



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS
CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO DE GOIÁS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GERENCIAMENTO DE
SEGURANÇA PÚBLICA (CEGESP)
CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS

JOSÉ ANTONIO FERREIRA DA ROCHA SILVA

**CRIMES MILITARES: PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA E A
LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO**

GOIÂNIA - GO

2015

JOSÉ ANTONIO FERREIRA DA ROCHA SILVA

**CRIMES MILITARES: PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA E A
LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO**

Artigo apresentado em cumprimento as exigências para a obtenção do título de Especialista em Gerenciamento em Segurança Pública no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Gerenciamento em Segurança Pública, da Universidade Estadual de Goiás, ministrado em parceria com o Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Goiás.

Orientadora: Msc. Mayra Caiado Paranhos

GOIÂNIA - GO

2015

RESUMO

No âmbito militar, reside certa celeuma sobre o uso da internet, no que tange à manifestação dos seus agentes. Ocorre que o Código Penal Militar (CPM), legislação que define os crimes militares, tipifica a “publicação ou crítica indevida” (art. 166), em que a conduta dos servidores militares que publicam insatisfações institucionais (crítica indevida) concorre para a sanção de pena restritiva de liberdade. Contudo, fica o questionamento se a liberdade de manifestação pode suportar tamanha restrição sem que exista fundamento constitucional para tal prática. Assim, diante da crescente utilização das redes sociais para a comunicação no Brasil e a par do modelo constitucional da liberdade de expressão, o estudo da manifestação de pensamento dos militares torna-se imperioso e atual, pois o crime da Publicação ou Crítica Indevida pode ser consumado por meio das manifestações no ciberespaço. Almejamos demonstrar, com base nos parâmetros constitucionais vigentes, a validade (ou não) do artigo 166 do Código Penal Militar, o que, portanto, classifica nossa pesquisa como qualitativa.

Palavras-chaves: Liberdade de Expressão; Publicação ou crítica indevida; Direitos Fundamentais.

LISTA DE ABREVIATURAS

AG – Agravo de instrumento
Art. - artigo
CEGESP - Curso de Especialização em Gerenciamento de Segurança Pública
CF/88 – Constituição Federal de 1988
CGI – Comitê Gestor da Internet
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
DJE –Diário de justiça eletrônico
CPM – Código Penal Militar
Dr – Doutor
FFAA – Forças Armadas
HC – Habeas Corpus
Inc. - inciso
MG – Minas Gerais
Min – Ministro
Nº - número
p. - página
PB – Paraíba
PE - Pernambuco
PM – Polícia Militar
Rel. – Relator
RN – Rio Grande do Norte
s/i – sem identificação
STF – Supremo Tribunal Federal
TJ – Tribunal de Justiça
TJM – Tribunal de Justiça Militar
v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

INTRODUÇÃO

A Internet é um importante instrumento de comunicação social. O Brasil, só no mês de dezembro de 2013, contabilizou 67 milhões de visitantes à rede, qualificando-se como o quinto país em número de usuários (GRIPA, 2014, s/i). Pesquisa desenvolvida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), com tema “Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação Domicílios” (TIC Domicílios), demonstrou que 77% dos internautas participam de redes sociais como o *Facebook* e o *Google+*. A propósito, o relatório da TIC Domicílios afirma que “a utilização de redes sociais é a atividade mais popular entre os usuários brasileiros” (2014, p. 179). Demonstra-se que a comunicação por meio das redes sociais já está integrada ao cotidiano de parcela considerável da população, das empresas e das corporações brasileiras, inclusive das organizações militares.

Sobre o uso corporativo, destaca-se o mecanismo desenvolvido pela Justiça do Trabalho na utilização do aplicativo *Whatsapp* para promoção de acordos conciliatórios¹ e também o serviço “*Zap.com PM*”, desenvolvido pela Polícia Militar do Estado da Paraíba, a partir de junho de 2015, que permite noticiar ocorrências pelo mesmo sistema digital, sem contar a gama de sites institucionais promovidos pelas corporações/empresas dos mais variados ramos de serviço.

No âmbito castrense, porém, existe certa celeuma sobre o uso da internet, no que tange à manifestação dos agentes militares, pois as declarações públicas dos integrantes das forças militares (quer estaduais quer federais) carecem de maior cautela se comparadas às de um “cidadão comum” (não militar). Ocorre que o Código Penal Militar (CPM), legislação que define os crimes militares, tipifica a conduta da “publicação ou crítica indevida” por meio do art. 166. Esse dispositivo penal compõem o capítulo que trata dos crimes considerados como Insubordinação, juntamente com os delitos de “*Recusa de obediência*”, “*Oposição à ordem de sentinela*” e “*Reunião ilícita*”. São delitos em que se tutelam a autoridade e a disciplina militar, tendo como sujeito passivo a própria Instituição (NEVES e STREIFINGER, 2012, p. 410).

