

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo então **Partido Social Liberal**, tendo como objeto o **art. 166 do Decreto-Lei nº186; 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar)**, o qual proíbe a manifestação pública do militar sobre “ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo”.

Eis o teor da norma questionada:

“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”.

Discute-se na presente arguição se houve recepção do aludido dispositivo pela ordem constitucional vigente, utilizando-se como parâmetro a garantia fundamental da liberdade de expressão.

De antemão, **afasto a preliminar suscitada pela d. PGR** quanto à alegada necessidade de se solicitar informações ao Congresso Nacional, “na qualidade de autoridade responsável pela elaboração da norma” (fl. 3, eDoc. 24), porquanto o **Código Penal Militar (Decreto-Lei nº186; 1.001, de 21 de outubro de 1969) foi decretado pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar**, no uso das atribuições que lhes foram conferidas pelo art. 3º186; do Ato Institucional nº186; 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o §167; 1º176; do art. 2º176; do Ato Institucional nº 176; 5, de 13 de dezembro de 1968.

Sem me estender, destaco que o Ato Institucional nº186; 5 (AI-5), **em um período excepcional da história brasileira**, dotou o Poder Executivo, então concentrado em mãos militares, de poderes amplos.

A propósito, lembram **Streifiger e Neves** que

“[especificamente] no §167; 1º186; do art. 2º186; do referido ato institucional havia previsão de que, uma vez decretado o recesso do Poder Legislativo, pelo Presidente da república, passaria o Poder Executivo a exercer a função legislativa. Por força do Ato Complementar nº186; 38, tal recesso foi efetivamente decretado, operando-se, então, uma situação de exceção” (NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar* . v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11) .

In casu , as informações acostadas aos autos foram devidamente prestadas pelas Forças Armadas, pelo que considero plenamente atendida a exigência prevista no art. 6º186; da Lei nº186; 9.882/1999.

Ainda em sede preliminar, **reconheço a legitimidade ativa** do partido requerente (PSL), atualmente denominado União Brasil, dada sua representação no Congresso Nacional à época da propositura da presente arguição (art. 2º186;; VIII, da Lei nº186; 9.868/99 c/c art. 2º186;; I, da Lei nº186; 9.882/99).

Outrossim, verifico que **a presente arguição tem por objeto dispositivo legal anterior à Constituição Federal vigente** , o qual não poderia, validamente, ser impugnado em sede de ação direta de inconstitucionalidade, **estando satisfeito, portanto, o requisito da subsidiariedade** (art. 4º186;; §167; 1º186;; da Lei nº186; 9.882/99).

No mesmo sentido caminha a jurisprudência da Corte, conforme se infere dos seguintes precedentes:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 12 DA LEI ORGÂNICA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP ALTERADO PELA EMENDA N. 34/2005. REDUÇÃO DO NÚMERO DE VEREADORES NO MUNICÍPIO. NORMA ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 58/2009, PELA QUAL SE ALTEROU O INC. IV DO ART. 29 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CABIMENTO CUMPRIDOS. RECEPÇÃO DA NORMA IMPUGNADA. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL JULGADA IMPROCEDENTE. 1. **A arguição de descumprimento de preceito fundamental permite a análise de constitucionalidade de normas legais de caráter pré-constitucional por revelar-se insuscetível de conhecimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes** . 2. Na Emenda Constitucional n. 58/2009, pela qual se alterou o inc. IV do art. 29 da Constituição da República, não se impôs a obrigatoriedade na fixação do número de cadeiras de vereadores no patamar máximo estabelecido, em observância à proporcionalidade, autonomia municipal e isonomia.

Precedentes. (ADPF nº186; 364, Rel(a) Min(a) **Cármem Lúcia** , Tribunal Pleno, DJe de 27/9/19 – grifos nossos).

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DE DISPOSITIVOS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988. CABIMENTO. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental requerendo que seja dada interpretação conforme à Constituição ao art. 4º186; do Decreto-lei nº186; 8.621/1946 e ao art. 3º186; do Decreto-lei nº186; 9.853/1946, para que, sem efeito retroativo, se reconheça a destinação à Confederação Nacional de Serviços - CNS dos valores das contribuições recolhidas ao Serviço Social do Comércio - SESC e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC pelos prestadores de serviços associados. 2. **ADPF cujo objeto são atos normativos anteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988. Atendimento do princípio da subsidiariedade (art. 4º186,, §167; 1º186,, da Lei nº186; 9.882/1999). Cabimento** . 3. Invocação, como parâmetros de controle, do princípio da isonomia (art. 5º186,, caput, da CF) e da liberdade sindical (art. 8º186; da CF). Caracterização desses dispositivos constitucionais como preceitos fundamentais, viabilizando a propositura de ADPF. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconhecer o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e permitir-lhe o seguimento. (ADPF nº186; 322-AgR, Rel. Min. **Marco Aurélio** , Tribunal Pleno, DJe de 10/11/20 – grifos nossos).

