

Análise do Crime Militar de Publicação ou Crítica Indevida à luz da ADPF 475

Leonardo Cardoso de Castro Dickinson

Pós-graduado em Direito Militar pela Escola Mineira de Direito.
Advogado Criminalista. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/RJ.
Advogado Dativo da 1ª Circunscrição Judiciária Militar – RJ/ES.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0640021428384239>
E-mail: leonardo@dickinsonadvogados.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: [ORCID: 0009-0005-0678-471X](https://orcid.org/0009-0005-0678-471X); e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)
Eleonora Mesquita Ceia (CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3772648122857242>; e-mail: emceia@gmail.com)

Data de recebimento: 19/09/2023

Data de aceitação: 20/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075521

RESUMO: O presente artigo explora, por meio da revisão bibliográfica, as facetas do crime militar de publicação ou crítica indevida (Art. 166 CPM), à luz da atual sociedade brasileira em relação à autoexposição em redes sociais e os parâmetros trazidos pela ADPF 475, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa teve como objetivo contribuir com o debate avançado pela suprema corte brasileira, tomando como premissa o julgamento em tela, de forma a robustecer o tratamento jurídico acerca da conduta penal militar em abstrato. E, por fim, concluiu-se que a análise de violação ao bem jurídico e, subsequentemente, da necessidade de resposta penal condizente, deverá levar em conta os critérios previstos no Art. 13, 1, alíneas “a” e “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma a trazer maior segurança jurídica na análise do delito militar supracitado.

PALAVRAS-CHAVE: direito militar; Processo Penal Militar; crime militar; publicação ou crítica indevida; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ENGLISH

TITLE: Analysis of the Military Crime of Undue Publication or Criticism in light of ADPF 475.

ABSTRACT: This article explores, through bibliographic review, the facets of the military crime of publication or undue criticism (Art. 166 CPM), in light of the current Brazilian society about self-exposure on social networks and the parameters brought by ADPF 475, judged by the Federal Supreme Court. The research aimed to contribute to the debate advanced by the Brazilian supreme court, taking the trial in question as a premise, in order to strengthen the legal treatment regarding military criminal conduct in the abstract. And, finally, it was concluded that the analysis of violation of legal rights and, subsequently, the need for a suitable criminal response, must take into account the criteria set out in Article 13, 1, paragraphs “a” and “b”, of the American Convention on Human Rights, in order to bring greater legal certainty in the analysis of the aforementioned military crime.

108

KEYWORDS: military law; military criminal procedure; military crime; undue publication or criticism; argument of breach of fundamental precept.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Análise doutrinária e jurisprudencial sobre o crime militar de publicação ou crítica indevida (Art. 166 do Código Penal Militar) – 2.1 Ponderações quanto à primeira parte do tipo penal – 2.2 Ponderações quanto à segunda parte do tipo penal – 3 A ADPF 475 e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Dentre todas as características do século XXI, talvez a mais marcante seja a hiperconectividade, oriunda de avanços tecnológicos importantíssimos, não apenas encurtando espaços entre pessoas distantes, mas também permitindo maior pluralização de opiniões, exaradas sob o prisma democrático de uma sociedade plural em valores e crenças, sendo

certo que a maior expressividade de tais condutas foi propulsionada pelas redes sociais (Friedman, 2007).

Com o advento da multiplicação de redes sociais nas últimas décadas e a conseqüente democratização das opiniões públicas, verifica-se também certo incremento na autoexposição opinativa, fazendo com que a intimidade e a privacidade sejam relativizadas em nome da publicização da vida particular e da opinião pessoal de cada um, seja de ordem política/econômica ou ainda em questões mais triviais e mundanas do dia a dia.

Por serem partes integrantes da sociedade, os militares – sejam da ativa ou da reserva – foram (e são) afetados pelos fenômenos das redes sociais. Porém, a qualidade de militar impõe ao sujeito que lhe ostenta alguns cuidados adicionais àqueles típicos dos demais cidadãos, sobretudo ao exarar sua opinião à rede mundial de computadores, notadamente por conta dos brocardos contidos, a exemplo, no Estatuto dos Militares – Lei 6.880 de 9 de dezembro de 1980.