A inteligência do dispositivo aduz que a conduta dos servidores militares que utilizam a rede mundial de computadores ou qualquer outro meio social para

¹ Ver: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-08/justica-trabalho-promove-acordo-entre-partes-via-whatsapp>.

declarar insatisfações institucionais (crítica indevida), concorre para a sanção de pena restritiva de liberdade. Entretanto, quando se pensa no modelo da liberdade de expressão adotado pelo ordenamento brasileiro, que, na concepção do ilustre jurista Gilmar Ferreira Mendes, é uma das garantias fundamentais mais relevantes e preciosas (MENDES, 2012, p. 251), questiona-se se realmente existe legitimidade na lei penal militar para cercear esta garantia fundamental.

Nesse sentido, diante da crescente utilização das redes sociais para a comunicação no Brasil e a par do modelo constitucional da liberdade de expressão, o estudo da manifestação de pensamento dos militares torna-se imperioso, pois o crime da Publicação ou Crítica Indevida pode ser consumado por meio das publicações dos servidores militares na rede mundial de computadores. Almejamos demonstrar, com base nos parâmetros constitucionais vigentes, a validade (ou não) do artigo 166 do Código Penal Militar, o que, portanto, classifica nossa pesquisa como qualitativa.

1 Os militares e o ciberespaço da “Arquitetura de Participação”

A Internet já nasceu para comunicação. Isso se diz porque a sua origem, em meados dos anos de 1960, está ligada à tentativa do Departamento de Defesa dos Estados Unidos de criar uma rede de computadores que ligasse pontos estratégicos de seu país, para fins de comunicação. A *Arpanet* (nome desta primeira rede) surgiu como uma estratégia comunicacional desenvolvida para fins militares (CAMPOS, 2010, p.2). Só no final da década de 80 é que a internet foi liberada para uso comercial.

Com a fase da comercialização, iniciou-se o período denominado *Web 1.0*, quando os sites eram estanques e permitiam pouca interação com o usuário. As páginas web possuíam um conteúdo específico e objetivavam o repasse da informação ao usuário, em perspectiva unidirecional.

Na contemporaneidade, observa-se que os novos sistemas incentivam, prioritariamente, o recurso da interconexão e do compartilhamento (PRIMO, 2008, p. 63-64): o usuário tem a função de contribuir para a formação do conteúdo da rede, por meio da sua opinião, crítica ou sugestão. Tim O'Reilly, em *The Architecture of Participation* (2003, s/i), denomina este atual modelo de “arquitetura de participação” (período *Web 2.0*), tendo em vista que os sites são construídos com vistas a repassar

informações e a contribuir com a participação do usuário. As “redes sociais da internet” são os sistemas desta arquitetura digital que permitem serviços de comunicação e de interação entre os indivíduos (AGUIAR, 2007, p. 1). Dois de seus grandes exemplos são o *Facebook* e o *Whatsapp*.

Por meio da interatividade, o usuário sente que pode modificar o espaço "do outro lado da tela" e a web passa a ser vista como um lugar de ampla liberdade (MURRAY *apud* SOUZA E SILVA, 2001, p. 7), ideal para concretizar o direito fundamental previsto no art. 5º, IV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) – a liberdade de manifestação.

A arquitetura de participação dá conta não só de modificações tecnológicas (da *Web 1.0* para *Web 2.0*), mas também de mudanças sociais, pois oferece às comunidades a possibilidade de contar com ferramentas que multiplicam as formas com que se gera e se distribui o conhecimento.

[...] o indivíduo desprovido de referências tradicionais sai à procura de pessoas com as quais possa compartilhar interesses em comum, ação que se repete, uma vez que é da natureza humana se relacionar socialmente. Nos últimos tempos, porém, tal prática parece ter sido intensificada com a presença das redes mundiais de computadores, que aproximam os indivíduos e possibilitam o surgimento de novas formas de relações sociais, entre as quais destacam-se as comunidades virtuais, espécie de agrupamentos humanos constituídos no ciberespaço ou no ambiente virtual. (CORRÊA, 2004, p. 2-3) (Grifo Nosso)

O ciberespaço é um lugar favorável para a circulação de informações (CORRÊA, 2004, p. 4), ou seja, um local propício para exposição de ideias. Juridicamente, poderíamos dizer que o espaço virtual representa hoje o ambiente em que a liberdade de manifestação é trabalhada em sua máxima escala.