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Arts. 7º186,, II, e 8º186,, §167; 1º186,, I e II, da Lei Complementar 539, de 26 de maio de 1988, do Estado de São Paulo. 3. Provimento de serventias extrajudiciais. Cargo inicial da carreira e concurso de remoção. 4. **Legislação anterior à Constituição de 1988. 5. ADPF é o instrumento adequado para o objetivo buscado** . Vício na representação processual sanado. 6. Arguição de descumprimento conhecida. 7. Limite de idade para inscrição em concurso público. Inexistência de lei restritiva e de justificativa em razão do cargo. Inconstitucionalidade. Precedentes. 8. Limitada a participação de concurso de remoção (acesso) aos serventuários titulares do Estado de SP. Possibilidade. Norma constitucional estabelece apenas tempo mínimo no cargo inicial de 2 anos, deixando ao legislador estadual a regulamentação do concurso de remoção. Regulamentação do CNJ admite a possibilidade de limitação territorial para o concurso de remoção. 9. Concurso de remoção por serventário ou escrevente não concursado. Inconstitucionalidade. Violação à regra do concurso público. Provimento de cargo por concurso de remoção restrito aos que já estiverem exercendo a titularidade de outra delegação, de notas ou de registro. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada parcialmente procedente para declarar a não recepção dos arts. 7º186,, inciso II; e 8º186,, §167; 1º186,, inciso II, da Lei Complementar 539, de 26 de maio de 1988, do Estado de

São Paulo. (ADPF nº186; 305, Rel. Min. **Gilmar Mendes** , Tribunal Pleno, DJe de 29 /7/21 – grifos nossos).

Afastada a preliminar suscitada e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, **passo ao exame do mérito** .

Como dito, a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos consiste em aferir se as restrições impostas aos militares pelo art. 166 do Código Penal Militar descumprem (ou não) o preceito fundamental da liberdade de expressão consagrado pela Constituição Cidadã.

Ao examinar a ADPF nº186; 734/PE, em que se discutia Lei do Estado do Pernambuco que, dispondo sobre o regime jurídico dos policiais civis daquele estado, considerou configurar transgressão militar as condutas de “promover ou participar de manifestações de apreço ou despreço a quaisquer autoridades” e de “manifestar-se ou participar de manifestações contra atos da Administração Pública em geral”, **parti da premissa de que a liberdade de expressão agrega diferentes liberdades fundamentais**.

Como explicam o e. Ministro e Professor **Gilmar Ferreira Mendes** e **Paulo Gustavo Gonet Branco** , em obra doutrinária,

“incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações, de críticas, que podem assumir modalidade não verbal (comportamental, musical, por imagem etc.). O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, não obstante todas terem amparo na Lei Maior.

(...)

A garantia da liberdade de expressão tutela (...) toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’” (*Curso de Direito Constitucional* . 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 272/273).

Advertem os referidos autores, outrossim, que “a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura” (*Curso de Direito Constitucional* . 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 273).

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.

Primeiramente, para bem delinear os fundamentos a seguir expostos, e considerando a proeminência da temática de fundo, entendo por bem ressaltar algumas concepções teóricas sobre o sensível campo da restrição a direitos fundamentais.

Para **Jorge Reis Novais**, as restrições são:

“acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental” (*As restrições aos Direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* . 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 247).

Complementando, ensina-nos **José Gomes Canotilho** que

“quando se alude a restringibilidade procura-se salientar a susceptibilidade de um direito ser alvo de restrições. E a resposta mais corrente é a de que **todos os direitos (quase sem excepções) são susceptíveis de restrição, mesmo quando, como se explicará nos desenvolvimentos subsequentes, não existe qualquer autorização expressa no texto constitucional** ” (*Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira. Sobre restringibilidade e restrição de direitos fundamentais: nota sobre questionamentos recentes* . São Paulo: Método, 2014, p. 902)(grifos nossos) .

