

16/10/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.379 PARÁ

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **THIAGO HENRIQUE GOMES RODRIGUES**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

EMENTA

Habeas corpus. Penal Militar e Processual Penal Militar. Crime de Deserção (art. 187 do CPM). Recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa. Acolhimento de nulidade suscitada pelo Parquet Militar. Reformatio in pejus configurada. Violação do entendimento consubstanciado na Súmula nº 160/STF. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. Na hipótese vertente, tenho por presentes os requisitos necessários à concessão da ordem, por violação manifesta do entendimento sedimentado na Súmula nº 160 desta Suprema Corte.

2. Diante da ausência de recurso voluntário pelo Ministério Público Militar, a decisão que condenou o paciente por ambos os crimes de deserção transitou em julgado, sendo, portanto, inviável, em recurso exclusivo da defesa, a anulação de atos praticados visando à realização de novo julgamento. Precedentes.

3. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de outubro de 2012.

HC 114.379 / PA

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

16/10/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.379 PARÁ

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
PACTE.(S) : **THIAGO HENRIQUE GOMES RODRIGUES**
IMPTE.(S) : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Thiago Henrique Gomes Rodrigues, apontando como autoridade coatora o Superior Tribunal Militar, que acolheu questão preliminar suscitada pelo **Parquet** Militar no recurso de apelação interposto pela defesa, com determinação de separação dos processos e de anulação de todos os atos a partir da denúncia.

Sustenta a impetrante, em linhas gerais, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista a inexistência de recurso ministerial contra a sentença condenatória, de molde a não se justificar, a esta altura, a anulação do processo e sua cisão.

Narra a impetrante que

“(...) a condenação do paciente, nos termos da sentença de primeiro grau, ao crime de deserção em concurso formal, se deu nos exatos termos do art. 79 do CPM, e frise-se, o órgão acusador não recorreu. Verifica-se verdadeira preclusão consumativa em relação à questão, impossibilitando a **reformatio in pejus** realizada pelo Tribunal Militar. A piora na situação do paciente é evidente, vez que se vê agora respondendo, em dois processos distintos, por dois crimes, que segundo entendido em primeiro grau, ocorreram em forma de concurso. Independente do entendimento jurisprudencial assente no STM sobre a impossibilidade do concurso de crimes de deserção, ou da análise de conexão e continência realizada

HC 114.379 / PA

no voto condutor do acórdão aqui combatido, no caso concreto não era dado àquela Egrégia Corte Militar alterar o julgado do Conselho Permanente de Justiça, sem que houvesse irresignação de uma das partes” (fls. 2 a 3 da inicial).

Requer o deferimento da liminar para “determinar a suspensão dos efeitos do acórdão proferido no julgamento da apelação 91-08.2010.7.08.0008/PA, até o julgamento do presente Habeas Corpus” (fl. 4 da inicial) e, no mérito, pede a concessão da ordem “para anular a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal Militar e, com isso, determinar o prosseguimento do feito, com o julgamento do apelo defensivo, mantido o concurso formal nos termos do art. 79 do CPM, conforme julgado de primeiro grau” (fl. 4 da inicial – grifos conforme o original).

Em 2/8/12, presentes os pressupostos legais, deferi a medida liminar, sustentando os efeitos do acórdão proferido pelo SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR em desfavor do paciente nos autos da Apelação nº 91-08.2010.7.09.0008/PA até o julgamento definitivo desta impetração.

Estando a impetração devidamente instruída com o inteiro teor do acórdão questionado, dispensei as informações da autoridade coatora.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, opinou pela concessão da ordem (anexo de instrução nº 11).

É o relatório.

16/10/2012

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 114.379 PARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato do Superior Tribunal Militar, que acolheu questão preliminar suscitada pelo **Parquet Militar** no recurso de apelação interposto pela defesa de nº 91-08.2010.7.09.0008/PA, Relatora a Ministra **Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**, no qual se determinou a separação dos processos e a anulação de todos os atos a partir da denúncia.

