

09/04/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 106.808 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ANDERSON ROGERIO BORGES DOS SANTOS**
IMPTE.(S) : **KÁTIA MARIA LOBO NUNES**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

Habeas corpus. 2. Crime militar. Paciente denunciado porque teria praticado o delito de incitamento (art. 155 do CPM) e de publicação ou crítica indevida (art. 166 do CPM). 3. Indeferido o pedido de extensão da ordem concedida pelo STF ao corrêu no HC 95348, em razão de as situações fáticas não se confundirem. 4. Em que pese à extensa peça acusatória, com vários denunciados, no que diz respeito ao paciente, houve individualização da conduta acoimada criminosa. 4. As condutas narradas na denúncia não se subsumem ao tipo penal do art. 155 do CPM porque em nenhum momento houve incitação ao descumprimento de ordem de superior hierárquico. 5. As condutas e episódios descritos na inicial acusatória também não se subsumem ao art. 166 do CPM, que tipifica o delito de publicação ou crítica indevida. 6. O direito à plena liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF) está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de expressão. 7. Uma associação que deva pedir licença para criticar situações de arbitrariedades terá sua atuação completamente esvaziada. 8. O juízo de tipicidade não se esgota na análise de adequação ao tipo penal, pois exige a averiguação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente. A Constituição Federal é peça fundamental à análise da adequação típica. 8. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do

HC 106808 / RN

Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de abril de 2013.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente

09/04/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 106.808 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **ANDERSON ROGERIO BORGES DOS SANTOS**
IMPTE.(S) : **KÁTIA MARIA LOBO NUNES**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Kátia Maria Lobo Nunes, em favor de **Anderson Rogerio Borges dos Santos**, contra acórdão do Superior Tribunal Militar (STM), no qual se denegou a ordem nos autos do HC 0000129.66.2010.7.00.0000, que objetivava o trancamento da Ação Penal n. 0000010-31.2006.7.07.0007, em trâmite na 7ª Circunscrição Judiciária Militar (Recife-PE).

O paciente, 1º Sargento do Exército, foi denunciado ao Juízo da 7ª Circunscrição Judiciária Militar (Recife/PE) pela suposta prática dos crimes de incitação à desobediência e de publicação ou crítica indevida, tipificados, respectivamente, nos arts. 155 e 166 do Código Penal Militar.

A defesa, então, impetrou HC no STM, pleiteando, liminarmente, a suspensão do andamento do feito até o julgamento final do *writ*. E, no mérito, requereu o trancamento da ação penal.

O STM, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Habeas Corpus. Incitamento (CPM, art.155). Publicação ou crítica indevida (CPM, art. 166). Atipicidade da conduta e inépcia da denúncia. Improcedência. Prescrição. Inocorrência. Transcrição, na peça póstica, dos depoimentos do Paciente, que faz presumir a existência de elementos de prova, colhidos durante o IPM, aptos a autorizar o órgão ministerial a deduzir a pretensão punitiva. Denúncia com narrativa objetiva e convenientemente individualizada dos fatos, em tese,

HC 106808 / RN

delituosos, e da autoria. Razões de convicção respaldada em inquérito, afastando, assim, as alegações de inépcia da denúncia e de falta de justa causa. Doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido do não acolhimento de ' *habeas corpus* ' se os motivos sobre os quais se busca arrimo dependem do exame aprofundado de provas a ser realizado sob o crivo do contraditório. Reconhecimento da prescrição, em perspectiva, que encontra óbice intransponível, visto não ser possível antever a ocorrência de prazo prescribente, diante do curso regular do processo.

Inviável a remessa dos autos ao STF, considerando o reconhecimento da competência desta Corte Castrense, bem como ter sido negado seguimento à Reclamação na Suprema Corte. Por unanimidade, denegada a ordem, por falta de amparo legal. “

No presente *writ*, a defesa alega inépcia da inicial por não descrever a conduta delitativa: “*a denúncia oferecida contra o paciente, em momento algum, faz a necessária individualização de sua imaginada conduta; houve somente a transcrição de trechos de depoimentos e publicações supostamente realizadas pelo impetrante/paciente para, em seguida, haver a capitulação penal*”.

Ademais, afirma: “*a peça acusatória não apontou quais os bens jurídicos tutelados que teriam sido aviltados com uma pretensa ação do impetrante/paciente; sem lesão a qualquer bem jurídico não há pressuposto para fazer alguém sofrer o constrangimento do processo penal*”.