Prelecionam também, de modo esclarecedor, o eminente Ministro e Professor **Gilmar Ferreira Mendes** e **Paulo Gustavo Gonet Branco** :

“ **A ideia de restrições a direitos suscita o problema relativo à possibilidade lógica de estabelecimento de tais restrições** . Friedrich Klein chega a afirmar que, segundo as leis da lógica, não pode existir restrição a direito fundamental, mas, tão somente, um conceito dela.

Não há dúvida de que a ideia de restrição leva, aparentemente, à identificação de duas situações distintas: o direito e a restrição.

Se direito fundamental e restrição são duas categorias que se deixam distinguir lógica e juridicamente, então existe, a princípio, um direito não limitado, que, com a imposição de restrições, converte-se num direito limitado (ingeschriinktes Recht).

Essa teoria, chamada de teoria externa (Aussentheorie), admite que **entre a ideia de direito e a ideia de restrição inexistem uma relação necessária. Essa relação seria estabelecida pela necessidade de compatibilização concreta entre os diversos tipos de direitos fundamentais** ” (*Curso de Direito Constitucional* . 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 202)(grifos nossos) .

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.

Como já fiz constar no voto da ADI nº186; 5.852/MS, e aqui reitero, **não há direitos constitucionais absolutos. Devem todos eles ser compreendidos dentro do sistema normativo-constitucional vigente, de modo a que se lhes confira a máxima efetividade sem se olvidar da coerência que o sistema impõe .**

Com efeito, a própria Constituição Federal, seja por normas explícitas, seja por seu arcabouço principiológico, estabelece como e quando pode haver alguma limitação no exercício dos direitos fundamentais.

A esse respeito, colho trecho do voto do Ministro **Ricardo Lewandowski** proferido no julgamento da ADI nº186; 1.969/DF, de sua relatoria, em que clarifica, a partir das preciosas lições de **J. J. Gomes Canotilho** , a maneira como os direitos fundamentais podem encontrar alguma restrição:

“Canotilho, nesse sentido, ensina que a compreensão da problemática das restrições de direitos e garantias fundamentais exige uma ‘sistemática de limites’, classificando-os de acordo com a seguinte tipologia: a) restrições constitucionais diretas ou imediatas, que são aquelas traçadas pelas próprias normas constitucionais; b) restrições estabelecidas por lei mediante expressa autorização da constituição; e c) **restrições da resolução de conflitos entre direitos contrapostos** .”

Desse modo, é possível que se restrinja o alcance de um direito fundamental em três situações: a) em razão de seu desenho constitucional, quando a própria Constituição prevê limitação para seu exercício; b) em razão da existência de expressa autorização, na Constituição da República, para que o legislador ordinário, ao expedir ato legal regulamentando seu exercício, limite-o; c) ou ainda - na ausência de restrições constitucionais diretas e ante a inexistência de autorização de leis restritivas - **em decorrência de uma ponderação, em subserviência a critérios de proporcionalidade, de valores outros que ostentem igual proteção constitucional** .

Quanto a esse juízo de ponderação, destaco das lições de **Canotilho** que

“as restrições devem limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Durante muito tempo, a ideia do “necessário” reconduzia-se ao princípio da proporcionalidade, com as características e subprincípios analisados em sede do princípio da juridicidade estatal (princípio do Estado de direito). Diferentemente, a literatura mais contemporânea” - quer a teoria do direito em geral, quer a literatura juspublicística - oferece duas novas perspectivas: (i) a primeira, bem no coração da jusfundamentalidade, eleva o princípio da proporcionalidade a elemento constitutivo da justificação material das restrições a direitos fundamentais; (ii) **a segunda procura compreender a proporcionalidade como topos de argumentação em sede de ponderação ou balanceamento de direitos ou bens em colisão** .

(...)

Enquanto a proporcionalidade-juridicidade arrancava da ideia de limite do poder e como exigência da vinculação ao direito do exercício desse poder com o objectivo de defesa da liberdade pessoal, **na proporcionalidade jusfundamental está presente uma ideia de justiça, típica de uma justificação material das restrições e de uma argumentação principal em sede de balanceamento entre direitos** ” (*Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira. Sobre restringibilidade e restrição de direitos fundamentais: nota sobre questionamentos recentes* . São Paulo: Método, 2014, p. 914) .