Porém, a amplitude da liberdade dos usuários não implica dizer que a internet seja um local sem regramentos. Basta lembrar da recente promulgação da Lei nº 12.965/2014, “Marco Civil da Internet”, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. De acordo com o art. 3º da Lei, o uso da rede de computadores tem por princípio a liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento, nos parâmetros asseguradas pela CF/88 a essas garantias.

Com efeito, aos militares, além da submissão às normatizações comuns a todos os usuários, deve-se a atenção para o regramento da lei penal especial.

Não bastassem as privações na vida “real” – exigência física, prática de serviços insalubres, submissão aos preceitos da hierarquia e da disciplina, etc. –, no ciberespaço os militares também sofreriam privações além daquelas aplicadas aos cidadãos comuns. E, mesmo que a rede mundial de computadores indique a necessidade da participação dos usuários na formação de seu conteúdo e que o ambiente virtual propicie a liberdade de manifestação em sua máxima escala, esses servidores não poderiam declarar insatisfações contra o sistema castrense, sob a ameaça de restar configurado um crime militar.

O dissenso entre o atual modelo da rede mundial de computadores e as barreiras impostas às declarações dos servidores militares resgatou o debate sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos do CPM, especialmente quanto ao art. 166, que, ao que tudo indica, visa embargar a liberdade desses agentes. Corrente que se manifesta pela inconstitucionalidade do dispositivo diz que:

Pior do que reprimir essa liberdade é reprimi-la com a ameaça da perda da própria liberdade de ir e vir. Não se quer apenas calar, mas também impedir o direito de ir e vir daquele profissional que se sentiu prejudicado por ato de superior ou de governo, não importando se essa manifestação, a princípio, era devida ou indevida. Lembremos que a liberdade de expressão não carece, como visto anteriormente, de ser verdadeira, bastando a simples impressão pessoal de prejuízo para justificar essa capacidade humana. Logicamente que as manifestações ilegais de conteúdo doloso explícito, desonrosas, não impedem que os ofendidos e as autoridades militares e judiciárias competentes adotem as providências necessárias para fazer cessar a conduta. (MEDEIROS, 2012, s/i).

Nessa direção, o art. 166 caducaria por vício inconstitucionalidade, porque se a liberdade de expressão possui respaldo constitucional, somente a própria Carta poderia prever suas restrições.

Ante o questionamento sobre a constitucionalidade do dispositivo, passamos a perquirir os meandros constitucionais da liberdade de expressão e da publicação ou crítica indevida.

2 Restrições às garantias fundamentais e ponderação de princípios

Uma rápida e desatenta leitura da CF/88 pode alimentar o pensamento de que a inserção de direitos fundamentais na Carta Maior do Estado significa a consagração de valores absolutos, isto é, de direitos irrestritos e soberanos. Nesses

moldes, por exemplo, a liberdade de expressão serviria aos indivíduos como um púlpito para divulgação de ideias políticas, filosóficas e/ou culturais, no tempo, no lugar e do modo conveniente ao seu autor, sem possibilidade de eleição de qualquer parâmetro impeditivo ou regulador por parte do Estado.

No entanto, esta não foi a diretriz de nosso constituinte, pois verifica-se no próprio texto constitucional imposições de tangentes aos direitos e garantias fundamentais, bem como reside em nosso ordenamento a máxima de que não há direito ou garantia absolutos (sem exceções).

Sobre a existência das restrições, anota Mendes (2012, s/i) que:

Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata).

A condição *sine qua non* para admissão de restrição às garantias e direitos fundamentais é o permissivo constitucional.

Analisando a liberdade de manifestação, de fato o constituinte de 1988 a concebeu de forma bastante ampla: assegurou a formação dos juízos e de opiniões individuais, como também defendeu a possibilidade de manifestação destas concepções, sem que por conta delas seja aplicada qualquer tipo de perseguição ou de punição. Contudo, malgrado ampla, a liberdade não é irrestrita. No próprio texto da CF/88 verifica-se um limite ao seu exercício, qual seja, a vedação ao anonimato. Vejamos: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*” – art. 5º, inciso IV, da CF/88. Logo, a vedação ao anonimato constitui uma restrição imediata à livre manifestação.

Se se considerar a “Publicação ou Crítica indevida” como cláusula restritiva a essa liberdade, ou seja, se se considerar que o dispositivo do CPM presta-se a limitar aquela garantia fundamental, há de se concluir pela flagrante inconstitucionalidade do artigo, posto não haver respaldo na Carta Maior.

