAREJADORES, FOI ENCONTRADA GRANDE QUANTIDADE DE DROGA - 4,6KG DE MACONHA E 1,6KG DE CRACK -, ALÉM DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. (...) (AgRg no HC n. 689.994/TO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

¹²⁷ <https://jus.com.br/artigos/76527/o-uso-do-cao-no-auxilio-ao-trabalho-da-policia-judiciaria-atraves-a-odorologia-forense>

Veja-se que as revistas em local sujeito à Administração Militar são práticas comuns e acolhidas pela jurisprudência deste Tribunal, como se verifica dos seguintes julgados:

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. TRÁFICO, POSSE OU USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. (...) PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO DEVIDO À REVISTA ILEGAL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. (...) RECURSO NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. MAIORIA. (...) A despeito da forma como foi efetuada a revista pessoal, em absoluto se poderia contestá-la, pois atendeu aos preceitos descritos nos arts. 180 e seguintes do Código de Processo Penal Militar. A proteção aos direitos individuais a que se refere a Defesa Pública, mormente naquilo que diz respeito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, previstos no inciso X do artigo 5º do texto constitucional, estão absolutamente preservados no caso em exame, bastando, para tanto, verificar que o Acusado foi preso em flagrante pelo delito de tráfico, posse ou uso de substância entorpecente em local sujeito à Administração Militar previsto no art. 290 do Código Penal Militar, tendo sido confirmada a legalidade da custódia provisória na Decisão do Juízo de primeiro grau que, ao conceder a liberdade provisória do Réu, homologou o auto de prisão em flagrante em Decisão de 5 de outubro de 2020. Preliminar de nulidade rejeitada. Decisão por unanimidade. (...). (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000400-67.2021.7.00.0000. Relator: Ministro CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 6/12/2021, Data de Publicação: 23/12/2021)

No mesmo sentido:

APELAÇÃO. MPM. ENTORPECENTE. PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E PRELIMINAR DE NULIDADE DA APREENSÃO E CONSEQUENTE AUSÊNCIA DA JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR UNANIMIDADE. (...). Rejeita-se preliminar de nulidade fundada na indicação de pecha de ilegalidade quando da revista pessoal imposta aos acusados, uma vez que a existência de “fundados indícios de que alguém que oculte consigo instrumento ou produto de crime” autoriza a referida medida assecuratória prevista no art. 181 do CPPM. Ademais, as revistas são previstas na vida militar, sendo prática comum nas Organizações Militares e, *in casu*, não foram constatados excessos, tais como constrangimento ilegal ou violação à intimidade, à honra ou à imagem dos flagranteados. Preliminar defensiva rejeitada por unanimidade.(...) (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000065-48.2021.7.00.0000. Relator: Ministro FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 6/9/2021, Data de Publicação: 13/10/2021).

E ainda:

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. ENTORPECENTE (ART. 290 DO CPM). PRELIMINARES DE NULIDADE DO PROCESSO POR PROVA ILÍCITA (...) REJEIÇÃO. DECISÕES POR UNANIMIDADE. (...) A fundada suspeita, por ocasião da revista pessoal, mostrou-se verdadeira, considerando que foi encontrada, em poder do Apelante, substância entorpecente, conforme foi, posteriormente, comprovado por laudo pericial, não havendo que se falar em ilicitude da prova, estando o procedimento amparado legalmente na Lei Processual Castrense vigente, mais precisamente, no que prescreve os arts. 180 e 181, ambos do CPPM. Preliminar rejeitada. Decisão por unanimidade. (...). (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000065-48.2021.7.00.0000. Relator Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 4/12/2019, Data de Publicação: 16/12/2019).

A dúvida suscitada pela Defesa sobre se os armários tinham ou não identificação não procede. Não houve qualquer questionamento das testemunhas no IPM ou em Juízo no sentido de que o armário não pertencia ao Acusado, sequer o próprio Acusado utilizou-se desse argumento. Ademais, foi perguntado ao Encarregado do IPM sobre a identificação dos armários, tendo este respondido que:

(...) todos os camarotes são identificados com os Nomes de Guerra dos militares que os ocupam. Quanto à identificação dos armários, esta se correlaciona com a cama do beliche que o militar utiliza durante o período da Comissão (exemplo: beliche 519ª, armário 519ª), conforme se depreende do Ofício nº 3-Port.8/2019-NPoAlteMaximiano-MB, constante do evento 51(...).