Estabelecidas tais premissas principiológicas, passo à apreciação do **mérito propriamente dito** .

Na espécie, rememoro que se está diante de **dispositivo do Código Penal Militar por meio do qual se proíbe os militares, sob pena de detenção, de criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo**.

É digno de nota que embora o requerente esteja pleiteando a declaração de não recepção do art. 166 do Código Penal Militar, **a maior parte da argumentação desenvolvida na inicial salienta a aplicação da referida norma aos policiais e bombeiros militares**.

Começo, então, ressaltando que a atual Constituição Federal estabeleceu, expressamente, que **as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares** são instituições que integram as carreiras policiais cujos membros são **militares** dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42 c/c 144, V, da CF/88).

Importa observar, nesse passo, que os **militares das Forças Armadas**, tanto quanto os militares estaduais que compõem as Polícias e os Corpos de Bombeiros Militares, dada a relevância de suas missões e a natureza peculiar de suas atribuições, **submetem-se a um regime jurídico diferenciado**, que **está fundado nos princípios da hierarquia e da disciplina**, nos termos dos arts. 42, *caput*, e 142, *caput*, da Constituição. **Vide** :

“Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, **instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina**, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

(...)

“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.”

Nas palavras de **José Afonso da Silva**,

“[h]ierarquia é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior. Ao dizer-se que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia sob a autoridade suprema do Presidente da República, quer-se afirmar que elas, além da relação hierárquica interna a cada uma das armas, subordinam-se em conjunto ao Chefe do Poder Executivo federal, que delas é o comandante supremo (art. 84, XIII).

Disciplina é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o dever de obediência dos

inferiores em relação aos superiores. Declarar-se que as Forças Armadas são organizadas com base na disciplina vale dizer que são essencialmente obedientes, dentro dos limites da lei, a seus superiores hierárquicos (...).

‘Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas e individuais, emanadas dos órgãos superiores’. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª170; Ed., São Paulo: Forense, 1999).

Ou seja, as instituições castrenses são marcadas pela verticalidade das relações entre seus servidores e pelo primado do pronto atendimento do dever por todos eles. E é a partir de tais premissas que se estabelece o regime jurídico militar com todas as peculiaridades que lhe são próprias.

E não poderia ser diferente. Conforme explica **Jocleber Rocha Vasconcelos**,

“[s]eria extremamente desastroso deixar pessoas, que sofrem derrogações em inúmeros direitos, capacitados e treinados para o combate, com amplo acesso ao manuseio de informações, armamentos e equipamentos de alto poder destrutivo, desprovidas de normas repressivas eficazes. Nesse ponto, as regras de hierarquia e disciplina militar impõem um caráter educativo e ao mesmo tempo repressivo, possibilitando a manutenção ou restauração do padrão almejado.

Em sede específica do poder punitivo do Estado, o corolário é a previsão nos diplomas legais de um sistema disciplinar mais recrudescido, inclusive no que toca às punições. A restrição da liberdade deixa de ser, portanto, sob uma ótica mais ampla, uma simples violação de garantia individual para se tornar um mecanismo necessário de eficiência da força militar.” (Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar. *Revista Jus Navigandi*, ISSN, p. 1518-4862).

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se debruçar sobre matéria relacionada à aparente colisão do preceito da liberdade de expressão com os postulados da hierarquia e disciplina que regem as corporações castrenses, além de outros valores constitucionais. No entanto, o fez sob o prisma das carreiras policiais, cuja lógica, **mutatis mutandis**, em tudo se aplica ao presente caso, que envolve tanto os militares federais como os estaduais integrantes das carreiras policiais.

Com efeito, no recente julgamento da ADPF nº186; 353, de relatoria Ministra **Cármem Lúcia**, cujo objeto consistia em dispositivo legal precedente à CF/88 que disciplinava o **regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e do Distrito Federal**, estabelecendo como hipótese de transgressão disciplinar a manifestação de apreço ou despreço a quaisquer autoridades. Na ocasião, o Plenário da Corte entendeu que referido dispositivo fora recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, julgando improcedente o pedido.

Para melhor compreensão, transcrevo o teor da norma então apreciada, na parte que interessa a este caso:

“

Art. 43. São transgressões disciplinares:

(...)

III - **promover manifestação contra atos da administração ou movimentos de apreço ou despreço a quaisquer autoridades**”.