De mais a mais, o Decreto-Lei 1.001 de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar – destaca, dentre as condutas ali descritas, a vedação ao militar em publicar, sem licença, ato ou documento oficial, ou, ainda, criticar publicamente ato de seu superior, assunto atinente à disciplina militar ou mesmo qualquer resolução do Governo (Art. 166, CPM).

O dispositivo supracitado encontra-se na tutela da subordinação que todo militar deve aos seus superiores e também à sua pátria, atendendo as funções constitucionais contidas no Art. 142 da Carta Magna.

Ocorre que, no ano de 2017, foi apresentada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal – autuada simplesmente como ADPF 475 – impugnando a validade do dispositivo previsto no Art. 166 do Código Penal Militar, largamente sobre o crescente argumento da liberdade de expressão, enquanto garantia

fundamental de todo indivíduo brasileiro, enquanto membro deste estado democrático de direito.

A questão foi recentemente pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, consolidando quaisquer debates acerca da constitucionalidade do dispositivo legal em questão, bem como trouxe algumas particularidades acerca da matéria, que, certamente, serão relevantes à doravante hermenêutica dos dispositivos legais indicados.

O objetivo do presente artigo visa contribuir com o debate avançado pela suprema corte brasileira, tomando como premissa o julgamento em tela, de forma a robustecer o tratamento jurídico acerca da conduta penal militar em abstrato.

2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE O CRIME MILITAR DE PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA (ART. 166 DO CÓDIGO PENAL MILITAR)

A conduta ora em análise não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo deveras relevante, sob o ponto de vista da disciplina militar.

Historicamente, a tutela penal da publicação ou crítica indevida já havia sido inaugurada pelo Decreto-Lei 6.227 de 24 de janeiro de 1944, nos tempos em que as relações diplomáticas com Itália, Alemanha e Japão estavam rompidas, por advento do esforço de guerra brasileiro junto aos aliados na 2ª Guerra Mundial, protagonizado nacionalmente pela Força Expedicionária Brasileira – FEB.

Com a promulgação do Decreto-Lei 1.001 de 21 de outubro de 1969, por iniciativa da junta militar, foi mantida a tipificação do crime militar de publicação ou crítica indevida, como parte da repressão aos atos de insubordinação da tropa, questão que, por sua vez, detém íntima relação com os preceitos de hierarquia e disciplina, atinentes aos crimes militares, além de

outros valores específicos aos armígeros, razão pela qual se faz mister sua transcrição, para melhor compreensão de suas particularidades:

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 constituir crime mais grave.

O tipo penal traz consigo duas condutas nucleares – “publicar” e “criticar” – que, apesar de avaliadas em separado para a melhor compreensão, detêm o mesmo bem jurídico tutelado, qual seja, a disciplina militar.

Neste sentido, colhe-se o entendimento de Cícero Coimbra e Marcello Streifinger, com o seguinte alerta:

(...) o bem jurídico protegido é a disciplina militar perturbada pela afronta da publicação ou da crítica; entretanto, se o alvo da conduta for ato de superior, teremos também o ferimento à autoridade de quem o praticou (Neves; Streifinger, 2023).

111

A disciplina militar pode ser definida como a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo, nos precisos termos do Art. 14, §2º, do Estatuto dos Militares – Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

Porém, para melhor compreender o conceito de disciplina, é necessário também esclarecer o sentido de “dever militar”. Para tanto, transcreve-se o exposto no Art. 31 do Estatuto dos Militares – Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980:

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

- I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;
- II - o culto aos Símbolos Nacionais;
- III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
- IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;
- V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e
- VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

Como se observa, o cerne do “dever militar” tem íntima relação com a dedicação e a fidelidade à Pátria, ao sacrifício da própria vida, em acréscimo à garantia dos poderes constitucionais e à garantia da lei e da ordem, sob o cumprimento do compromisso traçado na Carta Magna.

Trata-se, em suma, da promessa mais significativa que se pode pedir de qualquer indivíduo, em nome de sua Nação, que, por sua vez, somente será obtida mediante rígida disciplina, por parte de todos os membros das Forças Armadas, justificando-se assim, a tutela ao bem jurídico em questão.

Justamente por tais motivos, eventual crítica à disciplina militar revela-se verdadeiro contrassenso, uma vez que esta se trata de um dos pilares do militarismo, como será mais bem exposto adiante.