Quando foi questionado no IPM sobre o porquê de ter entrado no camarote, o Acusado permaneceu em silêncio, tanto quando chamado à oitiva como testemunha, como quando chamado como Indiciado. Mas, em Juízo, apresentou sua versão dos fatos.

Alegou que foi correndo ao camarote porque o Imediato pediu urgência na abertura das portas. Que entrou no camarote para pegar o telefone que estava tocando, e que demorou alguns segundos a mais para olhar as mensagens. De pronto já se verifica que tal depoimento é contraditório, pois a alegada urgência para cumprir a determinação do Imediato não se coaduna com a alegação de que permaneceu no camarote para ver as mensagens do celular. Ademais, questionado em Juízo, o Oficial Imediato não confirmou que pediu urgência. Antes, o que declarou é que achou estranho o comportamento do Acusado quando se dirigiu correndo ao camarote, na frente de todos e antes de qualquer outra manifestação, tanto assim que foi atrás dele, e sequer o viu entrar no camarote, tamanha a velocidade que o graduado empreendeu.

Nos termos do art. 296 do CPPM, o ônus da prova compete a quem alega o fato. Assim, poderia o Acusado, de modo a confirmar a veracidade do motivo aduzido para adentrar no camarote, ter fornecido o histórico de suas ligações, ainda que não tivesse atendido ao telefone.

Após descoberta a droga, quando os quatro militares, ocupantes dos dois camarotes, foram chamados, o único que estava com um comportamento suspeito era o Acusado, nervoso, e bastante incomodado com a situação. Sobre esse comportamento, entendeu o Magistrado a *quo* que o nervosismo do Acusado seria normal, e fazendo um paralelo, considerou que várias testemunhas demonstram nervosismo ao depor em Juízo.

Não obstante, trata-se de um experiente Cabo da Marinha, com 9 (nove) anos de serviço, não sendo crível que se apresentasse nervoso por conta de uma inspeção no seu camarote ou na apuração da propriedade da droga encontrada.

Ademais, foi dada oportunidade aos ocupantes dos camarotes nºs 203 e 207 para que fizessem teste toxicológico e papiloscópico e, dentre os quatro militares, apenas o Acusado não foi voluntário, sendo que os militares Cabo NUNES, Cabo PAULO e Cabo URICHSEN obtiveram “Resultado Final: Negativo para todas as drogas testadas” em uma janela de detecção de aproximadamente 180 (cento e oitenta) dias, o que, mais uma vez, muito diz a favor desses militares, e afasta eventual suspeitas sobre eles.

No momento em que aguardavam para fazer os testes, os quatro graduados ficaram juntos. O Cb CUNHA teria ligado para a esposa, que o orientou a não fazer os testes. A partir daí, ele tentou persuadir os colegas a também não se submeterem aos exames, que deixassem de fornecer padrões gráficos e de fazer o toxicológico, sendo o seu pedido recusado por todos. Aqui também há uma contradição entre o depoimento do Acusado com o das testemunhas, no sentido de que não é verdade que os tentou persuadir a não fazer o teste.

E mais, não há como afastar o fato de que, nos momentos que se seguiram, enquanto os 4 (quatro) militares aguardavam para fazer os exames, o Cabo PAULO, que dividia o camarote com o Cabo CUNHA, questionou ao Cb CUNHA se ele não ia assumir a autoria, uma vez que, na noite anterior aos fatos, constatou a existência da substância entorpecente no armário do Acusado. Após esse relato, o Acusado, na presença dos militares Cb NUNES, Cb PAULO e Cb URICHSEN, assumiu que era dele a substância entorpecente apreendida, e que confessaria isso ao Imediato.

Em Juízo, todos confirmaram que o Acusado admitiu, naquela ocasião, ser o proprietário da droga. Embora o Cabo NUNES não tenha confirmado as declarações do IPM de que ouviu o Acusado confessar a autoria, declarou em

Juízo “ter quase certeza” de ter ouvido o Acusado dizer que a droga era dele, e confirmou tê-lo ouvido dizer que iria procurar o Imediato.