A eminente Relatora, Ministra **Cármem Lúcia**, em elegante voto condutor, assim se manifestou:

“ As polícias federal e civil desempenham funções indispensáveis à preservação da segurança interna do país, sendo tema de cuidado constitucional específico. As atribuições exercidas pelos ocupantes dos quadros de pessoal desses órgãos não têm paralelo nas demais atividades do serviço público civil ou na iniciativa privada .

Essa circunstância foi salientada no voto do Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 654.432, do qual foi redator do acórdão (Plenário, DJe 11.6.2018, Tema 541 da repercussão geral), pelo qual negado o direito de greve aos servidores públicos integrantes das carreiras de segurança pública :

‘A carreira policial é uma carreira diferenciada, como o próprio artigo 144 da Constituição Federal reconhece ao afirmar que tem a função de exercer “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, com a

finalidade de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, estando, inclusive, destacada do capítulo específico dos servidores públicos.

A carreira policial é o braço armado do Estado para a segurança pública, assim como as Forças Armadas são para a segurança nacional. É inegável que há um paralelismo importante aqui entre segurança interna e a segurança nacional, inclusive pela inexistência de atividades paralelas na iniciativa privada’.

Por essas especificidades é admissível que os integrantes das carreiras das polícias federal e civil sejam submetidos a regime disciplinar distinto daqueles aproveitados para os servidores públicos civis em geral.

Essas as balizas a serem observadas e que conduzem ao não acolhimento do argumento de não recepção dos incs. II e III do art. 43 da Lei n. 4.878/1965. Essas normas têm embasamento ético na hierarquia que caracteriza a estrutura dos órgãos administrativos e dos servidores que os integram . Por elas se vedam aos servidores policiais referência depreciativa às autoridades e atos da administração pública, divulgação de fatos ocorridos na repartição e promoção de manifestação contra atos da Administração ou movimentos de apreço ou despreço a autoridades :

‘Art. 43. São transgressões disciplinares:

I - referir-se de modo depreciativo às autoridades e atos da administração pública, qualquer que seja o meio empregado para êsse fim;

II - divulgar, através da imprensa escrita, falada ou televisionada, fatos ocorridos na repartição, propiciar-lhes a divulgação, bem como referir-se desrespeitosa e depreciativamente às autoridades e atos da administração;

III - **promover manifestação contra atos da administração ou movimentos de apreço ou despreço a quaisquer autoridades’ .**

(...)

Quanto ao inc. III do art. 43 não assiste razão ao autor. Não há inconstitucionalidade na regra que veda a promoção de “ *manifestação contra atos da administração ou movimentos de apreço ou despreço a quaisquer autoridades* ” por policiais .

Essa carreira tem como princípios basilares a disciplina e a hierarquia, que não podem ser comprometidos por manifestações pessoais exaradas em espaços públicos dotados de singularidades e de especificidades de funções que podem ficar invalidadas pelo atuar de servidores em desbordamento das regras de contenção.

Movimentos de apreço ou despreço a autoridades na condição de servidor e valendo-se da função alteram a confiança institucional e a segurança que decorre da certeza da integridade da instituição. Daí a razão de ser válida a norma ainda nos dias atuais”.

A propósito, conforme mencionado no precedente acima, destaco que a Suprema Corte, em 5 de abril de 2017, no julgamento do importante ARE nº186; 654.432/GO, de relatoria do e. Min. **Edson Fachin**, após rico e esclarecedor debate, firmou entendimento de que **é inconstitucional o exercício do direito de greve** - direito constitucional esse que está indissociavelmente ligado à liberdade de expressão - **por parte de policiais civis e demais servidores que atuam diretamente na área de segurança pública**.

A despeito de o foco, naquele ensejo, ser a paralisação daquela categoria de servidores - e, por conseguinte, a repercussão disso no âmbito da segurança pública -, fato é que ao longo dos debates foram sopesadas as especificidades da carreira policial e, em contrapartida, os valores constitucionalmente protegidos. **Essa mesma lógica se aplica às carreiras militares de maneira geral**.

Foram justamente essas especificidades e esses valores que balizaram a conclusão obtida no julgamento da ADPF nº186; 353/DF, pelo que entendo pertinente trazê-los à baila, por meio de trecho do primoroso voto condutor, exarado pelo e. Ministro **Alexandre de Moraes**, que bem clarifica os pontos de maior relevância também para o deslinde da controvérsia verificada nos autos. Confira:

“ A carreira policial é uma carreira diferenciada, como o próprio artigo 144 da Constituição Federal reconhece ao afirmar que tem a função de exercer “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos”, com a finalidade de “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, estando, inclusive, destacada do capítulo específico dos servidores públicos.

