



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

Registro: 2019.0000727413

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso Em Sentido Estrito nº 0016857-10.2019.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são recorrentes ANDRESSA SILVETRINI SARTORETO e JORDANA GOMES PEREIRA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e deram provimento aos recursos defensivos para cassar a decisão que determinou a remessa dos autos à Justiça Militar Estadual, devendo os autos retornarem à 32ª Vara Criminal da Capital para prosseguimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO E GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 5 de setembro de 2019.

DAMIÃO COGAN

RELATOR

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

2

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0016857-10.2019.8.26.0050

RECORRENTES: ANDRESSA SILVETRINI SARTORETO E JORDANA GOMES PEREIRA

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CORRÉUS: WAGNER APARECIDO ROSA, NELSON RUBENS SOARES, RODRIGO MONTEIRO, ALEXANDRE SEIDEL, ANTONIO SIDNEI RAPELLI JUNIOR, RAPHAEL SOUZA CARDOSO, JAIR HONORATO DA SILVA JUNIOR, ISMAEL PEREIRA DE JESUS, FERNANDO MARTINS LOBATO E RAFAEL SILVESTRE MENEGUINI

SÃO PAULO

VOTO Nº **39913**

Recurso em sentido estrito. Homicídio triplamente qualificado e fraude processual. Preliminar. Nulidade afastada. Desclassificação para delito de tortura com evento morte. Pleito opondo-se à declaração de incompetência da Justiça Comum e remessa dos autos para julgamento pela Justiça Militar Estadual. Interpretação do artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar, com a redação dada pela Lei nº 13.491/2017. Recursos providos.

Interpostos recursos em sentido estrito contra a r. decisão de fls. 26/27 que determinou a remessa dos autos à Justiça Militar Estadual, entendendo ser aquela a competente para o julgamento do feito, com fundamento no artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar, em face da alteração prevista pela Lei nº 13.491/2017.

Sustenta a defesa de Andressa Silvestrini Sartoreto que a decisão recorrida violou o princípio da publicidade, da ampla e contraditória defesa, do juiz natural e aplicou a *lex gravior* além de negar vigência ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

3

artigo 74, do Código de Processo Penal. Em preliminar aduz que não houve intimação para a defesa se manifestar quanto ao pedido do Ministério Público de deslocamento de competência, pretendendo a anulação da decisão. No mérito afirma que a nova disposição legal apenas pode ser aplicada após a sua vigência e não aos processos em andamento, em virtude de se tratar de lei mais gravosa pelo rito processual e aplicação da pena, citando que não se aplicam os benefícios da Lei 9.099/95, nem penas alternativas, tampouco medidas cautelares em substituição à prisão preventiva. Entende que a nova lei não tem aplicação retroativa, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, porque prejudicial aos réus. Aduz ainda que a função exercida pela Polícia Militar, enquanto integrante do sistema de segurança pública, é de natureza civil (*Súmula 297/STF “Oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles”*) e não militar, entendendo que não tem sentido admitir que qualquer crime comum, pelo dano que causa à sociedade civil, possa ser convertido em crime militar impróprio apenas porque foi cometido por militar em serviço, devendo ser preservado o princípio do juiz natural. Pleiteia seja preservada a competência da Justiça Comum (fls. 28/45).

A defesa de Jordana Gomes Pereira aduz que apesar da questão tratar-se de aspecto material, sua retroatividade importaria em causar prejuízo não somente aos réus, como também a administração do Judiciário, uma vez que a instrução processual foi finalizada perante o Juízo Comum. Aduz que a norma não pode ser aplicada aos casos anteriores à sua vigência sempre que contiver matéria penal prejudicial que deva prevalecer sobre a aplicação da norma no tempo. Afirma que deve prevalecer sobre qualquer norma legal o princípio constitucional do juiz natural, já que a época dos fatos era o competente para apreciar e julgar o caso. Pleiteia a reforma da decisão para que seja declarada e mantida a competência da Justiça Comum (fls. 60/66).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

4

Foi contraminutado o reclamo (fls. 47/58 e 69/77) e mantida a decisão (fls. 59 e 78).

A D. Procuradoria Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso (fls. 86/90).

É o relatório.

Não há como se acolher a preliminar de nulidade.

A matéria relativa a competência, em questão, é de ordem pública, podendo o Juízo manifestar-se inclusive de ofício.

Ademais, inexistente o prejuízo para a defesa, que não foi pelas apelantes demonstrado, eis que foram intimadas da decisão e apresentaram recurso a esta instância superior.

E o princípio da nulidade exige prejuízo que não pode ser abstrato, mas deve ser demonstrado no caso concreto, face ao princípio *pas de nullité sans grief*, consagrado no artigo 563, do Código de Processo Penal. Destaca-se, nesse mister, a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, a despeito do Princípio do Prejuízo, consagrado no referido artigo:

“Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quanto a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício. Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

5

prestação jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: 'pás de nullité sans grief' ” (“As Nulidades no Processo Penal”, 6ª edição, RT, p. 26).

Assim, afastada a preliminar, passa-se ao mérito.

As recorrentes encontram-se denunciadas pela prática do delito de homicídio doloso por omissão.