Eis os depoimentos das testemunhas em Juízo:

Cabo PAULO HENRIQUE SANTOS DA SILVA:

(...) que fazia parte da tripulação do Navio e que ocupava o camarote 203 juntamente com o Cabo CUNHA. Acrescentou que seu camarote era compartilhado com o camarote 207. Que tomou conhecimento da revista realizada e sobre a substância ilícita encontrada dentro de um pote no banheiro compartilhado. Declarou que todos os militares dos respectivos camarotes foram chamados ao local para diligências, e quando indagados sobre a propriedade, ninguém se acusou. Que foram encaminhados para uma sala e conversaram sobre o ocorrido. Que o Cabo CUNHA, inclusive, entrou em contato com sua esposa, que era Advogada, a qual orientou a não realizar o teste que não era obrigado. Então o Cabo CUNHA passou essa orientação para todos. Nesse momento, declarou que o Cabo ROBERTO questionou o Cabo CUNHA, no sentido de que, se não teriam nada a esconder, não haveria o porquê de se negar a fazer o exame. Os três militares foram voluntários a fazer o exame e que somente o Cabo CUNHA se negou, justificando que não era obrigado a fazer prova contra ele mesmo, após a ligação realizada para sua esposa. **Que todos desconfiaram que seria o Cabo CUNHA o responsável, em razão do nervosismo dele e por ele ter ligado para a esposa que era advogada. Que falou para o Cabo CUNHA que sabia que o pote era dele, porque o teria visto manusear o pote quando regressou da rua, por volta das 23 horas, retirando do armário e manejando em cima da mesa, e que não iria tomar culpa por algo que não lhe pertencia e que não fez. Nesse momento, o Cabo CUNHA respondeu para ele: “você quer que eu faça o quê? Que eu seja expulso da Marinha? Os demais falaram que não teriam como levar a culpa por algo que não lhe pertenciam. Nesse momento, falou para o Cabo CUNHA que falaria com o Imediato caso ele se recusasse. Então o Cabo CUNHA respondeu: “Não, eu vou falar com o Imediato”.** Porém, percebendo que ele não iria falar, foi até o Imediato e falou o ocorrido. Que no dia anterior regressou ao Navio mais cedo, pois sabia que o Navio iria suspender na manhã do dia seguinte. Deitou e fechou a sua cortina. Ainda acordado, o Cabo CUNHA regressou, abriu o armário, pegou o pote e colocou em cima da mesa. Ao abrir a cortina, não conseguia ver o que ele estava fazendo, pois ele se encontrava de costas. Porém, avistou-o pegando o pote e guardando no armário dele. Acrescentou que nesse momento o Cabo CUNHA se encontrava acompanhado pelo Cabo VERAS que fazia parte da tripulação do Navio. Que logo após a saída deles do camarote, suspeitando da situação e tendo

em vista que os armários ficam abertos, foi até o armário, abriu o pote e verificou do que se tratava, fechando logo em seguida e colocando o pote no armário novamente. Que ao abrir o pote, verificou que se tratava de substância entorpecente não só pelo odor, mas pelo material que lá se encontrava como tesoura, papalotes e papel de seda, e pela forma como ele procedeu ao esconder o que estava fazendo, já imaginava, passando a ter certeza de que se tratava de substância ilícita. Que no dia seguinte iria falar com ele, pois não considerava o Cabo CUNHA um inimigo e que exerciam a mesma profissão. Depois foi dormir e não viu a hora em que ele foi dormir. Quando acordou já foi com o toque de reunir no *hall* dos escritórios. Que na hora do reunir, o Cabo CUNHA lhe procurou, solicitando as chaves do camarote, momento em que falou que teria que ter deixado destrancada, tendo o Cabo CUNHA respondido que iria verificar. Acrescentou que o banheiro estava inoperante, eis que havia esse problema de entupimento. Que a testemunha retornou ao *hall* dos escritórios e ao camarote para pegar elásticos, depois do Cabo CUNHA ter ido ao camarote, pois era o responsável em distribuir esse material para a tripulação quando informado sobre mau tempo, de modo a “pear”, amarrar os materiais. Acredita que esse fato ocorreu depois do Cabo CUNHA ter ido ao camarote e antes da substância ser descoberta, sugerindo constatar tal fato pelas câmeras localizadas nos corredores, que entrou no camarote, pegou os elásticos e saiu, não demorando mais de 5 segundos (...). **(VIDEO20, VIDEO21, VIDEO22, VIDEO23, VIDEO24, VIDEO25, VIDEO26)** (grifo nosso).