Ainda em caráter propedêutico, convém mencionar que o sujeito ativo do tipo penal em questão recai sobre o militar da ativa, incorporado às Forças Armadas, mas também ao militar da reserva ou reformado, desde que empregado na administração militar, na forma do Art. 12 do Código Penal Militar.

Por fim, cabe consideração pontual em relação à figura do “assemelhado”, indicados por diversas vezes ao longo do Código Penal Militar, não sendo mais aplicado, na prática, pelos operadores do direito atuantes no Direito Militar, tornando-se um conceito inócuo em tempos modernos¹.

¹ Neste particular, faz-se menção também a supressão da figura do “assemelhado” no Projeto de Lei do Senado Federal nº. 2.233/2022, que a contar do momento de confecção deste artigo,

Neste sentido, rememora-se a equiparação do aluno de colégio militar ou instituição de ensino análoga sob direção e disciplina militar, desde que completados dezessete anos, aos imputáveis por crimes militares, nos termos do Art. 51 do Código Penal Militar.

Tal classificação não é mais utilizada, uma vez que o referido artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal vigente, que, expressamente, afirma que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis².

Ultrapassadas tais questões, e em atenção às particularidades do tipo penal aqui citado, sobretudo quanto aos núcleos verbais distintos, cabe a separação em tópicos próprios, para a melhor exposição das ideias aqui contidas.

2.1 Ponderações quanto à primeira parte do tipo penal

A primeira parte da conduta versa sobre a publicação de ato ou documento oficial por militar (ou assemelhado), desde que não tenha licença para a realização do ato. O ato de “publicar”, em si, significa tornar público, disseminando ou fazendo conhecer determinada informação a outrem.

Porém, a tutela penal do núcleo verbal deve ser acompanhada da figura adjetiva do tipo, qual seja: “ato ou documento oficial”, desde que não esteja licenciado ou permitido para tanto. Verifica-se na presente hipótese que a iniciativa do legislador foi de resguardo e preservação da cadeia de comando natural das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, visto que a tutela de disseminação da informação – ou de ato oficial – deve ser de discricionariedade do Comando Militar, sobretudo pela sensibilidade da matéria, que, não raras vezes, detém contornos específicos próprios da

aguarda sanção presidencial após ser aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o que demonstra o quão antiquado o referido conceito se tornou em tempos atuais.

² Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

segurança nacional e da defesa da Pátria, tornando-se parte integrante de sua missão constitucional, nos termos do Art. 142 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Ademais, não raras vezes, a conduta traz consigo outro crime praticado em conjunto.

Isto porque, o ato ou documento oficial indevidamente publicado pode conter características próprias de sigilo funcional, devendo ser mantido em segredo até a permissão oficial pelo Comando Militar a que pertence o documento ou informação em questão. Caso tal situação ocorra, praticará também o agente o tipo penal de violação ao sigilo funcional, previsto no Art. 326 do Código Penal Militar.

Ainda a título de exemplo, caso a publicação do documento ou ato oficial contradiga ordem direta da autoridade militar, incorrerá o agente no crime militar de desobediência, previsto no Art. 301 do Código Penal Militar.

Ultrapassadas tais questões, não se ignora que o sigilo dos atos administrativos será admitido apenas em caráter excepcional, uma vez que estes são pautados pela publicidade, nos termos contidos no Art. 37, *caput*, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Em igual sentido, leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

O princípio da publicidade impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público (art. 37 da CRFB e art. 2º da Lei 9.784/1999). A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da CRFB), possibilitando o exercício do controle social sobre os atos públicos. A atuação administrativa obscura e sigilosa é típica dos Estados autoritários. No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos estatais; o sigilo é exceção. Ex.: a publicidade é requisito para produção dos efeitos dos atos administrativos, necessidade de motivação dos atos administrativos (Oliveira, 2019).

Ou seja, o ato de publicação do documento oficial tem consigo consequências graves ao ordenamento jurídico, uma vez que se trata de

elemento essencial à eficácia dos atos administrativos, que, por sua vez, classifica-se como pressuposto de exequibilidade de toda e qualquer ordem oficial militar, uma vez que também sujeita aos princípios da Administração Pública.