Consta da denúncia (aditamento a fls. 10/14) que no dia 09 de abril de 2010, durante a noite, nas dependências do 9º Batalhão da Polícia Militar Metropolitana, na Av. Casa Verde, nesta cidade e comarca de São Paulo, os Policiais Militares WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAPHAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES e ANTONIO SIDENIE RAPELLI JÚNIOR, todos devidamente qualificados, submeteram Eduardo Luis Pinheiro dos Santos, pessoa sob seu poder e autoridade, com emprego de violência, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo, resultando sua morte, conforme laudo necroscópico de fls. 531/534.

Consta, ainda, que na mesma data, horário e local os Policiais Militares JAIR HONORATO DA SILVA JÚNIOR e FERNANDO MARTINS LOBATO, qualificado nos autos, concorreram para a prática da tortura acima descrita, uma vez que ficaram vigiando o local em que a vítima estava sendo agredida, para que as pessoas de Inauro Augusto de Iemanjá Jerônimo Olunowo, Marcelo Adriano de Oliveira e Rafael Alexandre Honório, não impedissem ou alertassem terceiras pessoas sobre a execução do delito.

Consta, também, que os Policiais Militares ANDRESSA SILVESTRINI SARTORETO, ISMAEL PEREIRA DE JESUS, RODRIGO MONTEIRO, RAFAEL SILVESTRE MENEGUINI e JORDANA GOMES PEREIRA, todos devidamente qualificados nos autos, concorreram para a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

6

tortura seguida de morte, mediante omissão. Referidos agentes públicos, na qualidade de policiais, nada fizeram para impedir a prática da tortura, embora pudessem e tivessem obrigação legal de fazê-lo.

Finalmente, consta, ainda, que no dia 10 de abril de 2010, no Pronto Socorro Municipal Dr. Lauro Ribas Braga, nesta cidade e comarca da Capital, os Policiais Militares WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAFAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES, JAIR HONORATO DA SILVA JÚNIOR, FERNANDO MARTINS LOBATO, ANTONIO SIDNEI RAPELLI JÚNIOR, ISMAEL PEREIRA DE JESUS e RODRIGO MONTEIRO, concorreram para a fraude processual destinada a produzir efeito em processo penal e administrativo.

Segundo o apurado, WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAFAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES e ANTONIO SIDNEI RAPELLI JÚNIOR, lotados no 9º Batalhão da Polícia Militar e no exercício de suas funções, abordaram a vítima Eduardo na Rua Maria Curupaiti esquina com a Avenida Casa Verde, nesta cidade e comarca, atendendo a uma ocorrência de desinteligência na qual ela havia se envolvido, juntamente com outros indivíduos, a saber: Inaue Augusto de Iemanjá Jeronimo Olunowo, Marcelo Adriano de Oliveira e Rafael Alexandre Honório.

Apurou-se, ainda, que a vítima e os indivíduos acima epigrafados chegaram a entrar em vias de fato e aquela estava muito alterada, quando então precisou ser contida e algemada, pelos policiais militares, ocasião em que foi solicitado apoio de outra viatura e todos foram levados para as dependências físicas da Companhia do 9º Batalhão da Polícia Militar anexa à 13ª Delegacia de Polícia e ali mantidos, custodiados, por várias horas, sem que estivessem presos em flagrante, tampouco cientes das medidas administrativas que seriam tomadas, quando deveriam ter sido apresentados no Distrito Policial, para a adoção das medidas cabíveis, no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

7

âmbito de lavratura de eventual boletim de ocorrência ou termo circunstanciado que fizesse referência à desinteligência ocorrida na via pública e ao eventual desacato atribuído à Eduardo.

Uma vez naquela Companhia, a vítima Eduardo foi mantida algemada e foi imediatamente levada a uma sala, situada nos fundos do prédio, devidamente fotografada nos autos. Já Inaue Augusto de Iemanjá Jeronimo Olunowo, Marcelo Adriano de Oliveira e Rafael Alexandre Honório foram mantidos em outra dependência da Companhia, sendo-lhes determinado que ali aguardem, sem que qualquer justificativa lhes fosse fornecida.

Pouco tempo depois, os policiais militares identificados como WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAPHAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES e ANTONIO SIDENIE RAPELLI JÚNIOR, passaram a submeter a vítima Eduardo, com emprego de violência, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar castigo pessoal, ante sua conduta de ter resistido à atuação policial na rua, durante o atendimento da desinteligência que ali ocorria.

Apurou-se que a vítima foi agredida com chutes, socos e com golpes de cassetete, enquanto era mantida ilegalmente detida naquele estabelecimento policial, o que foi ouvido por Inaue, Marcelo e Rafael, bem como por todos os outros policiais militares que estavam na Companhia naquele momento, visto que gritava de dor e pediu para que as agressões físicas parassem, chegando a implorar, de forma a evidenciar seu sofrimento físico. Em um dado momento, a vítima, ainda algemada, logrou deixar a sala na qual estava e, novamente, foi capturada pelos policiais militares WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAPHAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES e ANTONIO SIDENIE RAPELLI JÚNIOR e espancada, de forma que todos que ali estavam podiam perceber o que estava acontecendo. Enquanto agrediam a vítima



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

8

fisicamente, com chutes, socos e com cassetete, os denunciados, faziam gracejos, de forma a aterrorizá-la, a fim de produzir nela sofrimento psicológico, além de humilhá-la, fazendo comentários que em tese justificariam aqueles castigos físicos, devido ao fato de tê-los desacatado anteriormente, inclusive tiro ao que consta foi disparado para atemorizá-la.