Por fim, menciona: “*em sede do HC n. 95348/STF, foi decretada a inépcia desta ação penal atacada em relação ao paciente Coronel da Polícia Militar do Estado de Alagoas, Joilson Fernandes de Gouveia, acerca de acusação idêntica a deste paciente. Assim, pleiteia a extensão da ordem ao fundamento de “se tratar da mesma causa de pedir, mesma situação fática e de direito, com relação ao crime imputado de incitamento, artigo 155 CPM.*”

Liminarmente, pede o sobrestamento da Ação Penal n. 0000010-31.2006.7.07.0007, em trâmite na 7ª Circunscrição Judiciária Militar (Recife-PE), até o julgamento do mérito do presente *writ*.

No mérito, pede a concessão da ordem para trancar a Ação Penal n.

HC 106808 / RN

0000010-31.2006.7.07.0007, em trâmite na 7ª Circunscrição Judiciária Militar (Recife-PE).

A medida liminar foi indeferida por esta relatoria (eDoc 34). Naquela oportunidade, considerei que a situação fática descrita na denúncia, em relação a **Anderson Rogerio Borges dos Santos**, paciente do presente *writ*, não se confundia com a de *Joilson Fernandes de Gouveia*, paciente do HC 95.348, cuja ordem de trancamento da ação penal foi deferida pela 2ª Turma desta Suprema Corte.

Em atendimento a pedido do Ministério Público Federal, converteu-se o feito em diligência para requisitar cópia dos documentos que, segundo a denúncia, teriam sido publicados pelo paciente (eDoc. 36).

Finda a diligência, a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem. Manifestou-se no sentido de que, *“muito embora a redação um tanto confusa, a denúncia não deixou de narrar os fatos que encontram em tese tipicidade no Código Penal Militar.”* Fundamentou-se, ainda, que *“as manifestações do paciente, divulgadas pela internet e em panfletos, extrapolam o direito à livre manifestação do pensamento, atingindo a hierarquia e disciplina que, de acordo com a Constituição Federal, são a base da organização das Forças Armadas.”* (eDOC 42, p.4).

É o relatório.

09/04/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 106.808 RIO GRANDE DO NORTE

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): Inicialmente, no que diz respeito ao pedido de extensão da ordem concedida por esta Suprema Corte a Joilson Fernandes de Gouveia no HC 95348, reitero os fundamentos apresentados por esta relatoria quando do indeferimento da medida cautelar, no sentido de que as situações fáticas de ambos não se confundem.

Com efeito, nos termos da denúncia, Joilson Fernandes de Gouveia teria praticado os delitos descritos nos artigos 155 e 219 do CPM durante a apresentação de palestra no I Congresso de Direito Militar realizado em Natal-RN, nos dias 28 e 29 de outubro de 2005, ao passo que, no presente *writ*, imputam-se a Anderson Rogério Borges dos Santos, paciente do presente *habeas corpus*, as seguintes condutas: (1) a incitação de praças à desobediência militar por meio de declarações divulgadas na página eletrônica da APEB/RN na Internet e (2) criticar publicamente o Exército Brasileiro e o Governo Federal, no tocante ao Projeto Soldado-Cidadão, por meio do panfleto distribuído durante o desfile cívico-militar. Portanto, não há similitude fática que autorize a extensão da ordem concedida ao corréu Joilson Fernandes de Gouveia.

A despeito da extensa e confusa peça acusatória quanto aos demais denunciados, no que diz respeito a Anderson Rogério Borges dos Santos, ora paciente, houve individualização da imputação, com descrição da conduta, nos seguintes termos (Doc 18. p. 5 e Doc 14, p. 3):

“d) ANDERSON ROGÉRIO BORGES DOS SANTOS:

d.1) Incitar as praças contra a administração e autoridades militares, por meio de declarações que podem estimulá-las à prática de desobediência, indisciplina e ilícitos penais militares, divulgadas na página eletrônica da APEB/RN na *internet* (fl. 032) e em panfleto (fl. 59), abaixo transcritas, o que caracteriza os delitos militares dos arts. 155 e 166 do Código Penal Militar:

HC 106808 / RN

- '... temos o dever de inibir, coibir e denunciar todos aqueles que se escondem sob o manto de pseudolegalidades e praticam arbitrariedades, manipulando e desvirtuando as finalidades da Instituição' (fl. 032 e 059);

- '... pois não aceitamos a sujeição como seres autônomos, meros cumpridores de ordens, não é mais aceitável que permitamos rompantes e desmandos autoritários, como o famoso R-QUERO' (fl. 032);

- 'O praça moderno tem que reclamar e exigir do Estado, cada vez mais, o cumprimento das garantias constitucionais.' (fl. 032);

