



ACÓRDÃO

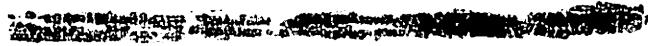
Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0003805-25.2015.9.26.0010 (218/17), em que é Embargante o 2º Sgt PM RE 923716-0 **FERNANDO FALVES OLIVEIRA**, e Embargado o v. Acórdão de fls. 1171/1191,

ACORDAM, os Juízes do E. Tribunal de Justiça Militar do Estado, em Sessão Plenária, por maioria de votos, em dar provimento aos embargos, de conformidade com o relatório e voto do E. Relator, que ficam fazendo parte do acórdão. Vencidos os E. Juízes Paulo Adib Casseb e Orlando Eduardo Geraldi que negavam provimento. Sem voto o E. Juiz Presidente, Silvio Hiroshi Oyama.

O julgamento teve a participação dos Juízes SILVIO HIROSHI OYAMA (PRESIDENTE), AVIVALDI NOGUEIRA JÚNIOR, CLOVIS SANTINON, ORLANDO EDUARDO GERALDI, FERNANDO PEREIRA E PAULO ADIB CASSEB.

São Paulo, 5 de julho de 2017.

PAULO PRAZAK
Juiz Relator



EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
Nº 0003805-25.2015.9.26.0010 (218/17)

Embargante: ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, 2º Sg^o PM RE ~~XXXXXXXXXXXX~~

Embargado: o v. Acórdão de fls. 1171/1191

Advogado: Dr. Paulo Lopes de Ornellas – OAB/SP 103.484 e outra

(Processo-crime nº 76.014/15 – 1ª Auditoria / Apelação Criminal nº 7.253/16)

PoliciaI Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade. Sentença condenatória mantida em sede de Apelação. Dosimetria. Redução da Reprimenda. Voto vencido mais favorável. Absolvição por insuficiência de provas do crime de peculato-apropriação. Consunção do delito de violação de segredo. Redução das reprimendas impostas aos demais delitos. Recurso acolhido.

~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~, 2º Sg^o PM RE ~~XXXXXXXXXXXX~~,

inconformado com o v. Acórdão que, por maioria de votos (2X1), deu parcial provimento ao apelo oferecido por meio de seu Patrono, opôs Embargos Infringentes ao Julgado.

O Defensor requereu a reforma do r. *decisum* para que prevaleça o entendimento externado pelo *Exmo. Juiz Fernando Pereira* que, na Sessão de Julgamento de 24/01/2017, votou com a Câmara pela condenação, todavia, divergindo de seus pares na fixação das penas impostas, nos termos da Declaração de Voto juntada às fls. 1192/1196.

Extrai-se dos autos que o Embargante foi denunciado, processado e **condenado em Primeiro Grau à pena de 85 (oitenta e cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, por afronta aos artigos 303, *caput*, por duas vezes; 308, §1º; 326; 251; 242, §2º, incisos I e II, por nove vezes; e 240, §6º, inciso IV, por cinco vezes; tudo sob a forma do art. 79, todos do Código Penal Militar (fls. 834/970).**

Segundo a inicial acusatória e seus aditamentos, em síntese, no dia 11/03/2015, em horário incerto, no interior do Quartel do CSM/MTel, o ora embargante desviou bem móvel público de que tinha posse e detenção, em razão do cargo, em proveito alheio. No dia 23/10/2015, por volta das 18:15, na cidade de São Paulo/SP, apropriou-se de bem público, de que tinha posse e detenção, em razão do cargo, em proveito alheio. No dia 20/05/2015, no período matutino, na Praça dos Pães, bairro da Mooca, São Paulo/SP, recebeu para si, diretamente, em razão da função, vantagem indevida,

consistente na quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), deixando de praticar, indevidamente, ato de ofício, infringindo dever funcional. Em 21/05/2015, no período matutino, na Praça dos Pães, bairro da Mooca, São Paulo/SP, facilitou a revelação de fatos de que tinha ciência em razão do cargo e função e que devia permanecer em segredo, em prejuízo da administração militar. Entre abril e outubro de 2015, em horários diversos, nas cidades de São Paulo e São Caetano do Sul/SP, agindo em concurso e com unidade de desígnios com os civis João Luís da Silva Neto, Leonardo da Silva de Aquino e Robinson Santos de Sousa, subtraiu para si, coisa alheia móvel, mediante violência e ameaça, exercidas com emprego de arma de fogo. Entre 11/03 e 02/10/2015, forneceu indevidamente, ao civil Leonardo Silva de Aquino, um HT (rádio portátil) de propriedade da PMESP, para que monitorasse a rede de rádio da Polícia Militar, durante o cometimento de ações criminosas de seus comparsas. Também teria se apropriado, irregularmente, de 10 (dez) munições de arma de fogo, marca CBC, calibre .40, de propriedade da PMESP, em proveito próprio (fls.01-d/06-d, 577/582 e 678vº).