Sobre o conceito de eficácia, valemo-nos da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Eficácia é a idoneidade de que tem o ato administrativo para produzir os seus efeitos. Em outras palavras, significa que o ato está pronto para atingir o fim a que foi destinado. Se o ato completou seu ciclo de formação, podemos considera-lo eficaz, e isso ainda que dependa de termo ou condição futuros para ser executado (Carvalho Filho, 2016).

Noutro sentido, cabe alertar que, na análise do tipo penal em questão não se discute a idoneidade do ato ou documento oficial, tampouco a veracidade do conteúdo ali contido, visto que tais condutas recaem em tipos penais próprios – Art. 311 e Art. 312 do CPM, respectivamente – mas tão somente na ação por parte de militar (ou de assemelhado) que, sem a devida licença ou autorização, torna público ato ou documento oficial, havendo quebra da disciplina e da hierarquia, pilares atinentes a toda organização militar.

A publicação do ato ou do documento pode utilizar-se de inúmeros meios de comunicação, tais como *sites* da rede mundial de computadores; periódicos de grande circulação; ou, mais comumente, a própria rede social privativa do militar. Todos são instrumentos aptos a facilitar a prática do crime aqui em análise.

Ora, não há como ignorar que as redes sociais fazem parte da realidade sociológica mundial, sendo certo que as pessoas – militares ou não – valem-se do alcance obtido por seus ciclos sociais para expor suas ideias e seus pensamentos, ou até mesmo uma simples fotografia ou vídeo do dia a dia.

Ocorre que, ao estender-se tal simples ato à caserna, percebe-se que a publicação de algo aparentemente simples pode gerar controvérsias, uma vez que a natureza da conduta – apesar de aparentemente lícita – pode ser incompatível com o decoro das Forças Armadas/Auxiliares ou mesmo com o pundonor militar e demais os valores contidos na realidade da caserna.

Por tais razões, as instituições militares têm por hábito a emissão de cartilhas explicativas, indicando os riscos naturais à autoexposição do militar – especialmente quando se encontra em serviço – e também os limites para a disseminação de conteúdo nas redes sociais, de forma a preservar o próprio militar e também a Organização Militar como um todo.

Alerte-se, contudo, que se trata de condição essencial à criminalização da conduta que o militar publique – em rede social ou não – ato ou documento oficial sem a devida licença de seu superior, nos termos do Princípio da Legalidade, sendo certo que qualquer outra publicação deverá ser avaliada sob o prisma da transgressão disciplinar, de maneira casuística.

Por fim, saliente-se que a aproximação das Forças Armadas/Auxiliares à sociedade civil é importante, devendo ser estimulada, desde que tal exposição não atente aos valores naturais e basilares da realidade militar, devendo, em tais hipóteses, ser coibida nos termos do ordenamento jurídico vigente.

2.2 Ponderações quanto à segunda parte do tipo penal

A segunda parte do dispositivo versa sobre a crítica indevida do militar a três hipóteses distintas: (a) ato do seu superior; (b) assunto atinente à disciplina militar; ou (c) qualquer resolução do Governo.

Primeiramente, saliente-se que o verbo “criticar”, no contexto tratado, aduz a atribuição de termo negativo por parte do militar às condições

acima descritas, trazendo contexto de “desvalor” ou “reprovação” a essas condições, de forma a prejudicar a disciplina da tropa.

Quanto à primeira hipótese da segunda parte do tipo penal, tem-se que o conceito de superior contido no tipo penal trata-se de norma penal em branco homogênea, sendo possível seu complemento no bojo do próprio dispositivo legal, especificamente o Art. 24 do Código Penal Militar: “Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar”.

Não há dúvidas de que a necessidade do tipo penal está em preservar a estrutura hierárquica própria da Organização Militar, sob pena de desordem e desarranjo interno da tropa.

Por outro lado, eventuais críticas à disciplina militar – e também às resoluções de Governo – tratam, como sugerido, de amparo à própria disciplina militar, também essencial, tal como a hierarquia, à sistemática do militarismo.

Em verdade, busca-se coibir a prática de atos que possam, de alguma maneira, perturbar a regular organização e atuação da tropa, por meio de críticas indevidas às hipóteses previstas no Art. 166 do Código Penal Militar, sendo indiferente o meio utilizado – virtual ou físico.