A carreira policial é o braço armado do Estado para a segurança pública, assim como as Forças Armadas são para a segurança nacional. É inegável que há um paralelismo importante aqui entre segurança interna e a segurança nacional, inclusive pela inexistência de atividades paralelas na iniciativa privada.

É essencial, portanto, fixarmos uma premissa essencial para a presente análise, qual seja, a atividade policial é carreira de Estado sem paralelo na atividade privada, o que a diferencia de várias outras atividades essenciais, como educação

e saúde, que também são absolutamente essenciais para o Estado, mas apresentam paralelo na iniciativa privada, por expressa autorização constitucional.

No exercício da segurança pública, manutenção da ordem pública e da paz social, não há possibilidade de complementação ou substituição das carreiras policiais pela atividade privada, seja na segurança pública ostensiva, que não é analisada no presente recurso, seja na atividade de polícia judiciária, que é a função realizada pela Polícia Civil e pela Polícia Federal, no âmbito da União. Não há possibilidade de algum outro órgão da iniciativa privada suprir essa atividade estatal essencial exercida pela Polícia em prol da Sociedade. Atividade essa que, por si só, é relevantíssima, importantíssima e imprescindível ao Estado de Direito, mas também, cuja paralisação afeta o regular exercício da titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público e da jurisdição pelo Poder Judiciário, porque a paralisação da Polícia Judiciária acarreta a paralisação da própria Justiça Criminal e do Ministério Público.

A Segurança Pública é privativa do Estado e, portanto, tratada de maneira diferenciada pelo texto constitucional. E é diferenciada para o bônus e para o ônus, pois, no momento em que há a opção pelo ingresso na carreira policial, a pessoa sabe que estará integrando uma carreira de Estado com regime especial, que possui regime de trabalho diferenciado, por escala, hierarquia e disciplina, existentes em todos os ramos policiais, e não somente como se propala na polícia militar, aposentadoria especial (e, insisto no que já vinha defendendo como Ministro da Justiça, a necessidade de todas as carreiras policiais preservarem a aposentadoria especial em virtude da singularidade, importância e imprescindibilidade da atividade), porte de arma para poderem andar armados 24 horas por dia, ao mesmo tempo em que têm a obrigação legal de intervir e realizar toda e qualquer prisão de alguém em situação de flagrante delito. Ressalte-se que todas as demais pessoas, inclusive autoridades públicas do Judiciário e do Ministério Público, têm a faculdade de efetuar prisões em flagrante, ou seja, “podem”, enquanto os integrantes das carreiras policiais “devem”.

Como compatibilizar o exercício dessa imprescindível, dignificante, honrosa, porém também penosa carreira de Estado com o exercício do Direito de Greve?

Como compatibilizar que o braço armado do Estado mantenha as necessárias disciplina e hierarquia com o Direito de Greve, sem colocar em risco a segurança pública, a ordem e a paz social?

Como compatibilizar a obrigatoriedade de os integrantes das carreiras policiais realizarem intervenções e prisões em situação de flagrância com o exercício do Direito de Greve?

Como compatibilizar a continuidade do exercício integral das funções do Ministério Público e a continuidade da jurisdição criminal com o exercício do Direito de Greve pela Polícia Judiciária?

Não é possível. Ninguém é obrigado a ingressar no serviço público, em especial nas carreiras policiais, ninguém é obrigado a exercer o que, particularmente, considero um verdadeiro sacerdócio, que é a carreira policial. Mas aqueles que permanecem sabem que a carreira policial é mais do que uma profissão, é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. Não é possível que o braço armado do Estado queira fazer greve. O Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição não permite” (grifos nossos).

O raciocínio acima delineado em tudo se aplica à presente hipótese.

Já me manifestei, em outras ocasiões, que a livre manifestação de ideias, quaisquer que sejam – e mesmo que envolvam críticas e protestos – é condição **sine qua non** para o amadurecimento do sistema democrático e para o desenvolvimento da sociedade pluralista pretendida pelo legislador constituinte.