Nesta argumentação, salvo melhor juízo, é impróprio suscitar o caráter da posição de particular intimidade dos militares em relação à Administração, com a intenção de defender que as relações especiais de sujeição são exculpantes para qualquer sorte de restrição de direitos (*v. g.*, afirmar que, porque os militares estão sujeitos à um regime especial de tratamento, a sua liberdade de manifestação também

poderá ser mitigada em qualquer medida). As relações especiais de sujeição denotam o regime jurídico peculiar que circunda a vida militar, já que, em razão da função que exercem, muitos direitos fundamentais não foram concedidos aos militares – greve, sindicalização, filiação partidária –, porém toda restrição sempre encontra expressa autorização da CF/88. Não havendo consignação restritiva na CF/88, restará inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, analisando a garantia da individualização da pena, pacificou o entendimento de que, mesmo quanto aos militares, a quem importantes direitos individuais não foram ofertados, toda e qualquer restrição de direito ou de garantia fundamental deve ter respaldo constitucional expresso:

Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, **de ordinário, a CF de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente**. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei’. Nova amostragem está no preceito de que ‘não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares’ (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142)”. (HC 104.174, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-3-2011, Segunda Turma, DJE de 18-5-2011). (Grifo Nosso)

A regra é que sempre que a Lei Maior quis fazer objeção ao gozo de direitos e garantias, fez expressamente – de maneira mediata ou imediata. Por conseguinte, se o art. 166 do CPM for uma tentativa de restrição à livre manifestação de pensamento sem a devida fundamentação, estará caduco por vício de inconstitucionalidade.

Ademais, temos também a questão da ponderação de princípios – lembrando que, no presente artigo, entendemos que assim se comportam os nossos direitos fundamentais.

Princípios são “mandamentos de otimização”, isto é, são normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes (ALEXY *apud* MARINONI, 2012, p. 48).

A contemporânea sistemática de interpretação do Direito (neoconstitucionalismo) defende que os princípios não são simples instrumentos para

completar as lacunas da lei, são normas, que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados.

Cada princípio possui um conteúdo próprio, o qual deve ser analisado para o seu efetivo alcance no seio social. A liberdade de expressão, *v. g.*, não comporta em seu conteúdo a possibilidade da manifestação dos discursos de ódio. Sucede que os discursos de ódio são manifestações de índole discriminatória que maculam dignidade de terceiros ou de grupos. Portanto, em sendo essa garantia forjada pelo corolário da dignidade humana, entende-se que o discurso de ódio é defeso em nosso ordenamento².

A par dos conteúdos a que servem, somente após a visualização dos casos concretos é que se terá informações suficientes para compor o gozo do direito individual. No Estado Brasileiro, todos os direitos e garantias fundamentais convivem harmoniosamente entre si e com outros interesses públicos, e só em casos concretos, por meio dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, fica admitida alguma prevalência entre eles³. A ponderação dos princípios é o mecanismo de solução para a aparente situação de conflito.

Neste viés, se se pensar que o bem jurídico protegido pelo crime da “Publicação ou Crítica indevida” é a hierarquia e a disciplina, haveríamos de concluir pela constitucionalidade do dispositivo, ressalvando apenas a que situações ele é aplicável.

A CF/88, aliás, é raiz da existencial da disciplina e da hierarquia militar. Em todo texto da Carta, são feitas duas citações a esses princípios, uma referente às forças auxiliares (art. 42) e outra para as FFAA (art. 142). A hierarquia é a relação de distribuição escalonada em postos e graduações (soldado, cabo, etc.) e nada tem com o conceito de disciplina, a qual possui significado dúplice: disciplina é o pronto atendimento às ordens recebidas, bem como é a competência delegada ao superior de reprimir e corrigir as infrações de seus subordinados. Disciplina e hierarquia são princípios constitucionais, que se comportam como os principais mandamentos de

² Ver: AGRADO DE INSTRUMENTO – AG 201400001010430 – Desembargador Federal REIS FRIEDE – E-DJF2R – Data:16/09/2014 – CNJ: 0101043-94.2014.4.02.0000.

³ Nesse sentido, o HC 93250, da 2ª Turma do STF, Relatoria da Ministra Ellen Grace, de 10.06.2008, afirma: “Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa”.

otimização para a compreensão do sistema castrense⁴, tanto na ordem federal quanto na estadual.

Pelo exposto, resta formado o seguinte panorama: a) Ou o art. 166 do CPM é uma vedação à liberdade de manifestação dos militares, sem que exista respaldo constitucional que o fundamente (inconstitucionalidade); b) Ou o art. 166 do CPM estratifica uma das expressões da hierarquia e da disciplina, cabendo o estudo de quais condutas ele pretende afastar a prática (constitucionalidade).

Seguimos, então, para a caracterização jurídica do delito, pois, como vimos, a avaliação da constitucionalidade do art. 166 do CPM requer o descobrimento de sua natureza.