Neste sentido, colaciona-se entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRÍTICA INDEVIDA - ART. 166 DO CPM - CONFIGURAÇÃO - PENA - BASE - FUNDAMENTOS INSUFICIENTES - REFORMA - APLICAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL - PROVIMENTO PARCIAL. - Comete o crime tipificado na segunda parte do art. 166 do CPM o policial militar que envia mensagem através do correio eletrônico da Corporação para três destinatários distintos, sendo dois deles referentes a caixas administrativas da Corporação às quais mais de uma pessoa possui acesso, com o objetivo de criticar assunto atinente à

disciplina militar (Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, 2019).

No caso supracitado, observa-se que a Corte Militar Estadual entendeu possível a prática do crime na modalidade omissiva, visto que o acesso aos correios eletrônicos de caixas administrativas da Corporação é comum e de acesso indistinto a diversos militares, o que se conclui pela prescindibilidade de sujeito passivo certo e identificado na análise da conduta em questão.

Não por outro motivo, entende-se que o sujeito passivo imediato é a União ou o Estado Federado, no caso das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares, respectivamente; ao passo que o sujeito passivo mediato será o superior aviltado pelas críticas em questão.

Neste particular, colhe-se o entendimento de Cícero Coimbra e Marcelo Strefinger sobre o tema:

118

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o Estado, por meio de sua própria Instituição Militar, que se vê lesada em sua disciplina. Ademais, na forma de crítica de ato de superior, o praticante do ato é atingido pela conduta nuclear, sendo, portanto, sujeito passivo mediato (Neves; Strefinger, 2023).

Interessante também pontuar que a “crítica” não precisa ser pública, uma vez que tal característica não é elemento constitutivo do tipo penal, sendo necessário apenas que seja acintosa de forma a abalar significativamente a disciplina militar da tropa.

Por outro lado, cabe a ressalva de que o crime militar de publicação ou crítica indevida é subsidiário a crimes de maior desvalor tais como a calúnia (Art. 214 do CPM) ou o desacato a superior (Art. 298 do CPM). Entendemos que, nessas hipóteses apresentadas, a ofensa deve ser direcionada à autoridade do superior, de forma a lhe menoscar, e não ao ato em si, perfazendo, portanto, crime específico e mais grave.

Outrossim, o Superior Tribunal Militar já se posicionou em igual sentido, como ora se colaciona com o seguinte aresto:

APELAÇÕES. IRRESIGNAÇÃO DO MPM E DA DEFESA. CRIMES DE CALÚNIA E PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA. PRELIMINARES DEFENSIVAS. REJEIÇÃO. OFENSAS. IMPUTAÇÃO CATEGÓRICA DOS FATOS. ÔNUS DA PROVA. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. CRIME SUBSIDIÁRIO. PROVIMENTO DOS RECURSOS. A conduta pela qual o Réu foi denunciado teria ocorrido quando ainda ostentava a situação de militar da ativa, enquadrando-se, sem sombra de dúvidas, na competência prevista no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM. Na hipótese, além de descaber falar em necessidade de representação dos Ofendidos com fundamento na Lei de Imprensa, também não se cogita falar em prescrição desse direito de representação. Não constituem requisitos necessários para a caracterização do delito de Calúnia que os destinatários das ofensas se sintam ofendidos pelas imputações feitas e que haja a imputação categórica dos fatos aos Ofendidos. Ademais, o ônus de comprovar a veracidade das imputações incumbe à pessoa que as fez, o que não ocorreu no caso. Em que pese vigorar em nosso ordenamento jurídico, como em qualquer Estado Democrático de Direito, o direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, esse direito, como toda garantia constitucional, pode ser exercido em sua plenitude até o limite em que não confronte com outros direitos igualmente previstos na Constituição Federal. Induvidosamente delineado, na espécie, o delito de Calúnia, conforme recortado no artigo 214, caput, do CPM, e pelo qual o Acusado restou absolvido na 1ª instância. Por outro lado, encontram-se ausentes causas que excluam a culpabilidade ou afastem a ilicitude do proceder do Réu. O delito de Publicação ou crítica indevida constitui crime subsidiário, cuja incidência somente ocorre quando o fato definido no tipo legal não constituir delito mais grave. Dessa feita, tendo em vista a condenação que ora se impõe ao Réu, como incurso nas penas do delito de Calúnia, o delito subsidiário de Publicação ou crítica indevida, previsto no art. 166 do CPM, não mais subsiste, devendo o Acusado ser absolvido desta imputação. Rejeição das preliminares defensivas, por unanimidade. Provimento dos Recursos da Defesa e do Ministério Público Militar, por maioria (Superior Tribunal Militar, 2015).