- '... a APEB/RN busca transformar-se em ferramenta para auxiliar na modificação na cultura que hoje reina nas OM do Exército, onde o medo e as ameaças de retaliações se sobrepõe a direitos constitucionais. Não podemos mais ser espectadores das arbitrariedades a que muitos colegas praças são submetidos' (fl. 032);

Procurando evadir-se das perguntas formuladas pelo Encarregado da inquisição, o mesmo denunciado, que era nada menos que o Presidente da APEB à época dos fatos em apuração, surpreendentemente, e vez ou outra, de forma sarcástica, ora afirmou que desconhecia diversas das atividades da APEB (assertiva estão que não deixa de ser de certa forma cômica e absurda), ora mentiu sobre os fins da mesma. Não que fazer afirmação falsa, calar ou negar na qualidade de indiciada em IPM constitua um ilícito penal, pois, é claro, não constitui delito algum, em homenagem ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, porém aqui são transcritos trechos de seu depoimento com o fim de que o Parquet das Armas elucidar que os denunciados, de forma às vezes até contraditória, a todo custo tentaram, debalde, encobrir os delitos praticados naquele Congresso que contou com o testemunho de membros do Ministério Público Militar:

(...)

d. 2) Criticar publicamente o Exército Brasileiro e o Governo Federal, no tocante ao Projeto Soldado-Cidadão, por

HC 106808 / RN

meio do panfleto (fls. 62) distribuído aos cidadãos potiguares durante o desfile cívico militar de 07 de setembro de 2005, propalando fatos que sabe inverídicos, capaz de abalar o crédito e a confiança que a Instituição goza perante o público (Código Penal Militar, art. 166) conforme trechos abaixo transcritos. Ressalte-se que o panfleto faz referência, na sua parte inferior, Departamento Feminino da PEB/RN, no entanto, não há previsão estatutária de tal Departamento Feminino da APEB/RN, no entanto, não há previsão estatutária de tal departamento e nem integrante do sexo feminino na sua diretoria.

- 'Muitos desses jovens, são irmãos e filhos dos senhores e recebem a título de salário, a quantia de R\$ 168,00 (cento e sessenta e oito reais) a despeito do salário mínimo instituído por lei de ser R\$ 300,00 (trezentos reais)';

- Muitos desses jovens ingressaram nas Forças Armadas motivados pela perspectiva da formação profissional através do Projeto Soldado cidadão, porém lhes é propiciado apenas FAZINAS e SERVIÇOS DE ESCALA”;

- 'Esses jovens são submetidos a jornadas de trabalho, nas quais, apesar de horários definidos para o expediente sabem apenas o horário de chegada ao quartel, mas não lhes é permitido qualquer tipo de programação, pois não sabem SE e QUANDO serão liberados (em decorrência de caprichos ou vontade pessoal dos comandantes)';

- 'Serão obrigados a abrir mão de direitos albergados a qualquer cidadão, pois terão de escolher entre se resignar com problema de saúde, ser licenciado e custear por conta própria seu tratamento, ou, se submeter a ter sua liberdade cerceada, através da proibição de sair do aquartelamento, mesmo não sendo parte do tratamento, apenas como 'castigo';

- 'Acreditamos ter a obrigação a população em geral acerca da real situação em que se encontram os soldados que tão bem se apresentam nessa solenidade e solicitamos sua reflexão sobre o assunto, intentando resgatar a cidadania e a dignidade dos praças das Forças Armadas”.

HC 106808 / RN

Para melhor compreensão da controvérsia, transcreve-se o teor dos tipos penais capitulados na denúncia:

“Incitamento

Art. 155. Incitar à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar:

Pena – reclusão de dois a quatro anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem introduz, afixa ou distribui, em lugar sujeito à administração militar, impressos, manuscritos ou material mimeografado, fotocopiado ou gravado que contenha incitamento à prática dos atos previstos no artigo.

Publicação ou crítica indevida

Art. 166 Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo:

Pena – detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave”.

No que diz respeito ao delito de incitamento, as condutas narradas na denúncia não se subsumem ao tipo penal do art. 155 do Código Penal Militar, porque em nenhum momento houve incitação ao descumprimento de ordem de superior hierárquico.

Na espécie há, sim, relatos de situações, abstratamente consideradas, de excesso de “jornada de trabalho”, de entraves a tratamento de saúde fora do quartelamento, de insatisfação quanto aos valores recebidos a título de “salário” pelos soldados, mas, em nenhum momento, incita-se à desobediência, insubordinação e indisciplina. Mesmo porque, para se desobedecer a uma ordem, há de se identificá-la e, no material acostado aos autos, não há individualização de uma ordem emanada de autoridade militar que se pretenda ver descumprida.