O Defensor, em suas razões (fls. 1205/1226), requer o provimento do recurso, com a prevalência do voto vencido, por entender, em síntese, que seus fundamentos dão melhor resolução à lide, absolvendo o ora embargante *“do crime de peculato-apropriação por insuficiência de provas; absorção do crime de violação de sigilo pelo delito de roubo e minoração da pena aplicada em relação aos demais crimes”* (fls.1210).

Instada a manifestar-se (fls.1227 e verso), a D. Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo **provimento** dos Embargos, reiterando o entendimento exarado às fls. 1148/1151.

O E. Juiz Relator do v. Acórdão admitiu os Embargos, em despacho proferido aos 23/03/2017 (fls. 1228).

Distribuídos, os autos vieram conclusos a este Relator em 24/03/2017.

É o relatório.

No presente recurso, o I. Advogado requer a prevalência do voto vencido, proferido pelo *Exmo. Juiz Fernando Pereira*, a fim de que se absolva o ora embargante quanto à imputação do crime de peculato-apropriação, por insuficiência de provas, bem como, que o delito de violação de sigilo seja absorvido pelo delito de roubo, e ainda, que se reduza as reprimendas impostas aos demais crimes.

O v. Acórdão embargado manteve as condenações de Primeiro Grau, com exceção do estelionato que foi absorvido pela corrupção passiva. Quanto à pena final, por ter restado excessiva (85 (oitenta e cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão), fixou-a em 28 (vinte e oito) anos e 20 (vinte) dias de reclusão.

O i. Defensor salienta a divergência quanto ao crime de peculato-apropriação, pugnando pela prevalência da absolvição, por insuficiência de provas (fls.1211/1213):

“Destarte merece ser cotejado o cerne da divergência com o voto da maioria, no afã de demonstrar o acerto do voto que inaugurou o dissenso pretoriano.

Constou do r. voto condutor, em relação ao peculato-apropriação a seguinte fundamentação:

“No que se refere à segunda acusação de peculato (peculato-apropriação), que consistiu na apropriação ilegal, em proveito próprio, de 10 (dez) munições de arma de fogo, marca CBC, calibre .40 S&W, numeração BQZ91, de propriedade da PMESP, melhor sorte não socorre ao apelante.

Segundo o Auto de Exibição e Apreensão à fl. 31, os cartuchos foram encontrados no interior do veículo Chevrolet Tracker LTZ, placa FXA 2684, de propriedade da esposa do 2º Sgt PM César, e que era por ele utilizado.

Ademais, quando ouvido, o apelante não negou que tais munições, que estavam com a numeração raspada, pertenciam à Polícia Militar, limitando-se a dizer que as havia recebido, em 2012, de um sargento aposentado. Ora, como um policial militar com 23 (vinte e três) anos de serviço, experiente, sabia muito bem que a posse de tais cartuchos era ilegal, razão pela qual a condenação também por este fato é de rigor.”

Da divergência constou:

“... A informação fornecida pelo CSM/AM, às fls. 454, que foi utilizada como motivação para a condenação proferida em primeiro grau, é inconclusiva no que diz respeito à possível apropriação indevida, em proveito próprio ou alheio, dos 10 (dez) cartuchos de munição, calibre.40, localizados no interior do veículo por ele utilizado e de propriedade de sua esposa.

Não tendo se mostrado possível amearhar prova apta a permitir a formação de um juízo de certeza sobre a efetiva prática do crime de peculato-apropriação apontado na denúncia, o simples fato de o apelante ter cometido outros crimes não conduz obrigatoriamente ao reconhecimento da prática deste ilícito penal militar.

O conjunto probatório não é sólido o necessário e deixa margem a dúvidas, as quais, conseqüentemente, impedem que a condenação seja a decisão a ser tomada em relação especificamente a esse crime, diante do princípio do “in dubio pro reo”...”