De mais a mais, verifica-se que a crítica à disciplina militar foge ao escopo da missão constitucional das Forças Armadas, amparadas pelos valores trazidos na Carta Magna e nas leis esparsas do ordenamento jurídico,

uma vez que tem o condão de desmoralizar a própria essência do militarismo – marcado justamente pelo valor (disciplina) da crítica abstrata em comento – sendo, portanto, uma contradição em si perante as Forças Armadas e também diante das Forças Auxiliares.

Isto porque a mencionada missão constitucional vai além da predileção política dos integrantes da tropa, que, caso exposta de maneira desmedida, poderia trazer riscos concretos à disciplina e à hierarquia, gerando turba entre os discordantes; perseguição no interior dos quartéis; ou mesmo vir a sugerir que a tropa não passaria de milícia privada, aliadas não ao Poder Executivo, nos termos constitucionais, mas à representante transitório do povo na figura do chefe de Estado, ao arrepio dos Poderes Constitucionais.

120 Outrossim, cabe lembrar que a manifestação de ordem política é somente permitida ao militar inativo, e, ainda assim, nos limites contidos no bojo da Lei Federal nº. 7.524/1986, ao passo que o militar da ativa encontra impedimentos específicos no interior dos regulamentos disciplinares da Força a que pertence.

Em verdade, ao fazer parte da tropa, o militar sacrifica parte da sua individualidade, em respeito ao interesse público, nos termos mencionados pela Constituição Federal, devendo, por óbvio, realizar suas relevantes funções institucionais, sem perder seu propósito de defesa da Pátria, sendo certo que tal impessoalidade – imprescindível ao militar – relativiza-se com a incidência de críticas, seja a atos do superior; assuntos atinentes à disciplina militar ou; mesmo a resoluções do Governo Federal – leiam-se entes federados.

A propósito, entendeu o Superior Tribunal Militar, por unanimidade, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº. 0000022-06.2013.7.03.0203, que mesmo as críticas à legislação militar – em especial o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar – teriam o condão, ao menos à *prima*

facie, de justificar o prosseguimento de ação penal militar em desfavor de oficial das Forças Armadas, como ora se transcreve:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ANÁLISE DA TIPICIDADE. É remansoso na jurisprudência desta Corte que, estando revestida das formalidades legais e subsidiada em elementos de convicção que demonstram haver materialidade do crime e indícios de autoria, deve-se receber a denúncia, dando ao Conselho de Justiça a oportunidade de analisar a tipicidade material e subjetiva da conduta do acusado. A discussão se a conduta é crime ou infração disciplinar é competência do Conselho, que fará o exame aprofundado da prova. O Juiz-Auditor fará em juízo de cognição sumária, quando do juízo de deliberação, salvo quando esta se demonstra manifestamente atípica, o que não é o caso dos autos. Configuram a tipicidade estabelecida no art. 166 do CPM críticas à legislação militar, sobretudo o contido no CPM e no CPPM. Avulta-se a necessidade de ser o mérito analisado pelo Conselho Especial de Justiça, tendo em vista ser o denunciado Oficial com histórico de condenações por crimes afetos ao desrespeito à disciplina. Recurso conhecido e provido. Denúncia recebida. Unânime (Superior Tribunal Militar, 2013).

121

Ao que pese o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Militar, entendemos, respeitosamente, que eventuais críticas ao Código Penal Militar e ao de Processo Penal Militar não se amoldam, especificamente, às hipóteses de subsunção do Art. 166 do *codex milicien*, uma vez que tais dispositivos mencionados não versam, expressamente, à disciplina militar, tutela que recai aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares.

No mesmo sentido, o termo “qualquer resolução do Governo”, também trazido pelo tipo penal supracitado, deve ser interpretado de forma restritiva, notadamente quanto a atividades típicas do Poder Executivo – em especial àquelas próprias do Ministério da Defesa – por meio de decretos, portarias, ordens de serviço e afins – das quais o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar não fazem parte.