Na realidade, conforme trecho do panfleto, seu objetivo era *“alertar a população em geral acerca da real situação em que se encontram os soldados que*

HC 106808 / RN

tão bem se apresentam nessa solenidade e solicitamos sua reflexão sobre o assunto, intentando resgatar a cidadania e a dignidade dos praças das Forças Armadas.”

Em suma, da referida citação extrai-se que os panfletos tinham como destinatários a população civil. Nas palavras da própria denúncia do *Parquet* militar, os panfletos foram distribuídos **aos cidadãos potiguares** durante o desfile cívico-militar de 7 de setembro de 2005. Assim, não há de se falar em incitação à desobediência, uma vez que o panfleto sequer se direcionava aos soldados ou individualizava um ato específico de superior hierárquico a ser desobedecido. As críticas feitas às condições dos soldados do Exército Brasileiro propunham, apenas, uma “reflexão” sobre o assunto por parte da população que assistia ao desfile.

Portanto, a denúncia não descreve conduta que se subsuma ao tipo do art. 155 do Código Penal Militar.

Neste ponto, resta analisar se as condutas descritas na inicial acusatória se amoldam ao delito descrito no art. 166 do Código Penal Militar, que criminaliza a conduta de “*publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo.*”

Com efeito, não há no caso concreto uma crítica a um ato específico de um militar “x” ou “y”, tampouco a uma penalidade aplicada a um soldado “w” ou “z”. No conteúdo dos protestos descritos na denúncia do Ministério Público Militar, não se questiona uma ordem específica. Há somente queixas feitas, de forma genérica, por parte da associação APEB/RN e relativas a arbitrariedades supostamente praticadas no âmbito do Exército.

Conforme a acusação feita contra o paciente, a página eletrônica da APEB/RN na Internet usa as expressões “rompantes e desmandos autoritários”, denominados no jargão militar de “r-quiero”, questionando, inclusive, a violação de direitos constitucionais. Contudo, de tal publicação não se identifica afronta à disciplina militar.

Não se ignora que, nos termos do art. 142 da Constituição Federal, as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina.

HC 106808 / RN

Entretanto, disciplina e desmandos não se confundem. Quem critica o autoritarismo não está a criticar a disciplina.

Frise-se, ainda, que a liberdade de associação presta-se a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como básica para o estado democrático de direito.

Os indivíduos se associam para serem ouvidos, concretizando o ideário da democracia participativa. Por essa razão, o direito de associação está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da garantia da liberdade de expressão.

Uma associação que deva pedir licença para criticar situações de arbitrariedade terá sua atuação completamente esvaziada; e toda dissolução involuntária de associação depende de decisão judicial transitada em julgado (art. XIX, do art. 5º da CF).

Nesse contexto, trago à baila os ensinamentos de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 461), no sentido de que *“o juízo de tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, em sim conglobada na ordem normativa.”* Em suma, o tipo não pode proibir o que o direito ordena nem o que ele fomenta.

Portanto, as condutas e episódios descritos na denúncia não se subsumem ao artigo 166 do Código Penal Militar que tipifica o delito de “publicação ou crítica indevida.”

Assim, tendo em vista que o fato narrado não constitui crime, a denúncia não deve ser recebida a teor do art. 78 do Código de Processo Penal Militar.

Ante o exposto, **concedo a ordem** em favor do paciente Anderson Rogério Borges dos Santos, para trancar a Ação Penal n. 0000010-31.2006.7.07.0007, em trâmite na 7ª Circunscrição Judiciária Militar (Recife-PE).

HC 106808 / RN

É como voto.

09/04/2013

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 106.808 RIO GRANDE DO NORTE

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também estou de acordo.

O trancamento de uma ação penal é sempre feito em caráter excepcional quando se trata de *habeas corpus*, mas aqui me parece que o eminente Relator demonstrou bem a falta de tipicidade, que exsurge, *ictu oculi*, da denúncia que eu tenho em mãos aqui, que foi transcrita no parecer da Procuradoria Geral da República.

Eu acompanho o Relator, também defiro a ordem.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 106.808

PROCED. : RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : ANDERSON ROGERIO BORGES DOS SANTOS

IMPTE.(S) : KÁTIA MARIA LOBO NUNES

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

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem em favor do paciente Anderson Rogério Borges dos Santos, para trancar a Ação Penal n. 0000010-31.2006.7.07.0007, em trâmite na 7ª Circunscrição Judiciária da Justiça Militar (Recife-PE), nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki. **2ª Turma, 09.04.2013.**

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Teori Zavascki.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária