

VOTO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem reexaminados os autos, tenho que a decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção.

Conforme relatei na decisão agravada, esta impetração volta-se contra ato de Ministra do Superior Tribunal Militar – STM.

Analisando o mérito da impetração, assentei que é princípio basilar do Direito, constituindo disposição expressa de nossa Carta Magna, que todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade, devem ser fundamentadas. Vejase:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (grifei).

Esse preceito constitucional, por evidente, alcança também o ato judicial de recebimento de denúncia, porque, embora ostente uma natureza interlocutória, não deixa de ser uma decisão em que o juiz verifica a presença dos pressupostos processuais, das condições da ação e da existência de justa causa. Essa é a razão pela qual precisa ser fundamentada, ainda que sucintamente.

Nesse sentido é a lição de Nereu José Giacomolli, abaixo transcrita:

“Portanto, o magistrado há de dizer, argumentar, comunicar racionalmente, a motivação fática e jurídica, não só da rejeição da peça acusatória (arts. 41 e 395 do CPP), mas também os que o levaram a receber a denúncia ou a queixa crime. [...] O recebimento da denúncia

ou da queixa-crime não se equipara à cognição realizada no ato sentencial, mas engendra um conteúdo decisório fundamental ao desencadeamento do processo criminal acusatório, capaz de alterar o status quo do sujeito. É ato exclusivo do magistrado, integrante do poder Judiciário, motivo pelo qual há de ser fundamentado, sob pena de ser negada, ab initio, a tutela jurisdicional criminal efetiva.” (GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica . São Paulo: Atlas, 2014, p.220).

A necessidade de fundamentação desse tipo de decisão revela-se ainda mais evidente após o advento da Lei 11.719/2008, que exige, em seu art. 397, para o trâmite da denúncia, a manifestação do juiz sobre: (i) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (ii) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; (iii) a tipicidade; e (iv) extinção da punibilidade do agente. Aqui, convém lembrar, por oportuno, que o Código Penal ordinário constitui fonte, por excelência, do Direito Judiciário Militar.

No caso sob análise, a decisão que recebeu a denúncia limitou-se a assentar que ela encontra-se “revestida das formalidades legais ínsitas no artigo 77 e seguintes do Código de Processo Penal Militar [...]” (doc. 2). Nenhuma palavra foi expendida quanto ao seu conteúdo e nem mesmo no tocante à situação particular do denunciado, mostrando-se, portanto, nula, nos termos dos ditames constitucionais acima expostos.

Ainda que superado tal óbice, salta à vista, ainda, a flagrante incompetência da Justiça Militar para o julgamento da ação penal contra o paciente. Digo isso porque a conduta atribuída a ele não configura ato ilícito praticado 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”, conforme exige o art. 9º, III, d, do CPM para a atração da causa pela Justiça especializada.

No caso sob exame, o que ocorreu foi o envio de mensagem para um grupo de e-mails de natureza privada, não se tratando de um grupo oficial de comunicação da Força Aérea. Assim, tanto o Comandante da Aeronáutica quanto o Chefe do Estado Maior (uma vez que este nem mesmo integrava o

referido grupo de mensagens eletrônicas), não estavam ali no desempenho de funções de natureza militar.

Por isso, é forçoso concluir que a mensagem tramitou em ambiente eminentemente civil, onde eram e são tratados assuntos diversos, sem qualquer observância de normas hierárquicas derivadas das patentes ostentadas pelas pessoas que dele participam. Não há, pois, como assentar a competência da Justiça Castrense para o julgamento da causa, uma vez que, claramente, não foi atendido o requisito do art. 9º, III, d, do CPM.

Constata-se, ademais, a manifesta atipicidade da conduta imputada ao paciente, que admite o trancamento da ação penal por meio de habeas corpus . Confira-se:

“ HABEAS CORPUS . DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA ANTES DE ENCERRADAS INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO JUDICIAL INSTAURADO PARA APURAR OS MESMOS FATOS OBJETO DA DENÚNCIA. POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POR ATIPICIDADE DE CONDOTA DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA SUPERVENIENTE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - Falta de justa causa à ação penal iniciada antes de encerradas as investigações em sede de inquérito instaurado para apurar os mesmos fatos e arquivado por decisão judicial, ante a constatação de atipicidade da conduta do paciente. II - O trancamento da ação penal, em habeas corpus , constitui medida excepcional que só deve ser aplicada nos casos de manifesta atipicidade de conduta, presença de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. III - Na situação sob exame, verifica-se a atipicidade da conduta do paciente, constatada no Inquérito 333, que tramitou o Superior Tribunal de Justiça. IV - Ordem concedida para trancar a ação penal” (HC 108.748/ES, de minha relatoria, Segunda Turma; grifei).????