Cabe também comentar que o Projeto de Lei do Senado Federal nº. 2.233 de 10 de agosto de 2022, encaminhado à sanção presidencial no momento de confecção deste trabalho escrito, suprimiu a parte final da redação do Art. 166 do Código Penal Militar, notadamente a expressão “qualquer resolução do Governo”, não sendo mais, portanto, de vontade do Poder Legislativo que seja mantida a criminalização a eventuais críticas por militares às disposições legais dos entes federados.

Tal esclarecimento se faz deveras relevante, visto que não se está a afirmar que a Força impede manifestações legítimas ou censura menções positivas por parte de seus membros.

Pelo contrário, ela adota medidas concretas a auxiliar seus agregados no comportamento social responsável, em particular nas redes sociais, que, dentre todos os exemplos, indica-se o Manual de Conduta nas mídias sociais no âmbito do Comando da Aeronáutica (2023), divulgado nos *sites* oficiais da Força Aérea Brasileira e do Governo Federal.

3 A ADPF 475 E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA

No ano de 2017, determinado partido político apresentou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – perante o Supremo Tribunal Federal, com objetivo de questionar a recepção constitucional do Art. 166 do Código Penal Militar, objetivando a revogação do dispositivo legal, caso a ação constitucional viesse a ser julgada procedente.

A fundamentação trazida pelo requerente utilizou como base, principalmente, os argumentos de que: (a) a livre manifestação, como parte integrante da liberdade de expressão, compõe os direitos e garantias fundamentais, previstos no Art. 5º, IV, IX e XIV, da Carta Magna, além do Art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; (b) o impedimento à

manifestação caracterizaria censura, vedada pelo estado democrático de direito, na forma do Art. 220 da Constituição Federal; (c) as críticas – chamadas manifestações – contribuiriam positivamente para a segurança pública, uma vez que denunciam e revelam informações que estão sendo escondidas pela população (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Saliente-se, ainda, que o inconformismo ali contido se limitava, tão somente, à segunda parte do tipo penal ora estudado, notadamente quanto ao brocardo “criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo”, ao que pese não constar expressamente da petição inicial.

Após manifestações dos gabinetes dos ministros das Forças Armadas, bem como da Advocacia-Geral da União, a referida ação constitucional foi julgada improcedente, por unanimidade, no mês de março de 2023, e a Suprema Corte sedimentou a constitucionalidade do Art. 166 do Código Penal Militar.

Neste particular, verifica-se que conclusão similar foi obtida nos autos da ADPF nº. 353, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgada anteriormente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, cujo objeto disciplinava a penalização normativa, por transgressão disciplinar, à manifestação de apreço ou despreço a quaisquer autoridades por policiais civis do Distrito Federal e da União – Art. 43, III, da Lei Federal nº. 4.878/1965 – tendo o Tribunal mantido a coerência nos parâmetros delimitados nas ações constitucionais análogas (Supremo Tribunal Federal, 2021).

Com efeito, extrai-se trecho do voto exarado pelo Ministro Dias Toffoli, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

(...) E não é novidade que esse tão significativo direito constitucional seja, a um só tempo, resultado e condição de existência de um país democrático. No entanto, a despeito de sua imprescindibilidade, é possível que sofra restrições –

como qualquer direito fundamental –, tendo a Suprema Corte assentado, não poucas vezes, a inexistência de direitos intocáveis. (...) (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Em outras palavras, não se nega que a liberdade de expressão seja parte integrante e agrega diferentes liberdades fundamentais, porém, assim como outros incontáveis direitos e garantias constitucionais, podem ser flexibilizada, a depender do bem jurídico tutelado que esteja em vias de se preservar.

Desta feita, entendeu o plenário do Supremo Tribunal Federal que a hierarquia e a disciplina, elementos basilares da justiça castrense, prevalecem, abstratamente, sobre a liberdade de expressão, como garantias fundamentais dos militares da ativa, também sujeitos de direito no Estado Democrático. Tal conclusão foi obtida em decorrência da ponderação de valores constitucionalmente relevantes, por meio de critérios de razoabilidade no caso concreto.