Por meio do laudo de exame necroscópico, verificou-se que a vítima apresentava politraumatismos, produzidos por agente contundente, asfixia mecânica e várias manifestações traumáticas em diferentes partes do corpo, além de inúmeros hematomas e escoriações, decorrentes de espancamento e, portanto, de violência típica de tortura e que deram causa à sua morte.

Após terem dado causa à morte de Eduardo, por terem lhe impingido diversos atos de violência física, estampados no laudo necroscópico, os denunciados, identificados no WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAFHAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES, JAIR HONORATO DA SILVA JÚNIOR, FERNANDO MARTINS LOBATO, ANTONIO SIDNEI RAPELLI JÚNIOR, ISMAEL PEREIRA DE JESUS e RODRIGO MONTEIRO, a fim de garantir a impunidade do crime que haviam cometido, retiraram a vítima do local e, no dia 10/04/2010, por volta da meia noite, a conduziram para um Pronto Socorro denominado Dr. Lauro Ribas Braga, onde deu entrada morta e como pessoa “desconhecida”. Em seguida, lavraram um boletim de ocorrência de autoria desconhecida, narrando que a haviam encontrada caída, na via pública (Rua Voluntários da Pátria, esquina com a Av. Bráz Leme), com as calças abaixadas e sem camisa, com vários ferimentos pelo corpo, mas ainda com vida, razão pela qual a levaram para o pronto socorro acima mencionado.

Ao assim proceder, concorreram para a prática de fraude processual destinada a produzir efeito em processo penal, de forma a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

9

ocultar o delito de tortura seguida de morte.

Apurou-se, ainda, que os policiais militares JAIR HONORATO DA SILVA JÚNIOR e FERNANDO MARTINS LOBATO, concorreram para a prática do delito de tortura seguida de morte, perpetrados por WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAPHAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES e ANTONIO SIDENIE RAPELLI JÚNIOR, porque ficaram vigiando os indivíduos Inaue Augusto de Iemanjá Jeronimo Olunowo, Marcelo Adriano de Oliveira e Rafael Alexandre Honório, detidos para averiguação da suposta desinteligência, a fim de que não comunicassem a ninguém o que estava ocorrendo naquela Companhia da Polícia Militar, relativamente à vítima. Tanto que, tais pessoas somente foram liberadas, sem que qualquer providência administrativa fosse tomada, muito tempo depois, quando a vítima deixou de ser ouvida.

Finalmente, restou apurado, que os policiais militares ANDRESSA SILVESTRINI SARTORETO, ISMAEL PEREIRA DE JESUS, RODRIGO MONTEIRO que estavam prévia e nominalmente escalados para turno de trabalho naquela unidade, tendo pleno ciência do que estava acontecendo com a vítima Eduardo, nas dependências daquela Companhia, nada fizeram para impedir a tortura que culminou na sua morte, sendo que na qualidade de funcionários públicos tinham obrigação legal de fazê-lo e forma a evitar o resultado final, no caso, a morte da vítima. Conforme consta dos autos, a denunciada ANDRESSA SILVESTRINI SARTORETO, na qualidade de 1º Tenente, passou pelo local em que a vítima estava sendo torturada, chegou a vê-la com indícios de espancamento em local impróprio da 1ª Cia do 9º Batalhão PM, sem apresentação à autoridade policial situada ao lado e continuou sua ronda, juntamente com os demais denunciados, JORDANA GOMES PEREIRA e RAFAEL SILVESTRE MENEGUINI, que estavam em sua guarnição, sendo que nenhum deles tomou qualquer providência, contribuindo desse modo para o resultado morte.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

10

Assim, WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAPHAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES e ANTONIO SIDENIE RAPELLI JÚNIOR foram denunciados pela prática do delito previsto no art. 1º, inciso II, parágrafo 3º (resultado morte), c.c. parágrafo 4º, inciso I, da Lei n. 9.455/97. JAIR HONORATO DA SILVA JÚNIOR e FERNANDO MARTINS LOBATO foram denunciados como incurso no art. 1º, inciso II, parágrafo 3º (resultado morte), c.c. parágrafo 4º, inciso I, da Lei n. 9.455/97, na forma do art. 29, do Código Penal. ANDRESSA SILVESTRINI SARTORETO, ISMAEL PEREIRA DE JESUS, RODRIGO MONTEIRO, RAFAEL SILVESTRE MENEGUINI e JORDANA GOMES PEREIRA, foram denunciados como incurso no art. 1º, inciso II, parágrafo 3º, c.c. parágrafo 4º, inciso I, da Lei n. 9.455/97, c.c. art. 29 e na forma do art. 13, paragrafo 2º, do Código Penal e, ainda, WAGNER APARECIDO ROSA, ALEXANDRE SEIDEL, RAFAEL SOUZA CARDOSO, NELSON RUBENS SOARES, JAIR HONORATO DA SILVA JÚNIOR, FERNANDO MARTINS LOBATO, ANTONIO SIDNEI RAPELLI JÚNIOR, ISMAEL PEREIRA DE JESUS e RODRIGO MONTEIRO como incurso no art. 347, parágrafo único, do Código Penal, em concurso material com os delitos acima imputados.