Narra a impetrante, na inicial, que

“(…) [o] paciente foi denunciado pela prática da conduta descrita no art. 187 do CPM (deserção), por duas vezes, tendo sido processado e ao final condenado a pena de 3 meses para a primeira deserção e de 6 meses para a segunda. As penas foram unificadas, restando definitivas em 9 meses. Irresignada a defesa apelou ao STM, buscando a absolvição do paciente. A sentença transitou em julgado para a acusação. Em sede do Tribunal Superior, foi acolhida preliminar apresentada em parecer pelo Membro do Ministério Público Militar, com atuação em segundo grau, para anular todos os atos praticados desde a denúncia, por entender que as deserções são sempre crimes autônomos não havendo que se falar em concurso entre as duas condutas. Assim, determinou-se a separação do processo para que o paciente passe a responder por dois crimes autônomos de deserção. Por entender que a decisão realizou ‘reformatio in pejus’, uma vez que a sentença condenatória já havia transitado em julgado para acusação, e que o recurso exclusivo da defesa foi que levou a questão ao Tribunal Superior, entende a Defensoria Pública que a questão está a merecer o reparo desta Suprema Corte” (fl. 2 da inicial).

HC 114.379 / PA

Transcrevo a ementa do julgado proferido por aquela Corte Militar:

“APELAÇÃO. DESERÇÕES. IDÊNTICA AUTORIA. CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO E LUGAR DISTINTAS. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE. REUNIÃO DE FEITOS. INADMISSIBILIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA. SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS. EXAME DE MÉRITO PREJUDICADO.

O tipo inculcado no art. 187 do CPM, ainda que praticado mais de uma vez pelo mesmo agente, não possibilita conexão ou continência e, por decorrência, reunião de feitos.

In specie, o único liame entre as infrações é terem sido perpetradas pelo mesmo autor. Relevante, porém, é que foram praticadas em oportunidades e circunstâncias distintas.

Os requisitos indispensáveis à caracterização da conexão e continência - dependência ou vinculação probatória, multiplicidade de réus, concurso de crimes, dentre outros - não se coadunam com o crime de deserção e, logicamente, a ele não se aplicam.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA COM A CONSEQÜENTE SEPARAÇÃO DOS PROCESSOS ACOLHIDA POR UNANIMIDADE” (fl. 1 do anexo de instrução 4).

Essa é a razão pela qual se insurge a impetrante neste **writ**.

Na hipótese vertente, tenho por presentes os requisitos necessários à concessão da ordem, por violação manifesta do entendimento sedimentado na Súmula nº 160 desta Suprema Corte, **in verbis**:

“É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da Acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”

Com efeito, o Superior Tribunal Militar, ao acolher matéria preliminar suscitada pelo **Parquet** militar com atuação perante aquela

HC 114.379 / PA

Corte Superior, em recurso de apelação manejado exclusivamente pela defesa, determinou a cisão dos processo para apuração em separado da prática de dois crimes de deserção.

Fê-lo sob as seguintes premissas, **in verbis**:

“(…)

Versam estes autos sobre a prática de dois delitos de deserção praticados pelo recorrente, mas em circunstâncias de tempo distintas.

Como já reiteradamente decidido por esta Corte, o tipo inculpado no art. 187 do CPM, ainda que praticado mais de uma vez pelo mesmo agente, não possibilita conexão ou continência e, por decorrência, reunião de feitos.

In specie, o único liame entre as infrações é terem sido perpetradas pelo mesmo autor. Relevante, porém, é que foram praticadas em oportunidades e circunstâncias distintas.

A Lei Processual Penal militar, nos arts. 99 e 100, respectivamente, indica as hipóteses de conexão e continência, e o art. 102 do mesmo diploma legal consigna que, na ocorrência de tais institutos, ter-se-á a reunião dos processos, desde que os delitos sejam da competência da Justiça Militar da União.

Pela conexão, haverá unificação de autos, nos termos do art. 99, alínea ‘c’, do CPPM, quando houver influência probatória de um feito em relação ao outro. No entanto, tratando-se de deserções praticadas pelo mesmo agente, em momentos distintos, não há que se falar na incidência deste instituto.

Indiscutível terem as deserções, em ambas as ocasiões, sido praticadas com desígnios autônomos, não há qualquer relação de uma com a outra. Daí porque inexistente a interferência probante entre elas, ainda que o réu indique, para sua defesa, as mesmas provas testemunhais e motivo coincidente para seu agir criminoso.