Assim, segue o voto do Ministro Relator:

(...) Pode-se concluir, portanto, que restrição é, em verdade, uma ingerência que se coloca no âmbito de proteção de um direito fundamental. Ingerência essa motivada pela existência, no respectivo ordenamento jurídico, de outros valores e circunstâncias, igualmente protegidos, a serem sopesados no caso concreto (...) (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Ora, não há como negar que o militar é parte integrante da sociedade, não devendo ser excluído do contexto de participação popular, tendo dignidade e não sendo equiparado a mero instrumento da sociedade brasileira ou, tampouco seu inimigo ou antagonista (Galvão, 2022, p. 182-183).

Contudo, sabe-se também que a carreira militar é marcada por características próprias, com sacrifícios a direitos e garantias fundamentais historicamente adquiridos, tal como, a exemplo, a proibição expressa à sindicalização e à greve, na forma do Art. 142, IV, da Constituição Federal.

Neste sentido, cabe aqui a reflexão de que a abnegação constitucional a tais direitos por parte dos militares tem como objetivo também a proteção da soberania nacional e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, nos termos da missão constitucional, para que todos os demais indivíduos possam ter tais garantias renunciadas ao seu alcance.

Em outras palavras, a classe dos militares sacrifica parte de seus direitos justamente para que o Estado Democrático de Direito possa continuar a florescer.

Outrossim, tal como citado no voto elaborado pelo Ministro Relator no bojo da ADPF nº. 475, cabe aqui transcrever trecho da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário desde 25 de setembro de 1992, que assim versa:

ARTIGO 13

Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

(...)

Como se observa, mostra-se perfeitamente possível a responsabilização de agentes – no caso militares – em situações de críticas indevidas, desde que verificadas, na hipótese concreta, necessidade de proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde e moral públicas, tendo sido esse o parâmetro principiológico sopesado pelo Supremo Tribunal Federal para considerar recepcionado o dispositivo previsto no Art. 166 do Código Penal Militar.

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, verifica-se que a decisão exarada nos autos da ADPF nº. 475 não apenas reforça a constitucionalidade do Art. 166 do Código Penal Militar, mas, também, permite a inferência de outras considerações que solidificam a jurisprudência nacional quanto ao direito castrense.

Neste sentido, mostra-se correto afirmar que o direito à liberdade de expressão do militar não é absoluto, devendo ser sopesado à luz da hierarquia e da disciplina em atenção à missão constitucional exercida pelas Forças Armadas e pelas Forças Auxiliares.

Contudo, tal como elucidado no voto do Ministro Dias Toffoli, a Convenção Americana de Direitos Humanos traz relevante contribuição hermenêutica à tipificação do crime militar de publicação ou crítica indevida, devendo, inclusive, ser parte integrante do referido dispositivo, notadamente quanto ao sopesamento do bem jurídico, a ser avaliado de maneira casuística.

Por fim, a análise de violação ao bem jurídico e, subsequentemente, da necessidade de resposta penal condizente, deverá levar em conta os critérios previstos no Art. 13, 1, alíneas “a” e “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma a trazer maior segurança jurídica na análise do delito militar supracitado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Força Aérea Brasileira. *Manual de Conduta nas Mídias Sociais no Âmbito do Comando da Aeronáutica*, 2023. Disponível em: <https://www2.fab.mil.br/incaer/index.php/slideshow/770-manual-de-conduta-nas-midias-sociais-no-ambito-do-comando-da-aeronautica>, Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 2.233*, de 2022. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154400?_gl=1*1rgpgh0*_ga*MTQ1NDI5NTE0NC4xNjkxNTEyMzg3*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NTA0NDAxOS43LjAuMTY5NTA0NDAxOS4wLjAuMA. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação nº 0000111-09.2011.7.03.0103*. Relator(a): Ministro(a) LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Data de Julgamento: 10/06/2015. Data de Publicação: 13/07/2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Recurso em Sentido Estrito nº 0000022-06.2013.7.03.0203*. Relator(a): Ministro(a) Marcos Martins Torres. Data de Julgamento: 03/10/2013. Data de Publicação: 17/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 353*. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Dje 21/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 475*. Relator Ministro Dias Toffoli, Dje 13/04/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. *Apelação nº. 0001126-08.2016.9.13.0001*. Relator Juiz Sócrates Edgard dos Anjos. Data da Publicação: 21/10/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano*. 2. ed. São Paulo: Editora Objetiva, 2007.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Militar – Teoria do Crime*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2022.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar – V. Único* – 7. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.