Realizada instrução probatória, houve declaração de incompetência do Tribunal do Juri e remessa à 32ª Vara Criminal. O Ministério Público pleiteou então pela remessa do feito à Justiça Militar, eis que, por conta das alterações promovidas pela Lei nº 13.491/17, a competência da Justiça Militar foi ampliada aos crimes previstos em toda legislação penal, desde que relacionados a alguma das situações fáticas elencadas no artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar.

A decisão ora impugnada determinou a remessa dos autos a Justiça Militar Estadual, entendendo que esta era a competente para o julgamento do feito, com fundamento no artigo 9º, inciso II, do Código Penal



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

11

Militar, em face da alteração prevista pela Lei nº 13.491, de 16 de outubro de 2017 (fls. 26/27) nos seguintes termos:

“Vistos.

Verifico que assiste razão ao Ministério Público (fls. 4618/4621), ao postular a aplicação da norma prevista no art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar, em face da recente alteração do aludido dispositivo pela Lei nº 13.491, de 16 de outubro de 2017, que ampliou a competência da Justiça Militar, não apenas aos crimes previstos naquele Codex, mas, também, àqueles previstos em toda a legislação penal, desde que relacionados a alguma das situações fáticas elencadas no inciso II do artigo 9º do CPM.

Com efeito, o caso em deslinde se alinha perfeitamente àquelas hipóteses cuja competência foi deslocada para a Justiça Militar estadual, em decorrência da referida alteração legislativa. Isso porque todos os acusados ostentavam a condição de policiais militares, que atuavam em razão da função por eles exercida, ao tempo da prática das diferentes condutas que lhes foram imputadas, estas previstas na Lei nº 9.455/97 (Lei de tortura) e no Código Penal e, portanto, na legislação penal, de modo que, satisfeitos os requisitos concernentes à matéria e às características subjetivas dos acusados, de rigor a remessa dos autos a Justiça Militar estadual.

Como bem aduziu a representante do órgão ministerial, oportuno ressaltar que a mencionada inovação legislativa, porquanto prevê alteração de competência jurisdicional, possui natureza essencialmente processual, cuja vigência demanda aplicação imediata, tendo em vista o disposto nos artigos 2º do Código de Processo Penal e 5º do Código de Processo Penal Militar.

Por tais razões, acolho a manifestação ministerial de fls. 4618/4621 e determino a imediata remessa dos autos a Justiça Castrense estadual, competente para julgamento do feito, tal como determinado pelo art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar, em face da alteração prevista pela Lei nº 13.491/17, publicada em 16 de outubro de 2017.

Intime-se a Defesa e dê-se ciência ao Ministério Público.”

Confira-se a nova redação do artigo 9º, do Código Penal

Militar:

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

~~II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:~~

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: [\(Redação dada pela Lei nº](#)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

12

13.491, de 2017)

~~§§§§§a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;~~

~~b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;~~

~~c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;~~

~~§§§§§c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)~~

~~§§§§§d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;~~

~~e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;~~

~~f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;~~

~~§§§§§f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)~~

~~§§§§§III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:~~

~~a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;~~

~~b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;~~

~~c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;~~

~~d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.~~

~~Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)~~

~~§§§§§Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)~~



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

13

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. [\(Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: [\(Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

a) [Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986](#) Código Brasileiro de Aeronáutica; [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

b) [Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999](#); [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

c) [Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969](#) Código de Processo Penal Militar; e [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

d) [Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965](#) Código Eleitoral. [\(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017\)](#)

Não obstante a alteração promovida no artigo 9º, II, do Código Penal Militar pela Lei nº 13.491/17, fazendo surgir a hipótese de inclusão dos crimes da legislação penal especial, tais como tortura, abuso de autoridade e crime organizado, no rol de crimes militares quando praticados por militares no exercício da sua função, tal ampliação do conceito de crime militar deve ser interpretada à luz da integralidade de nosso ordenamento jurídico.

Vejamos.

Inicialmente, há que se considerar que a competência penal militar deve ser interpretada como exceção, e não como a regra. Com efeito, a competência da Justiça Militar rege-se pelo critério da especialidade, uma vez que o Direito Penal Militar é especial em relação ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

14

Direito Penal Comum.

Em que pese a Constituição Federal não apresente uma conceituação de crime militar, deixando a cargo do legislador infraconstitucional tal tarefa, a hermenêutica constitucional não permite que a Justiça Militar perca seu caráter excepcional no Direito Brasileiro.

A respeito do conceito de crime militar, o então Ministro Sepúlveda Pertence entende que *“sua concretização legislativa não é arbitrária”*. Para ele, *“não poderia a Constituição permitir (e de fato não permite) a invasão da competência da Justiça Comum e geral pela Justiça Militar que de caráter excepcional se reveste”*. Outrossim, afirma que *“se não definiu ela própria o que seja crime militar, nem por isso (a CF) facultou ao legislador confundir os conceitos científicos distintos de crime comum e crime militar”* (STF, RE 122.706/RJ, rel. para o acórdão, Min. Carlos Velloso, j. em 21/11/1990, grifo nosso).

Nesse sentido, não só o Supremo Tribunal Federal como a Corte Interamericana de Direitos Humanos vêm rechaçando, nos últimos anos, a indevida ampliação da jurisdição militar, defendendo que esta só deve atingir condutas que vulneram bens jurídicos exclusiva ou precipuamente militares.