Inegável ser a deserção delito diferenciado, revestido de procedimento processual especial, não lhe se aplicando as regras atinentes ao concurso de crimes. Em outras palavras,

HC 114.379 / PA

cada delito é único, não interagindo com outras figuras típicas, mesmo que idênticas.

Nesse sentido, manifestou-se o Pleno desta Corte:

'EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE DESERÇÃO. PROCESSOS DIVERSOS. CONEXÃO PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA. I - DESERÇÃO. PROCESSOS DIVERSOS. CONEXÃO PROBATÓRIA. Verifica-se a conexão probatória 'quando a prova de uma infração ou qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração'. Entretanto, tal não ocorre quando se trata de deserções consumadas, pelo mesmo agente, em épocas diferentes, uma vez que a deserção é um crime formal (que independe de resultado, consumando-se com a ausência injustificada do militar à sua unidade por prazo superior a oito dias), de mera conduta (a lei só descreve o comportamento do agente) e instantâneo de efeitos permanentes (a permanência dos efeitos do crime não dependem do agente). 2 - Deserção. Crime autônomo. **Assim, desertando o militar, uma vez, responde por este delito. Se, por acaso, depois de sua apresentação voluntária ou de sua captura, livrar-se solto por força do art 453 do CPPM ou por ter sua prisão relaxada e, nesta condição, vier novamente a desertar, responderá a outro processo de deserção, com julgamentos distintos, sem que haja influência de um processo em relação ao outro, haja vista que, nesta hipótese, houve autonomia de desígnios.** Conhecido o Conflito Negativo de Competência. Decisão unânime.' (STM. Conflito de Competência nº 1998.01.000282-3/RJ. Rei. Min. Sérgio Xavier Ferolla. Decisão: 2/4/1998) (grifos da subscritora).

Certo é que os requisitos indispensáveis à caracterização da conexão e continência - dependência ou vinculação probatória, multiplicidade de réus, concurso de crimes, dentre

HC 114.379 / PA

outros – não se coadunam com o crime de deserção e, por decorrência lógica, a ele não se aplicam.

Sendo assim, diante de múltiplas deserções praticadas pelo agente, a despeito de as razões para a prática delituosa serem correlatas e as provas produzidas semelhantes ou idênticas, não há que se adotar a unidade processual.

Ex positis, acolho a preliminar suscitada pela Procuradoria Geral da Justiça Militar para determinar a separação dos processos, anulando-se todos os atos a partir da Denúncia, devendo ser os autos remetidos à instância a quo para renovação” (fls. 8/9 do anexo de instrução 4).

Observo, contudo, que a ordenada cisão processual foi determinada em decisão já transitada em julgado para a acusação, que não se insurgiu, **in opportuno tempore**, contra o julgamento conjunto, em uma única ação penal, de imputações autônomas da prática de deserção.

Nesse sentido, vale transcrever as judiciosas considerações constantes do parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**:

“No mesmo sentido, leciona a doutrina mais abalizada: ‘No processo penal, está sempre permitida a reforma da decisão para melhorar a situação jurídica do réu, inclusive com o reconhecimento de ofício, e, a qualquer momento, de nulidades processuais que beneficiem o réu.

Mas não pode o tribunal reconhecer nulidade contra o réu que não tenha sido arguida no recurso da acusação (Súmula n.º 160 do STF).

Assim, diante de um recurso do Ministério Público (sem recurso da defesa), o tribunal pode acolher o pedido do MP, manter a decisão e denegar o pedido, ou ainda, de ofício, negar provimento ao pedido do MP e melhorar a situação jurídica do réu, ainda que ele não tenha recorrido.

Por outro lado, está vedada a reforma para pior, ou seja, diante de um recurso da defesa, não pode o tribunal piorar a situação jurídica do imputado. Portanto, diante de um exclusivo

HC 114.379 / PA

recurso da defesa, o tribunal pode dar provimento no todo em parte, ou manter intacta a decisão de primeiro grau. Em nenhum hipótese pode piorar a situação do réu (exceto, é óbvio, se também houver recurso do acusador).