Como bem lançado no voto vencido em questão, não há como manter a condenação, pela prática do peculato-apropriação, vez que há dúvidas quanto à procedência das 10 (dez) munições encontradas. O ora embargante

alega que as recebeu de um militar aposentado. As referidas munições estão com a numeração raspada e o documento de fls. 454 é inócuo. Assim, persistindo dúvida quanto ao realmente havido, a absolvição, nos termos do art. 439, alínea “e”, do CPPM, quanto ao delito de peculato-apropriação, é a solução adequada ao caso.

Quanto ao delito de violação de segredo, assim delimitou a divergência o n. Advogado (fls.1213/1215):

“No que tange à absorção do delito de violação de segredo pelo crime de roubo, foi sustentado pela douta maioria:

“...Subsidiariamente, postula a N. Defesa que a pena imposta aos sentenciados seja diminuída, posto que desproporcional (...) Quando à pena aplicada por violação do sigilo profissional, salienta que não há prova de que a quadrilha se utilizou do rádio HT que era de carga pessoal do apelante, de modo que, se para o cometimento do crime foram utilizados de mais de um rádio, e se o crime de violação de sigilo profissional permitiu a concretização de 14 (catorze) crimes patrimoniais, mais graves, obviamente, o argumento utilizado exige que haja absorção do tipo e não aumento da pena...”

*Ao contrário do que alega a Defesa, nada impede que o Colegiado se utilize da mesma fundamentação, sob diferentes enfoques, para o reconhecimento das circunstâncias judiciais, mesmo porque, **ainda que guardem relação entre si**, os crimes de peculato-desvio, corrupção passiva e violação do sigilo funcional são de espécies distintas, tendo sido autônomas as condutas delituosas do apelante...”*

Ao passo que na divergência restou sustentado:

“... Também, de modo diverso da posição adotada pelo E. Relator, entendi por bem acolher a argumentação apresentada pela combativa defesa do apelante no tocante ao fato de que o delito de violação do sigilo funcional deveria ser absorvido pelos delitos patrimoniais — revestidos de maior gravidade — uma vez que aquele foi o meio utilizado pelo apelante para garantir que seus comparsas praticassem com maior facilidade os roubos e furtos qualificados.

Conforme o ensinamento de Damásio de Jesus, “nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. ‘Lex consumens derogat legi consumptæ’” (in “Direito Penal”, São Paulo: Saraiva, vols. 1 e 4, 19ª ed.).

Quando uma ou mais infrações penais figuram unicamente como meios ou fases necessárias para a consecução do crime-fim, ou quando simplesmente se resumem a condutas, anteriores ou posteriores, do crime-fim, estando, porém, interligados a este, o agente só terá incorrido no tipo penal mais grave...”

Com o devido respeito, acertada a posição proclamada no r. voto divergente em virtude de que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em acatar o princípio da consunção, quando entre os delitos imputados ao agente, um ou mais, de menor gravidade, são utilizados como meio para alcançar o sucesso da empreitada criminosa.”

Alinho-me ao divergente. Entendo que houve a consunção do delito de quebra de sigilo, pelos delitos patrimoniais, pois a quebra de sigilo foi o meio utilizado para a prática dos roubos e furtos qualificados pelos meliantes civis.

“Há consunção, quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente.”¹

Quanto à dosimetria do peculato-desvio, foi ressaltada a divergência, consignando que o voto condutor aplicou a pena de 06 (seis) anos, enquanto o divergente a fixou em 04 (quatro) anos (fls.1217/1220):

“Vejamus a fundamentação empregada no r. voto condutor:

“... Quanto aos crimes de peculato-desvio, peculato-apropriação e violação de sigilo funcional, entendo que as penas aplicadas foram adequadamente fixadas pelo Conselho de Justiça.

No que se refere aos delitos de peculato-desvio e violação do sigilo funcional, na primeira fase, as circunstâncias judiciais foram corretamente aplicadas, tendo sido devidamente fundamentadas e apoiadas em elementos concretos que justificam a exasperação da pena.

Os elementos que dizem respeito a cada uma das circunstâncias judiciais reconhecidas foram examinados com a acuidade necessária e o quantum aplicado para cada uma delas foi devidamente justificado e mensurado, levando-se em conta a maior reprovação de cada conduta do agente.

Ao contrário do que alega a Defesa, nada impede que o Colegiado se utilize da mesma fundamentação, sob diferentes enfoques, para o reconhecimento das circunstâncias judiciais, mesmo porque, ainda que guardem relação entre si, os crimes de peculato-desvio, corrupção passiva e violação do sigilo funcional são de espécies distintas, tendo sido autônomas as condutas delituosas do apelante.