No caso *Cruz Sánchez e Outros vs. Peru*, por exemplo, a Corte Internacional de Direitos Humanos reforçou sua jurisprudência sobre o alcance restrito da competência criminal da Justiça Militar nos Estados Partes da Convenção:

A Corte recorda que sua jurisprudência relativa aos limites da competência da jurisdição militar para conhecer fatos que constituem violações de direitos humanos tem sido constante no sentido de afirmar que em um Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar há de ter um alcance restritivo e excepcional, e estar direcionada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

15

militares. *Por isso, a Corte tem assinalado que no foro militar somente se deve julgar militares ativos pelo cometimento de delitos ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bem jurídicos próprios da ordem (grifo nosso).*

Em uma democracia, as instituições militares e seus membros devem estar sujeitos, também, ao poder civil. Assim, em regra, os crimes cometidos por integrantes das Forças Armadas e da Polícia Militar que não tenham relação com a hierarquia, a disciplina e outros valores condizentes com os deveres estritamente militares devem submeter-se à Justiça comum.

Nessa senda, de rigor notar que a segurança pública é uma atividade de natureza civil e não uma função própria das forças militares. De fato, o texto constitucional consagra, em seu artigo 144, a ideia que a segurança pública é uma tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e sociedade:

*Art. 144. A segurança pública, **dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

~~§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:~~

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

~~III - exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;~~



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

16

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

~~§ 2º - A polícia rodoviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.~~

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

~~§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.~~

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014](#))

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014](#))

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

17

lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)
 (grifo nosso)

Com efeito, não sem motivo a Constituição Federal dedica capítulos diferentes do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas) para dispor sobre as Forças Armadas e a Segurança Pública. Outrossim, não atribui a responsabilidade pela segurança pública somente a Polícia Militar, mas também a outras quatro polícias, sejam judiciárias ou administrativas não militarizadas.

Segundo Alexandre de Moraes, o legislador teve um propósito especial em prever uma pluralidade de polícias responsáveis pela segurança pública:

*“A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança Interna” (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31 ed. São Paulo, Atlas, 2015, p. 846).*

Diante disso, mostra-se desarrazoado ampliar de forma indiscriminada o conceito de crime militar para além dos valores e funções estritamente militares, ignorando a relação de especificidade da legislação penal especial em face da legislação penal.

Ademais, ainda sobre o conceito de crime militar, é mister que se discorra sobre a própria terminologia ordinariamente empregada no Código Penal e no Código Penal Militar.

Vê-se que o Código Penal, em seu artigo 12, pontua que suas regras gerais se aplicam a fatos incriminados por lei especial, salvo se esta não dispuser de modo diverso. Por sua vez, o Código Penal Militar, em seu artigo 10, inciso III, estabeleceu que “os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou **especial**” (grifo nosso), e no inciso IV constou que “os crimes definidos na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

18

lei penal comum ou **especial**” (grifo nosso).

Assim, resta evidente que quando o legislador intencionou abranger a legislação especial, fê-lo de maneira expressa. Portanto, a expressão “legislação penal” introduzida pela Lei nº 13.491/17 no artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar deve compreender somente o Código Penal, permanecendo os delitos da legislação penal extravagante como crimes comuns, ainda que praticados por policiais militares em serviço e em lugar sujeito à administração militar.

De mais a mais, não se pode olvidar as especificidades constantes nas leis penais especiais. Como regra geral, o legislador busca incluir novas condutas delitivas no diploma legal principal. O objetivo é consolidar os tipos penais em um único repositório, facilitando a aplicação das normas jurídicas incriminadoras pelo intérprete. No entanto, essa regra é afastada quando o legislador se depara com uma conduta ilícita notadamente específica, de tal forma que mereça um sistema de normas próprias para tanto, a exemplo da Lei Maria da Penha, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Crimes Ambientais. Assim, tais normas constituem sistemas especiais de incriminação, e não a legislação penal comum, como o Código Penal.

Dessa forma, não parece nada razoável reconhecer como crime militar, por exemplo, a conduta de policial militar que, mesmo em serviço, destrói floresta de preservação permanente (artigo 38 da Lei nº 9.605/98), registra cenas pornográficas envolvendo criança ou adolescente (artigo 240 da Lei 9.503/97) ou descumpra decisão judicial de medida protetiva de urgência em face de sua mulher (artigo 24-A da Lei 11.340/06).

Frise-se que, quando o legislador quis impor sanções a condutas especiais, abarcadas por leis penais específicas, em face da Justiça Militar, ele as inseriu expressamente no Código Penal Militar. Tal



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

19

são os casos da embriaguez ao volante (artigo 279) e do tráfico de drogas (artigo 290).

Ante o exposto, a avaliação da competência para julgar o crime de tortura não pode se furtar da análise acima. Trata-se de um tipo penal que busca incriminar uma conduta específica e que tutela interesses que se sobrepõem a qualquer valor militar, encontrando lastro constitucional de maior magnitude.

Com efeito, tal tipo penal é um crime complexo que tem por bem jurídico principal tutelado a dignidade da pessoa humana – fundamento do Estado de Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) – e por bens subsidiários tutelados a liberdade e a integridade física e psíquica.

Não à toa, a Constituição Federal dedicou dois incisos do extenso rol de direitos fundamentais previstos em seu artigo 5º para exarar um mandado incriminatório para tal prática, inclusive tornando-a inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Destarte, no caso em concreto, não é caso de aplicação da hipótese do artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar, seja porque o crime de tortura não se enquadra no conceito de crime militar acima discutido, seja porque a expressão “legislação penal”, presente no referido dispositivo legal, não abarca as leis penais extravagantes, tal como suprademonstrado.