Afirmei, ainda, que não há , com efeito, no fato narrado, qualquer menção desabonadora quanto à atuação ou a atos praticados pelas alegadas vítimas no exercício do comando da Força Aérea ou na Chefia do Estado Maior da Aeronáutica. O que se tem é a manifestação de uma impressão pessoal do paciente sobre a formação e o mérito dos oficiais citados para atingirem o mais alto posto do oficialato das Forças Armadas, o qual, ao que consta, imaginava

estar enviando um e-mail particular para um único destinatário, a saber, o Cel. Av. Ref. Tacariju Thomé de Paula Filho. Leia-se:

“Taca

A coisa eh mais grave, estou trocando umas mensagens com o Egito e eu penso que tenho minhas dúvidas se vale a pena, como empresa, manter os nossos sistemas de avaliação.

O Alto Comando quando eu cheguei era um lixo e quando eu saí tb, até piorou.

Como pode um sistema tão avaliado como o nosso produzir 4 estrelas tão ruins?

Eh um paradoxo.

Sei que pode parecer soberba minha mas os caras não eram 4 estrelas eles estavam 4 estrelas.

Qualquer coronel poderia substituí-los e em alguns casos até com ganho de qualidade.

Depois de chegar ao topo eu realmente me pergunto – Onde erramos?

Como um Bermudez pode chegar a 4 e pior, a CMT?? Sei que ainda estou arrastando corrente, mas eh uma realidade.

O Amaral está indo para o STM, ele eh um zero a esquerda, um filho de general que entrou no CM da vida e chegou a 4 estrelas, embora zero um (os caras da frente saíram ou morreram) o cara eh um tapado, com zero jogo de cintura e zero conhecimento fora da vida militar.

Como eu disse eh um paradoxo, mas acho que realmente só a guerra forma generais.

Na vida normal não tem como saber se o cara eh mesmo o cara” (Transcrição literal da mensagem eletrônica constante de fls. 08-09 do IPM, págs. 3 e 5 do doc 4).

A leitura da mensagem acima transcrita demonstra a total ausência de tipicidade da conduta concernente ao crime militar. Nem mesmo com o extremo esforço interpretativo intentado pelo Parquet seria possível enxergar a existência do fato típico, no sentido de que “o emprego do artigo ‘um’, antes do nome do comandante da Aeronáutica, agrava a ofensa, já que o termo tem por função, via de regra, apresentar substantivos de maneira generalizada, imprecisa e vaga” (pág. 2 do doc. 3).

Isso porque, ao manifestar-se em um grupo de e-mails, que não constituía meio de comunicação oficial da Força Aérea Brasileira, o paciente e as pessoas alegadamente injuriadas, a rigor, participavam de uma comunidade de

mensagens eletrônicas, sem qualquer ligação com as respectivas funções militares, ou seja, atuavam em um ambiente civil, onde eram discutidos temas diversos, sem qualquer consideração à hierarquia ou patente dos participantes.

Não fosse isso, anotei que, como é sabido, a norma penal exige que a conduta praticada se amolde perfeitamente ao fato típico legalmente descrito, não cabendo, na seara punitiva, qualquer interpretação subjetiva ou extensiva da conduta. Em se tratando de injúria, especificamente, deve ficar caracterizada a existência de clara ofensa à dignidade ou ao decoro da vítima, se for militar, nos expressos termos do art. 216 do CPM. Tal fato, no entanto, não ficou claramente evidenciado na espécie.

Nesse sentido, destaquei que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera atípica a conduta, quanto ao crime de injúria, quando caracterizada por um

“[...] modelo de expressão menos protocolar, ou mesmo desabrido, via manifestações muitas vezes ácidas, jocosas, mordazes, ou até impiedosas, em que o vernáculo contundente - ainda que acaso deplorável no patamar de respeito mútuo a que se aspira em uma sociedade civilizada -, embala a exposição do ponto de vista do orador” (Inq 3.948/DF, Rel. Min. Rosa Weber).