Registro que a dosimetria da pena admite certa discricionariedade do magistrado, desde que a fundamentação seja clara e precisa, como ocorreu nos presentes autos. O julgador deve aplicá-la de acordo com a situação concreta evidenciada e a partir da situação pessoal do réu, razão pela qual perfeitamente justificável a exasperação da pena tal como ocorreu “in casu”.

Assim, nada a reparar nas penas fixadas pelo Colegiado na r. sentença, quanto aos citados delitos na seguinte conformidade:

Peculato-desvio: 6 (seis) anos de reclusão

Peculato-apropriação: 3 (três) anos de reclusão

Violação de sigilo funcional: 1 (um) ano de detenção...”.

A fundamentação utilizada no voto divergente foi a seguinte:

“A pena de 06 (seis) anos de reclusão para o crime de peculato-desvio foi exasperada em primeiro grau mediante o reconhecimento da existência de três circunstâncias judiciais, quais sejam, a intensidade do dolo, a extensão do dano e a circunstância de maior tempo de realização do crime, tendo constado da r. Sentença, às fls. 940/941, que:

Para cada uma das três circunstâncias judiciais reconhecidas, o

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Vol. 1 – Parte Geral. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.212

Conselho de Justiça estabeleceu a valoração de **1 (um) ano**, quantum esse que correspondeu **à valor inferior à média aritmética** encontrada dentre as **oito** circunstâncias judiciais do mencionado artigo 69 do Codex Penal castrense em relação ao quantum da pena (15 anos de reclusão), conforme preconizado pela doutrina do Juiz Presidente estampada no artigo **“Cálculo da pena no processo penal militar”**, publicado na **Revista “Direito Militar”**, AMAJME, nº 67, 2007, págs. 10/14. (destaques no original)

Embora essa pena tenha sido mantida pelo E. Relator, entendi assistir razão ao apelante na parte em que propugna pelo afastamento da aplicação da circunstância judicial concernente à intensidade do dolo, que até poderia sim ser aplicada no caso em exame, mas não mediante a fundamentação utilizada na r. Sentença, que assim se expressou às fls. 940:

...em relação à **intensidade do dolo**, esta foi caracterizada exatamente pelo fato de que o acusado, **sem nenhuma justificativa funcional reconhecida pelos seus superiores hierárquicos**, retirou o rádio HT do almoxarifado do CSM/M Tel, **contrariando a proibição de tal conduta inserta no Boletim Geral nº 59**, de 2004 (fls. 804), e ludibriando o controle rigoroso dos rádios HT existente na Polícia Militar, **de forma premeditada** entregou o aparelho ao seu amigo e comparsa Leonardo para a realização de crimes patrimoniais, fatos esses que **impõem maior exasperação à pena mínima**. (destaques no original)

Como bem apontado nas razões do apelo, às fls. 1.056/1.057:

Não há qualquer dúvida de que essa fundamentação integra as condutas delituosas pelas quais foi condenado o Apelante, isto porque retirar o rádio HT ilegalmente (sem ordem ou conhecimento de quem de direito), é inerente ao próprio crime de peculato desvio, de tal modo que se tivesse retirado com autorização não haveria crime. No que tange a ludibriar seus colegas para tal comportamento ainda se encontra na esfera da conduta delitiva, sendo que a entrega do aparelho para o cometimento de crimes patrimoniais foi justamente a conduta que o vinculou aos crimes de roubos e furtos, portanto o emprego desta circunstância majora ilegalmente a pena por caracterizar o “ne bis in idem”.

Considerando que o aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal militar, não há como, diante do exposto, ser mantida a circunstância judicial concernente à intensidade do dolo.

Por outro lado, a fixação do “quantum” de 1 (um) ano para cada circunstância judicial mostrou-se excessiva, revelando-se mais adequada no caso a sua fixação em 06 (seis) meses.

Posto isso, partindo-se da pena mínima fixada para o crime de peculato-desvio, qual seja, 03 (três) anos de reclusão, e acrescentando-se 06 (seis) meses para cada uma das duas circunstâncias judiciais reconhecidas (maior extensão do dano e maior tempo de realização do crime), a pena no que diz respeito ao crime previsto no artigo 303 do Código Penal Militar (CPM) resta finalizada em 04 (quatro) anos de reclusão...”

Ratifico o voto divergente quanto à dosimetria do crime peculato-desvio.