O Cabo GABRIEL HENRIQUE SANTOS DA SILVA BOTELHO URICHSEN:

(...) que também fazia parte da tripulação do Navio; que o camarote dele e do Cabo ROBERTO tinha ligação com o do Acusado e do Cabo PAULO, pois o banheiro era compartilhado entre eles. Que foi acordado em razão do toque de reunir, e por não ter escutado, não sabia dizer sobre a ordem de deixar a porta dos camarotes abertas. Que ao chegar no *hall* dos escritórios os militares já se encontravam reunidos, ficando o tempo todo nesse local. Que foi chamado no camarote e lá chegando foi perguntado se o pote que se encontrava na mesa lhe pertencia, respondendo que não. Logo após chamaram o Acusado e o Cabo PAULO, do outro camarote. Quando os quatro militares estavam reunidos indagou-se se algum deles era o proprietário e se mais alguém estava envolvido, tendo respondido que não sabia, de modo que ninguém assumiu a responsabilidade. Relatou que ficaram aguardando na sala de conferência, conversando entre eles; que sobre o questionamento do Cabo CUNHA quanto a realização dos exames, respondeu que não tinha nada a esconder. Assim, todos foram voluntários a fazer o teste, sendo que o Acusado foi o único a se recusar. Declarou que quando os quatro se encontravam

juntos, o Acusado participou que iria até o Imediato falar, notadamente ao perceber que o Cabo PAULO não iria lhe ajudar, momento em que a testemunha saiu para fazer os testes e quando retornou à noite o Cabo CUNHA não se encontrava mais no Navio (...) que o Cabo PAULO começou a chorar, tendo em vista que todos estavam receosos em perder a comissão, pois percebiam que o Acusado não queria assumir o ocorrido. **Confirmou o depoimento feito no IPM, notadamente quanto a assertiva de ter visto o Cabo CUNHA assumido que o pote com substância entorpecente era dele, bem como que escutou que o Cabo CUNHA iria assumir, perante o Imediato, a ocorrência, evitando que os demais militares ficassem de fora da comissão. Declarou que o Cabo CUNHA tentou pedir ao Cabo PAULO para falar que havia jogado o pote no vaso, e que o Acusado assumiria que era dele, na tentativa de dividir a culpa, momento em que o Cabo PAULO respondeu, negativamente, pois “como chegaria em casa e falaria isso para sua filha?” Quando indagado pela Defesa se o pote poderia ser do Cabo PAULO, respondeu que não, bem como que nunca teria visto o Cabo CUNHA utilizando droga, porém declarou que o Acusado havia confirmado ser o dono do pote.** Acrescentou que só viu o pote quando foram chamados ao camarote, e que parecia ser um recipiente de academia. Que não foram coagidos por ninguém a informar que o Acusado assumiria a ocorrência (...) (VIDEO27, VIDEO28, VIDEO29) (grifo nosso).

O Cabo ANDRÉ ROBERTO NUNES DA SILVA:

(...) declarou que fazia parte da tripulação do Navio, e que teve conhecimento de que teria ocorrido uma revista com cães farejadores no seu camarote, tendo sido encontrada substância entorpecente em um pote no vaso sanitário. Mas quando chegou ao local o pote se encontrava na mesa do camarote, e não mais no vaso sanitário, sendo solicitando que os demais militares dos camarotes comparecessem ao local. **Que os quatro militares foram reunidos no local, e questionados sobre a propriedade do pote, ninguém se declarou o proprietário. O que nesse instante das diligências, ficaram juntos no hall dos escritórios esperando o teste toxicológico. Que enquanto se encontravam no hall aguardando os procedimentos, tem quase certeza de que ouviu o Cabo CUNHA confessar que o pote era dele, pois escutou que ele iria falar com o Imediato do Navio, momento em que saiu de perto, por se encontrar chateado com a situação.** Acrescentou que ficou com raiva do Cabo CUNHA por considerar que seria dele o pote, pois em razão de sua convivência com os demais militares dos camarotes, não teria suspeita alguma dos demais. Que no instante em que viu o pote na mesa do seu camarote e o cão farejador, sugeriu que se realizasse o exame toxicológico e das digitais, tendo inclusive