Portanto, inclusive por esse ângulo, não pode a denúncia prosperar por evidente atipicidade da conduta.

Ressalto, por fim, que o paciente é militar da reserva, sendo, por essa condição, equiparado a um civil, conforme entendimento exarado recentemente pela própria autoridade coatora - sempre lúcida e desassombrada em seus pronunciamentos - ao comentar na imprensa situação vivida pelo ex-Ministro da Saúde General de Divisão Eduardo Pazuello, Confira-se:

“Apoio de Pazuello a Bolsonaro 'põe em xeque disciplina do Exército', diz ministra do Superior Tribunal Militar.

A participação do general Eduardo Pazuello, ex-ministro na Saúde, em um ato político de apoio ao presidente Jair Bolsonaro no Rio de

Janeiro 'colocou em xeque a disciplina do Exército', afirma a ministra do Superior Tribunal Militar (STM) Maria Elizabeth Rocha.

No domingo, Pazuello subiu em um caminhão de som ao lado do presidente, agradeceu o apoio do público e elogiou Bolsonaro - ambos estavam sem máscara, embora uma lei estadual estabeleça uso obrigatório da proteção no Rio de Janeiro.

Para a ministra, a atitude significou 'várias transgressões' ao Regulamento Disciplinar do Exército, que proíbe o militar de se manifestar publicamente a respeito de assuntos de natureza político-partidária sem que esteja autorizado previamente.

Segundo Elizabeth Rocha, cabe ao comandante do Exército, general Paulo Sérgio Nogueira, definir se Pazuello deve receber uma punição, que pode variar de advertência até uma prisão disciplinar, segundo as normas militares. Ela lembra, porém, que o presidente Jair Bolsonaro, como chefe supremo das Forças Armadas, tem o poder de reverter decisões de Nogueira.

'Seria muitíssimo complicado. Por isso, talvez uma passagem (de Pazuello) para reserva seja o melhor caminho. Porque aí o general Pazuello, como todo cidadão civil, vai poder manifestar livremente as suas convicções ideológicas', defende Rocha.

'Sem dúvida alguma ele colocou em xeque a disciplina do Exército, porque ele se posicionou publicamente, sem estar autorizado, em assuntos de natureza político-partidária, quando ele subiu naquele carro e defendeu o governo', acrescenta ela. [...]'' (Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57238280> - acessada em 2/7/2021; grifei).

Digo isso porque o Supremo Tribunal Federal vem observando, conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello no HC 110.237/PA, a

"[t]endência que se registra, modernamente, em sistemas normativos estrangeiros, no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz ou, então, da exclusão de civis da jurisdição penal militar: Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), México (Constituição de 1917, art. 13) e Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28) [...]"

A preocupante questão relativa aos civis julgados pela Justiça Militar também é censurada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que, ao examinar caso muito semelhante ao versado neste habeas corpus, julgou o

caso Palamara vs . Chile. Cuidou-se, em resumo, da condenação de um exoficial da Armada chilena pelo crime de desobediência, após ter escrito um livro sobre a instituição. Ao proferir a sentença, a Corte Interamericana recomendou que

“ En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares [...]” (disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf – acessado em 2/7/2021; grifei).

Dessa forma, entendi que não só a decisão que recebeu a denúncia é nula por falta de fundamentação, como também a incompetência da Justiça Militar para julgar a ação penal contra o paciente, pois a conduta ilícita que lhe foi atribuída não foi praticada contra militares no exercício de função militar. De resto, nos termos da jurisprudência do STF, os fatos narrados não se revestem do dolo que caracteriza o crime de injúria, uma vez que apenas “embala a exposição do ponto de vista do orador”, segundo consta do precedente acima citado.

Destaquei, por fim, que esta Suprema Corte admite o trancamento da ação penal pela via do habeas corpus nos casos de: (i) manifesta atipicidade da conduta; (ii) presença de causa de extinção da punibilidade do paciente; ou (iii) ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas. A primeira hipótese é, precisamente, aquela que se amolda ao pedido sob análise.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.