3 Caracterização jurídica do crime de “Publicação ou crítica indevida”

Como visto, para avaliar as nuances constitucionais do tema, a qual é a *vexata quaestio* deste artigo, importa-nos descrever as concepções jurídicas da “publicação ou crítica indevida”, com vistas ao esclarecimento ao leitor a que condutas este tipo penal incriminador faz referência. Vejamos:

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.

Trata-se de crime que só pode ser cometido por militar e de caráter subsidiário, isto é, aplicável apenas se os fatos não indicam a consumação de outros delitos mais gravosos (por exemplo, caso a publicação almeje desprestigiar a autoridade do superior hierárquico, restaria caracterizado o “Desacato”, art. 298 do CPM). Tem natureza dolosa, sem previsão para a forma culposa. A referência ao assemelhado deve ser desconsiderada, pois esta figura foi excluída com a nova ordem constitucional, já que os servidores civis empregados nas instituições militares ficam sob a égide de legislação própria, independente da disciplina militar.

⁴ Por força da expressão latina “jus castrensis romanorum” (expressão romana que designava a justiça militar praticada nos acampamentos), o vernáculo “castrense” é doutrinariamente utilizado em sinonímia à palavra “militar”.

A “Publicação ou crítica indevida” está inserida no capítulo “Da Insubordinação” (Capítulo V, do Título II, do CPM) e tem por objeto jurídico a proteção da disciplina e da autoridade Militar.

Não se trata de crime contra honra e em nada se assemelha ao art. 219 do mesmo *códex*. A este último dispositivo referenciado subsume-se a conduta de propalar fatos inverídicos, aptos a abalar o crédito das Forças Armadas. Nele se tutela a honra objetiva daquelas instituições (NUCCI, 2013, p. 296) e, segundo jurisprudência, a expressão nominal “forças armadas” não comporta a significação de maior extensão para ali compreender também as forças auxiliares como sujeito passivo (TJM/MG – Recurso em sentido estrito 174 – Rel. juiz Dr. José Joaquim Benfica – julgado em 14/12/1993). Ademais, a vista de não ser crime contra honra, o art. 166 não se aproxima da exclusão de pena proposta no art. 220, inc. III do CPM.

O art. 166 possui dois núcleos bem distintos: um relativo à “Publicação” outro à “Crítica”.

Publicar é dar conhecimento a terceiros, é tornar um fato/ato público e notório. Este núcleo protege os atos e os documentos oficiais que só poderiam chegar ao conhecimento de público após a chancela de autoridade competente. Aqui, o bem jurídico especialmente tutelado é a disciplina militar, a qual prevê que a conduta do subordinado, exceto em situação excepcional, tem que estar abrigada pela ordem ou autorização do superior, com vistas à manutenção do sistema hierárquico-disciplinar.

Quanto à Crítica, diz-se que é o julgamento, em maior ou menor profundidade, manifesto por meio de um juízo de censura ou de opinião desfavorável. É essencial, para fins da configuração delitativa, que esta análise/apreciação seja externada pelo seu autor. Ademais, está relacionada apenas a “ato de seu superior ou a assunto atinente à disciplina militar ou resoluções do Governo”, nos termos que demonstramos a seguir.

“Ato de superior” é expressão de sentido amplo. Para Assis (2008, p. 345), abarca, inclusive, ações da vida privada do superior hierárquico. Porém, ao nosso sentir, limita-se às condutas intramuros, pois a exposição de vida privada tem natureza de crime contra a honra.

A “disciplina militar” é a pedra de toque que caracteriza o sistema castrense por meio da hierarquia e da disciplina. De acordo com Silva (2015, p. 34-35), temos:

(...) o lastro hierárquico-disciplinar representa a “função/finalidade e inspiração determinadas” para estabelecer as regras das organizações. A essência das instituições é, em verdade, a missão constitucional a elas empenhadas: as forças auxiliares, a segurança pública; as forças armadas a defesa da pátria. O contrário, ou seja, ter a disciplina e a hierarquia como foco, é acreditar que, para um soldado, é mais valioso seguir os ditames legais da hierarquia e da disciplina, do que a execução do seu trabalho de salvar vidas, garantir e manter a ordem, etc.