declarado que seu exame deu negativo, pois não faz uso de nada. Que não teria como outros militares fazerem uso do banheiro, que não os integrantes dos camarotes 203 e 207, pois o compartimento se encontrava inoperante, entupido. Quando indagado pelo Magistrado, sobre a possibilidade do camarote ser utilizado por outros militares que não os integrantes dos camarotes 203 e 207, respondeu que seria possível. Acrescentou que estavam embarcados há muito tempo no Navio, e que foram licenciados 2 dias antes do ocorrido. Declarou que um dia antes do ocorrido, estavam licenciados, e que durante esse licenciado tem militares que deixam seus camarotes fechados e outros não. Que o camarote 207 ficou aberto. Declarou que não estava presente no momento da inspeção (...). (**VIDEO15**, **VIDEO16**, **VIDEO17**, **VIDEO18**, **VIDEO19**) (grifos nossos).

No IPM, mais perto dos fatos, essa testemunha declarou:

(...) Pergundado se sabia da existência de um pote, com substância com princípio ativo THC, que foi encontrado no banheiro dos camarotes 203 e 207 durante a inspeção realizada com cães, no Navio Polar Almirante Maximiano em 14 de outubro deste ano, e caso a resposta fosse positiva, a quem pertencia e como esse pote foi parar no banheiro, respondeu que não sabia da existência; perguntado se em algum momento, havia visto ou tocado no pote supracitado e caso a resposta fosse positiva em qual compartimento e onde estava armazenado, o mesmo respondeu que não havia visto ou tocado no pote; perguntado se tinha conhecimento do conteúdo desse pote, respondeu que não tinha conhecimento; perguntado sobre qual foi a ordem dada pelo Imediato por ocasião do “reunir” para medição biométrica no *hall* dos escritórios: “abrir as portas dos camarotes trancados” ou “entrar nos camarotes”, respondeu que a ordem foi para que abrissem as portas dos camarotes que estivessem trancadas; perguntado se após ter se apresentado no “reunir”, ausentou-se do *hall* dos escritórios por algum motivo e se sim, onde foi, acompanhado de quem e com que finalidade, respondeu que se ausentou por ter ido até seu camarote para chamar o CB-EF URICHSEN, o qual estava dormindo, para o “reunir”; perguntado se em algum momento acessou seu camarote no período compreendido entre o “reunir” no *hall* dos escritórios e o início das inspeções citadas, respondeu que sim para chamar o CB-EF URICHSEN para o “reunir”; perguntado se já usou ou faz uso de substâncias entorpecentes e se sim qual (is), respondeu que não usou e não usa; perguntado se sabe de alguém que fez ou faz uso de substância entorpecentes a bordo, respondeu que não sabia; perguntado se em algum momento escrutou ou alguém lhe confessou, mesmo que informalmente, ter a propriedade, posse ou guarda das substâncias entorpecentes em tela, respondeu que não; perguntado o motivo de ter sido voluntário a contribuir com a

investigação por intermédio da realização de exames toxicológico e papiloscópico e, assim, auxiliar a elucidação dos fatos deste IPM, respondeu que não tinha nada para lhe comprometer por não fazer uso de substâncias entorpecentes. Perguntado se podia prestar mais algum esclarecimento a respeito do assunto em tela, declarou: ao descobrir que o CB-PL CUNHA não foi voluntário para realizar os exames citados, subentendeu que o material apreendido seria dele e, quando foi chamado pelo CB-PL CUNHA para conversar junto ao CB-PL PAULO e CB-EF URICHSEN, quanto aguardam para fazer os exames, ouviu o CB-PL CUNHA que este iria procurar o Imediato do navio para reconhecer que o material seria dele e, a partir desse momento, disse ter se afastado do CB-PL CUNHA não falando mais com ele (...).

Perguntado ao Acusado se sabia o motivo de os colegas terem feito tais afirmações, justificou que se tratava de um conluio contra ele, pois aqueles militares eram amigos e saíam juntos. Sugere, ainda, que tentavam proteger o Cb PAULO, pois este teria apresentado uma atitude suspeita após o toque de reunir, retornando ao camarote.