Anota José da Silva Loureiro Neto:

“A terceira posição, moderna, consiste em crime militar ser aquele que só pelo militar possa ser cometido, portanto, infração puramente funcional. Este conceito já era definido



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

20

pelos romanos ao tratarem de crime puramente militar (Digesto, liv. XLIX, tít. XIV, §2º) *militum delicta aut própria sunt, aut cum coeteris communia: quod quis ut milis adittit*. Assim, para os romanos, somente era considerado crime militar aquele praticado pelo soldado, decorrente de suas próprias funções de militar. Aliás, nesse sentido era a orientação do Supremo Tribunal Federal, como se observa no seguinte acórdão: “Crime propriamente militar é o que só por militar pode ser cometido, isto é, o que constitui uma infração específica e funcional da profissão de soldado (Ac. do STF nº 682, de 30 de maio de 1925, in Diário da Justiça, nº 147, 25 Set. 1925).

Reato Astrosa Herrera (1974: 86), ex-professor de Direito Militar do Instituto Superior de Carabineros do Chile, ensina que os delitos militares podem ser exclusivamente militares e objetivamente militares, considerando os interesses jurídicos lesionados. A primeira categoria correspondente aos delitos militares cujos fatos lesionam unicamente bens jurídicos tutelados pela lei penal militar, como os delitos de deserção, abandono de posto etc. Os considerados objetivamente militares, ao contrário, correspondem aos delitos militares cujos fatos lesionam ao mesmo tempo bens jurídicos tanto pela lei penal militar como pela lei penal comum, como nos crimes de maltratos a superior causando lesões ou morte etc.” (Direito Penal Militar. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 32).

Menciona Jorge Alberto Romeiro:

“Determinando a atual Constituição Federal que “à justiça militar compete processar e julgar os *crimes militares definidos em lei*” (art. 124), manteve o único critério existente em nosso direito, desde a Constituição de 1946 (art. 108), para a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

21

conceituação dos crimes militares: o denominado critério *ratione legis*”.

Crime militar é o que a lei define como tal.

(...)

A vigente se refere a *crime propriamente militar e crimes militares próprios*, respectivamente, nos arts. 5º, LXI, da Constituição Federal e 64, II, do CP comum, também sem esclarecer o que sejam”.

Óbvia é, assim, a existência, em nosso direito penal militar, como no de outros países cultos, de duas categorias de crimes: a dos que nosso vigente direito positivo denomina *crimes propriamente militares* ou *crimes militares próprios* e, conseqüentemente, em contraposição, a dos crimes *impropriamente militares* ou *acidentalmente militares*.

Embora sem os definir, nossos vigentes diplomas legais citados atribuem aos *crime propriamente militares* relevantes efeitos jurídicos.

(...)

Que vem a ser, afinal, *crimes propriamente militares*, no dizer de *Esmeraldino Bandeira*, “ponto não só muito discutido senão muito confundido por legisladores e juristas”?

(...)

Segundo a mais antiga doutrina clássica, baseada no direito romano”, crime propriamente militar seria aquele que só por militar poderia ser praticado, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhes são próprios. Seria o crime funcional da profissão militar, como, p. ex., a deserção (art. 187), a cobardia (art. 363), o crime de dormir em serviço (art. 203) etc. Seriam, ao invés, crimes impropriamente militares os crimes comuns em sua natureza, cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou militar), mas que, quando praticado por militar em certas condições, a lei considera militares. Ex.:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

22

o homicídio de um militar em situação de atividade por outro militar na mesma situação (art. 9º, II, *a*, e 205, combinados); o furto em quartel, praticado por militar em situação de atividade (arts. 9º, II, *b*, e 240) etc.

Crimes impropriamente militares seriam também todos os crimes praticados por civis que a lei define como militares, p. ex., o crime de violência contra sentinela (art. 158).

As expressões *crime accidental* ou *impropriamente militares* são doutrinárias, não figurando em nossa legislação.

Adeptos da doutrina exposta incluem, como exceção, entre os crimes propriamente militares o crime de insubmissão (art. 183), único crime militar que só o civil e nunca o militar pode praticar. Argumenta-se em favor dessa exceção que, além de consistir a insubmissão numa evidente infração de um dever exclusivamente militar, exige como condição de punibilidade ou de procedibilidade a qualidade militar do agente.” (Curso de Direito Penal Militar: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, fls. 66/69)

Em razão da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, houve alteração do Código Penal Militar em seu artigo 9º que cuida dos crimes militares em tempo de paz.

Cuidou-se de acrescentar especificamente, como já existia no texto, que os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civil são de competência da Justiça comum.

Anteriormente a Constituição, em razão da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, modificou o artigo 125 e acresceu no seu parágrafo 4º:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

23

“§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”

Com relação à Lei acima citada visou regulamentar algumas situações em que excepcionalmente forças militares federais fossem empregadas em situação de Garantia da Lei e da Ordem ou para cumprir determinação do Presidente da República ou do Ministro de Estado da Defesa ou em ações que envolvessem segurança da instituição militar, missão militar, atividade de natureza militar em operação de paz, acrescentando no §2º, do artigo 9º, que esses crimes, ainda que dolosos contra a vida, seriam julgados quando praticados nesse contexto pela Justiça Militar da União.