Quanto ao impedimento de manifestação de opinião desfavorável às resoluções de Governo, primeiramente, deve ser observado em que esfera de autoridade o agente encontra-se inserido, pois enquanto os militares federais estão subjugados ao poder do Presidente da República, os policiais e bombeiros militares subordinam-se aos Chefes do Executivo local. É o que se pode interpretar da disposição Constitucional:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, **sob a autoridade suprema do Presidente da República**, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (Grifos nossos)

E, para os estaduais, em:

Art. 144 (...) § 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**. (Grifos nossos)

Deste modo, sabendo que o capítulo “Da Insubordinação” cuida da autoridade militar, não poderia o ordenamento, portanto, olvidar de proteger os “comandantes máximos” das instituições castrenses – Presidente ou Governador. Neste ponto, grifa-se ainda que a intenção do núcleo “crítica” não tem por objetivo acastelar o Chefe do Executivo nas suas manifestações políticas, mas sim, e tão-somente, nas medidas tomadas para governabilidade do Estado (resolução de Governo). Por exemplo, as censuras lançadas por um policial à candidatura de reeleição do seu governador é fato atípico em relação ao art. 166 do CPM, pois assim sendo o chefe do executivo atua apenas como um agente político.

Quanto à consumação, o delito *sub oculis* pode ser perpetrado de várias modos: exposição em painéis ou murais; leitura ou aviso em público; e-mails; etc. Nos

últimos anos, tem sido evidenciado a consumação mediante publicação nas mídias sociais de comunicação. Ocorre que ambiente das redes digitais propícia aos seus usuários liberdade de manifestação de opiniões, de seus gostos, sabores e/ou dissabores, nos mais variados assuntos e alguns militares, acreditando que fazem uso da garantia da livre manifestação do pensamento, vêm utilizando desses espaços sociais para demonstrar sua insatisfação quanto aos costumes do sistema hierárquico-disciplinar.

Outrossim, embora não sejam o objeto de nosso estudos, é importante frisar que nos regulamentos disciplinares há previsão de transgressões disciplinares regradora das manifestações públicas dos servidores militares. No estado da Paraíba⁵, utilizando-nos de recente solução de sindicância instaurada para averiguar o conteúdo das publicação de um bombeiro militar no sistema do *Facebook* (Processo nº 0005220-71.2015.815.2002 – TJPB/Auditoria Militar), enaltecemos as seguintes transgressões disciplinares aplicáveis:

083 – Desconsiderar ou desrespeitar a autoridade civil. (...) 095 – Censurar ato de superior ou procurar desconsiderá-lo. (...) 099 – Ofender a moral por atos, gestos ou palavras. (...) 101 – Discutir ou provocar discussões, por qualquer veículo de comunicação, sobre assuntos políticos, militares, ou policiais-militares, excetuando-se os de natureza exclusivamente técnica, quando devidamente autorizados.

Retornando à caracterização jurídica do delito, a par do exposto, percebe-se que, quanto ao enfrentamento de sua constitucionalidade, importa-nos perquirir apenas o núcleo relativo à crítica, pois o núcleo publicação nitidamente se debruça sobre o dever de cuidado, relativo aos agentes administrativos, de resguardar as informações até o momento oportuno de divulgação. É só no núcleo crítica que de fato poderia haver alguma mácula à liberdade de manifestação. Destarte, passamos a nos referir apenas ao instituto da “crítica indevida” do CPM.

E, diante do fator de que o objeto jurídico da crítica indevida é a tutela da disciplina e da autoridade Militar, salvo melhor juízo, resta certo que o delito em testilha não tem natureza de restrição à direito fundamental, mas de proteção.

⁵ É importante frisar que, quanto aos Regulamentos que tratam de transgressões disciplinares, cada unidade federativa possui um regime disciplinar próprio. Em alguns estados, a exemplo de Minas Gerais, fala-se em Código de Ética.

Sucedem que o tipo da crítica indevida funciona como uma proteção à autoridade militar, daí a razão da sua inserção em capítulo que trata dos crimes da Insubordinação. Por conseguinte, é tipo penal incriminador que vislumbra a proteção da hierarquia e da disciplina. Tanto é que, conforme demonstrado acima, apenas pode ser considerada indevida aquela crítica lançada dentro do sistema ao qual pertença o servidor militar. Ora, não se caracteriza a insubordinação na conduta do soldado de polícia que julga impróprio o comportamento de um oficial das forças armadas por questões lógicas e jurídicas: o policial não é subordinado ao militar das forças armadas, tampouco existe previsão legal incriminadora da conduta.

A justificativa para a proteção da hierarquia e da disciplina pela crítica indevida depende da observação do ordenamento como um sistema. Em sendo esses princípios constitucionais as espinhas do direito castrense, a necessidade da sua proteção se torna indubitável. O lastro hierárquico-disciplinar jamais sobreviveria caso fosse permitido a insurgência e irreverência do subordinado contra o seu superior. O ordenamento estaria a legitimar a existência de uma grande contradição em seu sistema, pois de um lado se legitimaria a submissão dos agentes à hierarquia e disciplina, mas, por outro, se alimentaria a rebelião dos subordinados.