Não obstante, inexistente, nos autos, qualquer notícia de desavença, rivalidade ou inimizade entre eles e o Acusado que os levassem a atribuir falsamente uma confissão inexistente. Antes, o que se vê é que todos conviviam num ambiente de coleguismo. E que o Acusado, mais uma vez, questiona a lisura do depoimento das testemunhas, de modo a não admitir a autoria e conduzir os fatos a seu favor.

Ademais, como antes referido, o Cb Paulo declarou, espontaneamente no IPM, ter voltado ao camarote. E sua atitude em voltar lá não levantou qualquer suspeita quando verificada pelo Encarregado do IPM. A uma pelo exíguo prazo que teria ficado lá. A duas porque não foi o primeiro a sair correndo para ir ao camarote. E a três porque, se a porta estava destrancada, não seria necessário o Cb PAULO informar ao Acusado que iria voltar ao camarote.

Veja-se que somente em Juízo o Acusado usa esse argumento em sua defesa.

Aqui abre-se um parêntese sobre o testemunho do Cb PAULO de que o Cb VERAS teria ido ao camarote 203 na noite anterior aos fatos e também ter visto o conteúdo do pote. A testemunha Cb VERAS confirmou ter ido ao camarote do Acusado à noite, véspera da inspeção, para pegar um relaxante muscular e que não viu nenhuma droga; que o Cb PAULO estava dormindo com a cortina fechada, então não poderia ver nada do que estava acontecendo.

Entretanto, o Cabo PAULO afirmou ter aberto a cortina para ver o que se passava e que viu os dois militares de costas para ele, não conseguindo vislumbrar exatamente o que manuseavam.

Veja-se que também o Cabo VERAS estava de costas, e, este sim, não poderia ter visto o Cabo PAULO abrir a cortina. Por certo, se o Cabo PAULO estivesse dormindo, com a cortina fechada, não poderia saber que o Cabo VERAS esteve no camarote naquela noite. De registrar, ainda, ser pouco provável que o Cb Veras se incriminasse, de modo a confirmar ter ido até o camarote do Acusado para se envolver com a droga.

E ainda, verifica-se a contradição entre o motivo que o Cb VERAS alegou para ter ido até o camarote do Acusado – pegar um relaxante muscular –, e o motivo alegado pelo Acusado – que o Cb Veras teria ido até lá porque passou mal.

Dessa forma, julgo que a prova contida no caderno processual e os diversos indícios ali também encontrados convergem para a certeza da autoria.

Quanto ao pedido Ministerial no sentido de condenar o Acusado pela prática do delito capitulado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tal pleito não merece prosperar.

Dispõe o referido artigo:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

O Vocabulário Jurídico assim conceitua o termo exportação¹²⁸:

(...) Derivado do latim *exportatio*, de *exportare* (levar para fora), indica, na terminologia comercial e jurídica, todo ato de remessa de uma mercadoria ou produto para o exterior, isto é, para fora do país em que foi produzida (...).

A doutrina considera que o delito só se consuma quando a droga sai do território nacional.

Leciona Renato Brasileiro que: “Exportar: significa levar para fora do Brasil. Consuma-se o crime quando a droga sai do território nacional...”.¹²⁹

Entretanto, não há, nos autos, como concluir que a intenção do Acusado era a de levar para fora do território nacional a substância ilícita, não sendo suficiente para caracterizar o tráfico internacional apenas a circunstância

¹²⁸ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Editora Forense, 2010, 28ª Edição. Pg. 591

¹²⁹ Renato Brasileiro de Lima. *Legislação Criminal Especial Comentada* – Volume único. Editora Jus Podivm, 2021, 9ª Edição. Pg. 1.059.

de o Navio se encontrar em missão para o exterior. O entorpecente poderia ser para uso próprio, ou, ainda que se desconfie que poderia ser vendido em virtude da forma de acondicionamento em papélotes, tanto o uso, como a venda poderiam ocorrer dentro do próprio Navio e ainda em águas jurisdicionais brasileiras.

Esta Corte Castrense já enfrentou hipótese semelhante – apreensão de substância entorpecente em Navio em missão ao exterior – que, inclusive, se encontrava em águas internacionais, tendo decidido, naquele caso, que se tratava do crime militar tipificado no art. 290 do CPM.