Esta alteração trazida pela Lei 13.491/2017 alterou ainda o inciso II, do artigo 9º, que passou a prever que são crimes militares em tempo de paz “os crimes previstos neste Código e **os previstos na legislação penal**, quando praticados nas situações anteriormente mencionadas.

Ocorre que o texto anterior do inciso II mencionava que eram crimes militares em tempo de paz “II – os crimes previstos neste Código, **embora também o sejam com igual definição na lei penal comum**”, quando praticados nas situações elencadas no Código Penal Militar.

Esta alteração quer fazer crer que todo crime praticado por militar dentro das situações originais do Código Penal Militar e as trazidas pela mudança da Lei 13.491/2017, passou a ser de competência da Justiça Militar da União e dos Estados.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

24

Anote-se que somente três Estados brasileiros têm Justiça Militar Estadual de Segundo Grau, ou seja, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Há previsão expressa na Constituição Federal de que os Tribunais de Justiça poderiam propor a criação de Tribunais de Justiça Militar estaduais por sua iniciativa, desde que naquele Estado a Polícia Militar tivesse número superior a vinte mil integrantes (artigo 125, §3º, da Constituição Federal).

Do ponto de vista prático, é de se observar que a Justiça Militar Estadual conta em Primeiro Grau com cerca de sete juízes em São Paulo, que dirigem o escabinato, e sete juízes na segunda instância.

Pretender-se afastar a Justiça comum do julgamento de toda a legislação extravagante e delitos não previstos expressamente no Código Penal Militar trará um acúmulo impossível de se dar conta para uma justiça tão pequena.

Lembre-se que a Justiça criminal de São Paulo conta com 360 desembargadores e cerca de quase 3.000 juízes.

Outro argumento a ser lembrado é que existem no Supremo Tribunal Federal duas ações direta de inconstitucionalidade sobre a citada lei, a de número 5.804 ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil e a ADI 5.901 ajuizada pelo Partido PSOL.

Nenhuma delas teve liminar apreciada nem foi julgada no mérito.

Inicialmente um problema merece ser levantado que diz respeito à mudança ocorrida ser de cunho penal, ao alterar o conceito de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

25

crime militar, não se tratando de matéria processual cuja aplicação é imediata.

Tratando-se de alteração de **definição penal de crime militar**, os processos já em andamento permanecem na Justiça em que estavam, não havendo qualquer sentido em remetê-los à Justiça castrense.

Especificamente com relação ao crime de tortura com a nova redação dada ao inciso II, do artigo 9º, do Código penal Militar, dada pela Lei 13.491/2017, existem duas posições do Ministério Público da União:

a-) Posição do Ministério Público Federal pela 7ª Câmara de Coordenação e Revisão (7ª CCR): na 47ª Sessão Ordinária, de 14 de maio de 2019, aprovou o Enunciado nº 08 com o seguinte teor: “O Ministério Público Federal possui atribuição para a persecução penal dos crimes de tortura e maus tratos cometidos contra civis por militares da União, no exercício da função” ”. (Procedimento Administrativo nº 1.00.000.009623/2019-19, aprovação deliberada na 47ª Sessão Ordinária de Coordenação, em 14/05/2019. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr7/dados-da-atuacao/enunciados>, Acesso em 23.Jun.2019).

b-) Posição do Ministério Público Militar por sua Câmara de Coordenação e Revisão: por ocasião da 473ª Sessão Ordinária de 23 de maio de 2019, foi emitido o Enunciado 21 que diz: “Não tendo havido a prolação da decisão, em caráter liminar, nem o proferimento de decisão definitiva de mérito, pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade *que versa sobre a (in)constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.491/2017, os delitos previstos na Legislação Penal comum, inclusive os de tortura e maus tratos contra civis, quando praticados por militares das Forças Armadas nas hipóteses constantes das alíneas 'b', 'c' e 'd' do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, são*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

26

considerados crimes militares, de competência absoluta da Justiça Militar da União, cuja persecução penal é de atribuição privativa do Ministério Público Militar”.

Na mesma linha está o Conflito de Jurisdição n. 0719995-59.2018.8.07.0000, julgado em 10 de dezembro de 2018, sob relatoria do Desembargador João Batista Teixeira:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. VARA DE AUDITORIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. JUÍZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DO PARANOÁ/DF. APURAÇÃO DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE POR POLICIAIS MILITARES EM SERVIÇO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 9º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. LEI 13.491/2017. LEX GRAVIOR. IRRETROATIVIDADE. COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

1. A Lei 13.491/2017 ampliou a competência da Justiça Castrense, pois passou a considerar crimes militares todas as infrações penais tipificadas na legislação extravagante quando praticadas por militares nas situações previstas no art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar.

2. No âmbito da Justiça Castrense, são inaplicáveis as benesses da Lei 9.099/95, conforme previsão do art. 90-A, do citado diploma normativo.

3. Na hipótese em que se apura crime de abuso de autoridade por policiais militares em serviço, fato ocorrido antes da vigência da Lei 13.491/2017, caso aplicada a nova redação do art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar, ficarão os investigados impedidos de terem acesso aos benefícios da Lei 9099/95, circunstância que torna a aplicação da nova lei mais gravosa aos acusados, impedindo sua retroatividade, à luz do art. 5º, XL, da Constituição da República.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

27

4. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado (Juízo do Juizado Especial Cível e Criminal do Paranoá/DF)”.