Por conta disso, assim se manifestou o Superior Tribunal Militar sobre o delito em testilha:

A tipicidade requer seja demonstrada a intenção de romper os laços de sujeição e obediência à hierarquia e disciplina. [...] A crítica feita publicamente, por militar, de atos de superiores ou do governo é indisciplina, por que **as Forças Armadas são essencialmente obedientes e fiéis à autoridade.** Trata-se de espécie mais grave de insubordinação e de indisciplina, não podendo o militar [...] desconhecer essa proibição como ordenamento militar administrativo e subsequente penal, sendo assim, crime necessariamente doloso. (BRASIL, 2013, p. 5) (Grifos Nossos)

Percebe-se que, afastada a ideia da crítica indevida como uma restrição à garantia fundamental da liberdade de manifestação, fica a certeza da sua caracterização como uma das formas da concretização dos direitos fundamentais da hierarquia e da disciplina e, assim sendo, apenas o caso concreto poderá informar da os moldes de sua aplicação.

Neste ponto, diante do pronunciamento da Corte Suprema no ano de 2013 sobre a configuração do art. 166 do CPM, passamos a analisar os principais ensinamentos trazidos na decisão.

4 *Habeas Corpus* 106.808/RN – STF

Analisando o pedido de Habeas Corpus supracitado, a segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, 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 (DJe-076, Publicação em 24/04/2013).

Tratava-se de ação penal cuja denúncia imputava ao réu as práticas do crime de incitamento (art. 155 do CPM) e de publicação ou crítica indevida (art. 166 do CPM). O Pretório Excelso considerou, em suma, que o fato narrado na denúncia não constituía crime e que, portanto, a exordial acusatória não deveria ser recebida a teor do art. 78 do Código de Processo Penal Militar.

No que diz respeito ao delito do art. 166 do CPM, avaliou que:

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. (Grifo Nosso)

O STF considerou que, somente restaria configurado o delito do art. 166 no núcleo crítica indevida, caso a conduta se dirigisse a uma prática específica da corporação militar. Conforme afirmamos ao enfrentar suas características jurídicas, o art. 166, estando inserido no capítulo da Insubordinação, não materializa uma medida restritiva de liberdade, mas sim uma defesa da estrutura hierárquico-disciplinar em que o servidor está inserido. Conseqüentemente, para sua configuração deve haver a intenção de confrontar ações específicas do sistema, com o *animus* de menosprezar e enfraquecer a disciplina e a autoridade, incluindo a irreverência às resoluções do chefe do executivo.

Com clarividência, o julgado demonstra que a liberdade de expressão dos agentes militares em nada é afetada com o delito em testilha, pois a possibilidade de avaliar os desmandos da esfera militar permanece viável, a saber que “quem critica o autoritarismo não está a criticar a disciplina” e que jamais um tipo penal poderia “proibir o que o Direito ordena nem o que ele fomenta” (BRASIL, 2013, p. 6).

Por conseguinte, as teses lançadas pela Corte Suprema Brasileira no *Habeas Corpus* em análise concorrem para a argumentação da constitucionalidade do art. 166 do Código Penal Militar, com a ressalva de que o artigo contém uma via de consumação bastante estreita. O tipo penal é pertinente enquanto prática da defesa à disciplina militar.

CONCLUSÃO

No item dois do presente artigo, apresentamos que a avaliação da constitucionalidade do art. 166 do Código Penal Militar depende essencialmente de como se comporta a sua natureza, a saber que: a) Ou o art. 166 do CPM é uma vedação à liberdade de manifestação dos militares, sem que exista respaldo constitucional que o fundamente (inconstitucionalidade); b) Ou o art. 166 do CPM estratifica uma das expressões da hierarquia e da disciplina, cabendo o estudo de quais condutas ele pretende afastar a prática (constitucionalidade).

Diante das razões apresentadas ao longo do texto, em especial, as que constam no precedente do Guardião de nossa Constituição (*Habeas Corpus* 106.808/RN – STF), conclui-se que a liberdade de expressão dos militares está resguarda em toda sua magnitude, pois inexistente a intenção restringir essa garantia. O tipo penal do CPM fundamenta-se na proteção da estrutura hierárquico-disciplinar das organizações militares, as quais, por força da ordem constitucional, são organizadas com base na hierarquia e na disciplina.

Como o ordenamento é um sistema harmônico, jamais poderia permitir que, de um lado houvesse razão para a submissão dos comandados e, do outro, combustível para inflamar a rebeldia e a insurgência.