Eis a ementa do julgado:

EMENTA: APELAÇÃO DEFESA. ART. 290 DO CPM. POSSE DE ENTORPECENTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. SITUAÇÃO DO CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INCONVENCIONALIDADE DO ART. 290 CPM. RECEPTIVIDADE DO ART. 290 CPM. DESPROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. Não há respaldo para a incidência da bagatela imprópria nesse contexto, em que o graduado da Força Naval foi encontrado com uma considerável quantidade de drogas e um “aparelho elétrico de fumo”, quando estava em missão internacional, a caminho de integrar a equipe da ONU no Oriente Médio. Autoria e materialidade ficaram muito bem demonstradas pelas provas juntadas aos autos, amoldando-se perfeitamente ao tipo inculpidado no art. 290 do CPM. Recurso defensivo não provido. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000661-66.2020.7.00.0000. Revisor e Relator para o Acórdão Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi. Data de Julgamento: 7/6/2021, Data de Publicação: 8/6/2021).

Com efeito, considerando o acervo probatório, não se vislumbra, no caso vertente, a tipificação requerida pela peça Acusatória, qual seja, o tipo previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Outrossim, restou incontestado a prática do crime capitulado no art. 290 do CPM e, considerando que a pena prevista é mais benéfica ao Réu, decido pela desclassificação do delito, nos exatos termos do Enunciado 5 da Súmula desta Corte:

SÚMULA Nº 5 - (DJ 1 Nº 77, de 24/4/95)

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

Quanto à dosimetria da pena, o crime praticado ganha contornos de maior gravidade. O Acusado era graduado e foi designado a integrar uma importante missão de natureza militar na Antártica, representando a Marinha do Brasil e o próprio País no exterior. Nesse diapasão, a guarda de substância entorpecente a bordo compromete a reputação, o preparo e o emprego do Navio na missão para a qual foi destacado.

Ademais, foi expressiva a quantidade de entorpecente encontrada no Navio, 1,3g (um grama e três decigramas) e 26 (vinte e seis) pacotes, com peso total de 40,5g (quarenta gramas e cinco decigramas) e substância.

Tais circunstâncias autorizam a fixação da pena-base além do mínimo legal, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por ser proporcional e adequada ao delito perpetrado pelo Acusado.

Tal pena se torna definitiva à mingua de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição.

Aplica-se, ainda, a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, conforme o disposto no artigo 102 do Código Penal Militar.

A pena imposta ao Réu não satisfaz os requisitos para a concessão do benefício do *sursis*, nos termos do art. 84 do CPM.

Fica estabelecido o regime prisional inicialmente aberto, consoante a redação da alínea “c” do § 2º do artigo 33 do Código Penal comum.

Isto posto, voto no sentido de não conhecer das preliminares defensivas e, no mérito, de negar provimento ao recurso defensivo e de dar provimento parcial ao recurso ministerial para, reformando a Sentença absolutória, condenar o ex-Cb Mar ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, por desclassificação, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 290 do CPM, sem direito ao *sursis*, com a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, e o regime prisional inicialmente aberto para cumprimento da pena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento virtual, sob a Presidência do Ministro Gen Ex Lúcio Mário de Barros Góes, na conformidade do Extrato da Ata do Julgamento, **por unanimidade**, em não conhecer das preliminares, suscitadas pela defesa, de inadmissibilidade de provas ilícitas e de quebra da cadeia de custódia por falta da integralidade das gravações do CFTV. Em seguida, no mérito, **por unanimidade**, em negar provimento ao recurso defensivo e dar provimento parcial ao recurso ministerial, para, reformando a sentença absolutória, condenar o ex-Cb Mar Adriano Souza da Cunha Lira, por desclassificação, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 290 do CPM, sem direito ao *sursis*, e o regime prisional inicialmente aberto para cumprimento da

pena, e, **por maioria**, aplicar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas.

Brasília, 6 de março de 2023 – Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros,
Ministro relator.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO DO MINISTRO

Dr. ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA
Apelação Criminal Nº 7000553-66.2022.7.00.0000

Votei, acompanhando a unanimidade dos demais Ministros desta Corte, ao não conhecer das preliminares de inadmissibilidade de provas ilícitas e de quebra da cadeia de custódia, suscitadas pela Defesa.