Quanto ao crime de corrupção passiva, o embargante também pleiteou a prevalência do voto minoritário que afastou a qualificadora, ressaltando o divergente (fls.1222/1223):

“... Já a pena de corrupção passiva foi exasperada em primeiro grau mediante o reconhecimento também da existência de três circunstâncias judiciais, quais sejam, a intensidade do dolo, a extensão do dano e os motivos determinantes do crime, além da sua caracterização na forma qualificada (aumento da pena em 1/3), tendo restado finalizada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

O voto do E. Relator manteve a condenação pela prática do crime de corrupção passiva qualificada, reduzindo a pena para 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mediante a diminuição para 09 (nove) meses do “quantum” estabelecido para cada uma das três circunstâncias judiciais, que foram fixadas em 01 (um) ano na decisão de primeiro grau.

Entendi por bem, no entanto, afastar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no § 1º do artigo 308 do CPM, por considerá-la inapropriada para a situação analisada nos autos, como bem apontou a defesa do apelante, às fls. 1.062, argumentando que a motivação da r. Sentença para sustentar a qualificadora foi a ausência da apreensão do rádio HT por parte do apelante, que teria deixado, ainda, de efetuar a prisão do civil.

Ora, foram justamente essas condutas que propiciaram a consumação do crime de corrupção passiva, não podendo ser utilizadas para caracterizar a prática do ilícito penal militar e, ao mesmo tempo, agravá-la.

Por outro lado, a fixação do “quantum” de 1 (um) ano para cada circunstância judicial mostrou-se excessiva, revelando-se mais adequada no caso a sua fixação em 03 (três) meses.

Posto isso, partindo-se da pena mínima fixada para o crime de corrupção passiva, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão, e acrescendo-se 03 (três) meses para cada uma das três circunstâncias judiciais reconhecidas, a pena no que diz respeito ao crime previsto no artigo 308 do CPM resta finalizada em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão...”

Também subscrevo o voto minoritário quanto à dosimetria do delito de corrupção passiva.

Restou assim finalizada a pena unificada em 19 (dezenove) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, nos exatos termos do divergente (fls.1196):

“Por derradeiro, para que não parem dúvidas sobre as divergências existentes entre o exposto nesta declaração de voto e o contido no voto do E. Relator, estas podem ser resumidas da seguinte forma:

a) no voto do E. Relator o apelante é condenado pela prática do crime de peculato-apropriação, enquanto que neste voto é absolvido

por não existir prova suficiente para a condenação;

b) no voto do E. Relator o apelante é condenado pela prática do crime de violação do sigilo funcional, enquanto que neste voto essa conduta é absorvida pelos crimes de roubo e furto qualificados;

c) no voto do E. Relator o apelante tem mantida a condenação à pena de 06 (seis) anos de reclusão pela prática do crime de **peculato-desvio, imposta em primeiro grau, enquanto que neste voto a pena por esse crime é reduzida para 04 (quatro) anos de reclusão;**

d) no voto do E. Relator o apelante tem reduzida a pena imposta em primeiro grau, em razão da condenação pelo crime de **corrupção passiva qualificada, de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão para 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, enquanto que neste voto não é reconhecida a prática do crime na sua forma qualificada e a pena pelo crime de **corrupção passiva** é fixada em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão;**

e) no voto do E. Relator a pena unificada é finalizada em 28 (vinte e oito) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, enquanto que neste voto a pena unificada é finalizada em 19 (dezenove) anos, 07 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.”

A dosimetria apresentada pelo voto vencido declarado e que subsidiou os presentes Embargos Infringentes merece prosperar. Na concretização da resposta penal às infrações cometidas, certa margem de discricionariedade é concedida aos Magistrados, sendo previsíveis eventuais divergências acerca do *quantum* a ser aplicado. No escopo de atender às finalidades do Direito Penal, opta-se pela dosimetria mais benéfica ao Embargante.

Este também o entendimento emanado pelo Exmo. Sr. Procurador de Justiça (fls.1227 e verso):

“Opinamos, pois, pelo acolhimento do contido nos referidos embargos, para que, no limite da divergência, prevaleça a condenação como no voto declarado do Magistrado Fernando Pereira (algo mais branda, a reprimenda).”

Pelo exposto, esta Corte, por maioria de votos, deu provimento aos Embargos Infringentes para reformar o v. Acórdão recorrido, nos exatos limites do voto vencido, declarado pelo E. Juiz Fernando Pereira.

PAULO PRAZAK
Juiz Relator