Como se verifica o presente acórdão resolveu aplicar a legislação mais benéfica ao acusado, sendo no caso a aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95, que não cabem no Código Penal Militar.

Pelo contexto fático, verifica-se que a ação delitiva levada a cabo pelos denunciados teve origem no atendimento a uma ocorrência de desinteligência na qual a vítima teria se envolvido junto com outros indivíduos. Ou seja, foi decorrência do trabalho de polícia ostensiva e preservação da ordem pública, funções exercidas pela Polícia Militar como integrante do sistema de segurança pública, atividade de natureza civil, conforme exposto acima.

Ainda que o crime tenha sido consumado nas dependências físicas da 1ª Companhia do 9º Batalhão da Polícia Militar, ou seja, lugar sujeito à administração militar, os fatos constantes na vestibular acusatória apontam que a condução da vítima para tal local ocorreu de forma arbitrária, quando, na verdade, deveria ter sido apresentada pelos denunciados no Distrito Policial, em frente à Companhia, para a adoção das medidas cabíveis, no âmbito de lavratura de eventual boletim de ocorrência ou termo circunstanciado que fizesse referência à desinteligência ocorrida na via pública e ao eventual desacato atribuído ao ofendido.

Verificando a Súmula 297, do C. Supremo Tribunal Federal, não consta que a mesma tenha sido revogada. E diz: “Oficiais e praças das milícias dos Estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a Justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

28

Outrossim a Súmula 172, do C. Superior Tribunal de Justiça, menciona que: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

Essa última súmula também não foi revogada.

É de se observar que existe dentro de tratados internacionais uma corrente majoritária que postula que policiais e militares em serviço, que pratiquem crime contra civil sejam julgados pela Justiça Comum, quando não se tratar de crimes propriamente militares, quando então será de exclusiva competência da Justiça castrense.

Os crimes militares agora elencados na Lei 13.491/2017 na segunda parte do inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar, que alguns chamam de “crimes militares por extensão” não podem abarcar toda a legislação penal, mormente quando ela elenca alguns critérios diversos para o reconhecimento de delitos, sendo que no Código Penal Militar dá tratamento diverso aos crimes de atentado violento ao pudor (art. 233, CPM) e estupro (art. 232, CPM), onde as penas vão de dois a seis anos no primeiro e três a oito no segundo, sendo que na Justiça Comum a pena parte de seis a dez anos, sendo que quando se tratar de vulnerável a pena vai de oito a quinze anos de reclusão (art. 217-A, CP), sendo portanto muito mais rigorosa na Justiça Comum.

Se se tratasse de “crimes militares por extensão”, como ficaria a figura do estupro de vulnerável, já que não previsto na legislação castrense?

Na hipótese vertente, a imediata apresentação do preso perante a autoridade policial não configurava ato discricionário dos agentes policiais, mas, sim, comando normativo expressamente previsto no artigo 304 do Código de Processo Penal:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Quinta Câmara Criminal

29

*Art. 304. **Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005) (grifo nosso)***

Portanto, sob qualquer ângulo que se analise, não se justifica a remessa dos autos à Justiça Castrense, uma vez que o caso em tela não trata de crime militar, mas, sim, de crime comum. Nesse sentido, razão assiste à defesa de Andressa Silvestrini Sartoreto ao ponderar que não há sentido em reconhecer que qualquer crime comum, pelo dano que causa à sociedade civil, possa ser convertido em crime militar impróprio apenas porque foi cometido por militar em serviço. Como discutido acima, para fixar a competência penal militar, é necessário cotejar a inovação legislativa promovida pela Lei nº 13.491/17 com a integralidade de nosso ordenamento jurídico.

Ademais existe orientação no sentido de que a lei é híbrida posto que tem natureza penal ao alterar o conceito de crime militar, ampliando-o, bem como alterando a competência de crimes da Justiça Comum para a Justiça Castrense em razão da prática do delito por militar em local sujeito a administração militar, em serviço etc.

O local correto para alteração de competência constitucional é a Constituição Federal e não esta mera alteração ao mencionar que pertencem à Justiça Militar os crimes do Código Penal Militar e “os previstos na legislação penal”, desde que praticados nas condições elencadas nas letras “a” a “e” do inciso II do citado artigo 9º.

A própria Constituição ao mencionar no artigo 124 que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
Quinta Câmara Criminal

30

lei deveria, em caso de ampliação de competência a se vir falar em crimes militares por extensão deveria ter sido alterado, o que não ocorreu.

Assim, com a devida vênia de doutas opiniões em contrário, entendo que o crime de tortura e os demais pertencentes à legislação penal comum e extravagante continuam a ser de competência da jurisdição comum, só a lei autorizando exceção para os casos de emprego de forças militares federais nas operações de Garantia da Lei e da Ordem ou outro emprego definido expressamente pelo Presidente da República.

No mais até se adotando a teoria que é mais benéfica ao autor do delito, é certo que se aplica a legislação penal comum no delito de tortura.

Isso posto, **rejeita-se a preliminar e dá-se provimento aos recursos defensivos para cassar a decisão que determinou a remessa dos autos à Justiça Militar Estadual, devendo os autos retornarem à 32ª Vara Criminal da Capital para prosseguimento.**

*José **Damião** Pinheiro Machado **Cogan***
Desembargador Relator