No mérito, também acompanhando a unanimidade dos demais Ministros desta Corte, votei pelo não provimento do Apelo defensivo e pelo parcial provimento ao Apelo ministerial para, reformando a Sentença absolutória, condenar o ex-Cabo da Marinha ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, por desclassificação, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, como incurso no art. 290 do CPM, a ser cumprida em regime prisional inicialmente aberto, sem o benefício do *sursis*.

Porém, votei vencido, divergindo dos demais Ministros, ao deixar de aplicar a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM, pelos motivos que passo a expor.

Como observa-se da Portaria da Diretoria do Pessoal Militar da Marinha nº 907/DPMM, em 14 de maio de 2021, no curso da Ação Penal Militar ora em tela, o então Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA foi licenciado do serviço ativo da Marinha, por conveniência do serviço, e incluído “na Reserva Não Remunerada, como Reservista de Primeira Categoria (RM2)” (evento 101 do processo nº 7000190-39.2020.7.03.0203).

Rompeu-se, assim, o vínculo que existia entre a Administração Militar e o ora Apelante.

Com efeito, a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, assim define a situação dos militares, em seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

I - os de carreira;

II - os temporários, incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar, obrigatório ou voluntário, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar ou durante as prorrogações desses prazos;

III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

IV - os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e

V - em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

b) na inatividade:

I - os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; e

II - os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União.

III - os da reserva remunerada e, excepcionalmente, os reformados, que estejam executando tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada.

§ 2º Os militares de carreira são aqueles da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade, assegurada ou presumida, ou estabilidade adquirida nos termos da alínea "a" do inciso IV do *caput* do art. 50 desta Lei.

§ 3º Os militares temporários não adquirem estabilidade e passam a compor a reserva não remunerada das Forças Armadas após serem desligados do serviço ativo.

Observa-se, dessa forma, que o ex-Cabo ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA, por não se enquadrar em nenhuma das categorias mencionadas, não pode ser considerado militar da ativa, tampouco militar inativo das Forças Armadas.

É isso o que se extrai, também, da leitura dos arts. 4º e 6º do Decreto nº 4.780, de 15 de julho de 2003, que dispõe sobre o Regulamento da Reserva da Marinha:

Art. 4º Para os efeitos de prestação de serviços, os integrantes da RM [Reserva da Marinha] são ordenados em quatro classes, de acordo com o diagrama constante do Anexo II:

[...]

II- Reserva de 2ª Classe da Marinha (RM2) - a dos militares temporários, composta pelos cidadãos que, na forma do Estatuto dos

Militares e da legislação e regulamentação que tratam do SM, tenham sido incluídos ou reincluídos na RM, mediante nomeação, demissão da Marinha ou licenciamento do Serviço Ativo da Marinha (SAM);

[...].

Art. 6º **São militares da RM** os:

I - Oficiais e Praças RM1; e

II - **cidadãos RM2 e RM3, militares temporários, quando incorporados.**

§ 1º Militares temporários na Marinha são os Oficiais e as Praças RM2 e os Oficiais RM3 que, enquanto estiverem incorporados, atuam no serviço ativo por tempo certo e determinado.

§ 2º O pessoal componente da Marinha Mercante e das empresas declaradas diretamente relacionadas com a segurança nacional para a Marinha, bem como **os integrantes da RNR [reserva não remunerada], só serão considerados militares quando convocados, mobilizados ou designados para o SAM [Serviço Ativo da Marinha] e incorporados à MB [Marinha do Brasil].** (...). [Grifos nossos.]

Assim, não obstante ADRIANO SOUZA DA CUNHA LIRA ser integrante da Reserva não remunerada da Marinha, deve ser considerado **Civil**, tendo em vista que não está convocado, mobilizado ou designado para o serviço ativo.

Por conseguinte, no meu entender, existe impossibilidade lógica de um civil ser excluído das Forças Armadas, e, *data venia*, não há justificativa para que lhe seja aplicada a pena acessória prevista no art. 102 do CPM.

Ante o exposto, votei vencido ao deixar de aplicar ao Acusado a pena acessória de exclusão das Forças Armadas, prevista no art. 102 do CPM.

Faço a presente Declaração de Voto para que conste dos autos, nos termos do § 8º do art. 52 do Regimento Interno desta Corte.

Superior Tribunal Militar, 20 de março de 2023.

Dr. Artur Vidigal de Oliveira
Ministro do STM