Por isso, a configuração do delito do art. 166 é estreita: cuida apenas das críticas lançadas contra ações das autoridades a quem o servidor se submete. O militar, ser humano que é, é livre para não estar satisfeito com o ambiente no qual está inserido e assim sendo, manifestar sua insatisfação, desde que não agrida os pilares da hierarquia e da disciplina.

As redes sociais comportam-se como espaços democráticos de fomento à exteriorização do pensamento e à exposição de ideias, não havendo impedimento à participação dos militares na rede. Atenta-se, porém, que a hierarquia e a disciplina

são princípios de ordem constitucional, assim como também o é a liberdade de manifestação. Quanto à “publicação ou crítica indevida”, a proporcionalidade e a razoabilidade indicam que, nas críticas dirigidas ao superior ou a assunto atinente à disciplina militar ou a qualquer resolução do Governo, haverá a primazia daqueles princípios do sistema militar.

Por todo exposto, assentimos que, com base nas argumentações trazidas à baila, a constitucionalidade do art. 166 é cristalina. Cabe aos militares usuários da rede mundial de computadores atentar para não agressão dos mandamentos da hierarquia e da disciplina, sem que para tanto precisem se despir da garantia à livre manifestação de seus pensamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge César. **Comentários ao Código Penal Militar**. 6ª edição. Curitiba: Juruá, 2008.

AGUIAR, Sonia. Redes sociais na internet. Desafios à pesquisa. In: **Anais do XXX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação: Santos, 2007, p. 1-15.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 04 de abr. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. [online]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. **Superior Tribunal Militar**. Habeas Corpus nº 72-43.2013.7.00.0000 - RJ, Data da Publicação: 05/03/2015, tendo como Relator o Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Disponível em: <http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/171694753/habeas-corpus-hc-2237220147000000-rj>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. APELAÇÃO HABEAS CORPUS 106.808 RIO GRANDE DO NORTE, Data da Publicação: 09/04/2013. Relator: Gilmar ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 mar. 2015.

CAMPOS, Aline de. Arquitetura da participação, construção de conhecimentos e ecologia cognitiva na web 2.0. In: AMARAL, Adriana; et al. (Org.). Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação 2010: **Perspectivas da Pesquisa em Comunicação Digital**. São Paulo - SP: INTERCOM, 2010.

CETIC.BR. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil [livro eletrônico]: **TIC Domicílios e Empresas 2013**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2014. Disponível em: [http://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC DOM EMP 2013 livro eletronico.pdf](http://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_DOM_EMP_2013_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 04 de maio 2015.

CORRÊA, Cynthia Harumy Watanabe. **Comunidades Virtuais Gerando Identidades na Sociedade em Rede**. Ciberlegenda (UFF), Rio de Janeiro/RJ, Brasil, v. n.13, p. 1-17, 2004.

GRIPA, Marcelo. Brasil supera Rússia e se torna 5º país com mais usuários de internet [online]. Olhar Digital. Disponível em: <http://olhardigital.uol.com.br/noticia/brasil-supera-russia-e-se-torna-5-pais-com-mais-usuarios-de-internet/40022>. Acesso em: 26 de abr. 2015.

MEDEIROS, Paulo Roberto de. Delito penal militar de publicação ou crítica indevida: liberdade de expressão e de informação no STF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3150. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21094>. Acesso em: 25 de abr. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)**. 4. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

O'REILLY, T. **The Architecture of Participation**. O'Reilly Developer Weblogs. Disponível em: http://archive.oreilly.com/pub/a/oreilly/tim/articles/architecture_of_participation.html. Acesso em: 15 de abr. 2015.

PARAÍBA. **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba**. Processo nº 0005220-71.2015.815.2002 – Auditoria Militar.

_____. Decreto nº 8.962/81. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba** [online]. Disponível em: < http://www.pm.pb.gov.br/download/Decreto_8962-1981_Regulamento_Disciplinar_da_PMPB.pdf >. Acesso em: 17 jun 2015.

PRIMO, A. Ensaio: fases do desenvolvimento tecnológico e suas implicações as formas de ser, conhecer, comunicar e produzir em sociedade. *In* PRETTO, N. L.; SILVEIRA, S. A., (orgs.) **Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder**. [online]. Salvador: EDUFBA, 2008. p 51-68. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso: 03 de maio 2015.

SILVA, José Antonio Ferreira da Rocha Silva. **A constituição e os agentes de segurança pública: a relação entre os direitos fundamentais e os militares estaduais**. João Pessoa, 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em

Direitos Humanos e Segurança Pública). Universidade Federal da Paraíba. 2015. 55 p.

SOUZA E SILVA, Adriana de. **Interface, conexão, liberdade**: construindo e imaginando espaços — na rede digital. In: Anais do Intercom – XXIV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Campo Grande, 2001.