No entanto, e na linha do entendimento já firmado pela Corte (e anteriormente citado), **há que se atentar para a singularidade das carreiras militares**, sejam elas policiais ou propriamente militares, eis que **igualmente subservientes aos postulados da hierarquia e disciplina**, cujas limitações foram, inclusive, elucidativamente pontuadas pelo e. Min. **Ricardo Lewandowski** quando do julgamento da recente ADI nº186; 6.595/DF. Confira-se:

“as limitações impostas aos servidores militares visam a atender à supremacia do bem coletivo em detrimento de interesses particulares, até pela força, se necessário.

Essa é a razão pela qual o eixo estruturante do regime especial a que estão submetidos os servidores militares leva em conta a natureza peculiar de suas atribuições, o qual gira em torno da subordinação hierárquica e da submissão disciplinar aos respectivos comandantes. Essas características têm por finalidade a salvaguarda de valores basilares da vida castrense, dentre os quais avulta o pronto e estrito cumprimento das missões que lhes são cometidas, sem quaisquer desvios ou tergiversações, sobretudo considerada a potencial letalidade de suas ações, que cresce exponencialmente quando executadas fora dos lindes da legalidade (ADI nº186; 6.595/DF, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Tribunal Pleno, DJe de 5/8/2022).

Nesse contexto, penso que as restrições preconizadas no dispositivo legal ora em apreço são adequadas e proporcionais, fazendo a necessária a **conciliação entre os valores constitucionais** (de um lado, a liberdade de

expressão dos militares; de outro, a segurança nacional e a ordem pública, bem como a hierarquia e a disciplina, que regem as corporações).

Nas palavras pedagógicas de **Ingo Wolfgang Sarlet**,

“[e]m rigor, cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas” (*Valor de Alçada e Limitação do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição* . Revista da Ajuris 66, 1996, p. 121).

Corroborando esse entendimento, destaco que a própria Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, Decreto nº186; 678, de 6 de novembro de 1992), ao tratar da “Liberdade de Pensamento e de Expressão”, em seu art. 13, enfatiza que o exercício desse direito deve assegurar a “proteção da segurança pública, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. **Vide** :

“ARTIGO 13

Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. **O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar :**

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas ;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas ” (grifos nossos).

Ao discutir a convencionalidade do crime de desacato, no HC nº186; 141.949, Rel. Min. **Gilmar Mendes** , o Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão de que as previsões convencionais acima não destoam do tratamento conferido à liberdade de expressão pela Constituição de 1988.

Vide :

“ A liberdade de expressão prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos não difere do tratamento conferido pela Constituição Federal ao mesmo tema, não possuindo esse específico direito, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto .

(...)

O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos (honra, intimidade e dignidade), não eliminá-los. Incide o princípio da concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais ”.

Nessa esteira, não vislumbro qualquer descompasso entre o preceito questionado e o sistema normativo-constitucional vigente, uma vez que **a norma contestada, a par de impor restrições, não limita, para toda e qualquer situação, o exercício da liberdade de expressão dos militares , o que fora inclusive bem pontuado pela d. PGR, *ipsis verbis* :**

“não se pode tomar toda e qualquer crítica a superior ou à disciplina militar como conduta tipificada pelo art. 166 do CPM, ou seja, como crítica pública indevida. Apenas o caso concreto pode esclarecer os limites de aplicação do tipo penal militar. Portanto, não obstante a recepção, pela Carta de 1988, da restrição contida no art. 166 do CPM, haverá casos em que o alcance da norma não abrangerá a crítica ou manifestação realizada pelo militar” (fl. 6, eDoc. 24).

É dizer, **a previsão normativa em apreço não ofende, a priori , os princípios e valores constitucionalmente protegidos .** Ao reprimir a crítica dos militares “a ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo”, a norma pretende evitar excessos no exercício à liberdade de expressão que comprometam a hierarquia e a disciplina internas, postulados esses indispensáveis às instituições militares, e, assim, em última análise, impedir que se coloquem em risco a segurança nacional e a ordem pública, bens jurídicos esses vitais para a vida em sociedade. Nada obsta, todavia, que sejam analisadas e sopesadas todas as circunstâncias de cada caso concreto, a fim de aferir se se fazem presentes todas as elementares do tipo penal.

Ante o exposto, **considero recepcionado pela Constituição Federal de 1988 o art. 166 do Código Penal Militar e, por conseguinte, julgo improcedente o pedido formulado na inicial .**

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 31/03/2023 00:00