Nesse sentido, determina o art. 617 do CPP:

‘Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.’

Também está vedada a **reformatio in pejus** indireta, dissimulada, como pode ocorrer no seguinte caso: o juiz condena o réu a uma pena de 4 anos de reclusão por determinado delito. Em grau recursal, o tribunal, acolhendo a apelação da defesa, anula a sentença por ter-se baseado em prova ilícita, determinando o desentranhamento e a repetição do ato. Na nova sentença, o réu é condenado a uma pena de 5 anos de reclusão.

Trata-se de uma **reformatio in pejus** indireta, que conduzirá a nova nulidade da sentença. É indireta porque a piora na situação do réu não foi causada, diretamente, pelo tribunal, julgando o recurso. Mas, sem dúvida, o tratamento mais grave foi feito do acolhimento do recurso da defesa.’ (LOPES JUNIOR, Aury, Direito processual penal e sua conformidade constitucional, volume II. - 3ª ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. PP. 477-478.)” (fls. 5/6 do anexo 11).

Verifico, ademais, que o julgado daquele Superior Tribunal, na parte em que acolheu a referida preliminar, decidiu na contramão da jurisprudência desta Suprema Corte, assente no sentido de que, em recurso exclusivo da defesa, não cabe ao Tribunal, Câmara ou Turma, o agravamento da pena imposta ao réu, no que faticamente poderá importar a sua submissão a procedimentos penais distintos e respectivos julgamentos:

HC 114.379 / PA

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. 1. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E REGIME PRISIONAL. QUESTÕES NÃO SUBMETIDAS AO EXAME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA. 1. Causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e o regime prisional. Matérias que, pelo que se tem na inicial da impetração no Superior Tribunal de Justiça e no julgado objeto da presente impetração, não foram suscitadas nesse Superior Tribunal. Impossibilidade de conhecimento desta impetração, sob pena de contrariedade à repartição constitucional de competências e indevida supressão de instância. Precedentes. 2. Não competia ao Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar recurso exclusivo da defesa, complementar a sentença para acrescentar fundamento novo, não utilizado pelo juízo de primeiro grau, a fim de justificar a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Essa decisão acabou por gerar ‘reformatio in pejus.’ 3. O Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei n. 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes. Precedente. 4. Ordem parcialmente concedida.” (HC nº 110.655/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 8/3/12 - grifei);

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM PATAMAR MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA. PROCEDÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR

HC 114.379 / PA

RESTRITIVA DE DIREITOS: POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na terceira fase de aplicação da pena, o juízo de primeiro grau reduziu a reprimenda em seu patamar intermediário, um meio, sem qualquer fundamentação, razão pela qual se deve aplicar a causa de diminuição em seu patamar máximo, ou seja, dois terços. 2. **Não competia ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recurso exclusivo da defesa, complementar a sentença para acrescentar fundamento novo, não utilizado pelo juízo de primeiro grau, a fim de justificar a menor diminuição da pena. Essa decisão acabou por gerar 'reformatio in pejus'.** 3. O Supremo Tribunal Federal assentou serem inconstitucionais os arts. 33, § 4º, e 44, caput, da Lei n. 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (HC 97.256, Rel. Min. Ayres Britto, sessão de julgamento de 1º.9.2010, Informativo/STF 598). 4. Ordem concedida." (HC nº 105.768/MG, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Cármen Lúcia**, DJe de 1º/6/11 – grifei).

Diante da ausência de recurso voluntário pelo Ministério Público Militar, a decisão que condenou o paciente por ambos os crimes de deserção **transitou em julgado**, sendo, portanto, inviável, em recurso exclusivo da defesa, a anulação de atos praticados visando à realização de novo julgamento.

Ante o exposto, voto pela **concessão** de ordem para se anular o acórdão do Superior Tribunal Militar, na Apelação Penal nº 91-08.2010.7.08.0008/PA, com a continuidade do julgamento do recurso interposto pelo réu.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 114.379

PROCED. : PARÁ

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : THIAGO HENRIQUE GOMES RODRIGUES

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Decisão: A Turma concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 16.10.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma