



RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS AGENTES PÚBLICOS MILITARES

Carlos Pinna de Assis Junior¹
Lucas Gonçalves da Silva²

RESUMO:

O estudo analisa a compatibilidade das relações especiais de sujeição com os direitos fundamentais, examinando, em especial, o alcance da restrição à liberdade de expressão dos agentes públicos militares prevista no artigo 166 do Código Penal Militar. Defender-se-á que tal limitação justifica-se apenas quando efetivamente prevalentes interesses institucionais ou públicos, reforçando, assim, o sistema hierárquico e disciplinar com vistas à salvaguarda da própria sociedade. Para tanto, invoca-se a necessidade de utilização das técnicas da proporcionalidade e ponderação na análise casuística. Utiliza-se, como substrato, o método hipotético-dedutivo e como fontes precípuas a revisão bibliográfica e as normas jurídicas afetas ao tema.

Palavras-chave: Relação especial de sujeição; militares; liberdade de expressão; limitação; ponderação.

SPECIAL RELATIONS AND FUNDAMENTAL RIGHTS: THE FREEDOM OF EXPRESSION OF MILITARY PUBLIC AGENTS

ABSTRACT:

The study examines the compatibility of special relationship of subjection with fundamental rights, examining, particularly, the scope of the restriction on freedom of expression of the military agents provided for in article 166 of the Military Penal Code. It will be argued that such limitation justifies only when effectively prevailing institutional or public interests, reinforcing the hierarchical and disciplinary system, safeguarding society itself. Therefore, it is necessary to use the techniques of proportionality and weighting in the casuistic analysis. The hypothetical-deductive method is used as substrate, and bibliographical revision and norms related to the subject are the most important sources.

Keywords: Special subjection; militaries; freedom of expression; limits; ponderation.

1 INTRODUÇÃO

Alguns indivíduos, pela natureza da atividade que exercem ou pela própria qualidade (*status*) que assumem, submetem-se a relações especiais de sujeição que os impõem peculiar

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, na área de concentração “Constitucionalização do Direito”. Advogado, com especialização em Direito Público.

² Pós-doutorando em Direito pela Università Degli Studi G. d'Annunzio-UD'A (Itália) e pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutor e Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Professor Adjunto IV da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe-UFS.



relação com o Estado de forma a motivar, assim, a restrição de certos direitos e a assunção de deveres que se distinguem daqueles aplicados aos demais membros da sociedade.

A peculiaridade de tal relação justifica-se por interesses ou finalidades públicas ou institucionais, como a segurança dos cidadãos, a ordem pública e a eficiência da administração. Como exemplos de sujeitos dessa relação especial, citem-se os indivíduos que se encontram na qualidade de presidiários, os agentes políticos, os sujeitos passivos eleitorais e os agentes públicos militares.

A concepção tradicional, de origem alemã, compreendia as relações especiais de sujeição como um campo de não incidência dos direitos fundamentais e do controle jurisdicional. Tal compreensão restou superada ante a irrefragável consolidação dos direitos fundamentais, sendo certo que, hodiernamente, as limitações de direitos decorrentes das relações especiais de sujeição devem ser aplicadas na exata medida de sua necessidade, sempre fundamentadas na lei e conformadas à Constituição.

É neste contexto que se insere a análise acerca das relações especiais de sujeição aplicadas aos agentes públicos militares, especificamente no que tange às restrições à liberdade de expressão de tais cidadãos. Tais limitações, previstas em lei, requerem interpretações cuidadosas e casuísticas, justificadas rigorosamente pela preservação de um bem jurídico maior, tudo a fim de não denotar abandono a um direito fundamental tão caro à sociedade, da qual também faz parte a referida classe de servidores.

Considerando, assim, que as restrições em relação aos direitos fundamentais de agentes públicos militares – especialmente o artigo 166 do Código Penal Militar, que tipifica a conduta de publicação ou crítica indevida – possuem como escopo a preservação da hierarquia nas instituições, demonstra-se indispensável, porém, a análise constitucional de tal dispositivo à luz do princípio da proporcionalidade, além da necessária percepção do momento histórico em que tal diploma foi concebido.

Decerto, sendo a limitabilidade uma das características dos direitos fundamentais, constata-se que a restrição da liberdade de expressão de certos agentes públicos, tais como os agentes públicos militares, justifica-se pela relação especial que tais indivíduos mantêm com o Estado.

A sua análise, entretanto, deve ser feita sempre de forma cuidadosa, à luz dos princípios informadores do Estado Democrático de Direito, cotejando-se as restrições de



direitos a que se submetem determinados indivíduos com as finalidades que justificam a sua própria existência.

Necessária se faz, assim, a observância do verdadeiro sentido da mencionada norma, confrontando-a com o direito fundamental atingido pela observância literal de tal dispositivo: a liberdade de expressão, corolário das sociedades democráticas.

É a partir destas concepções, portanto, que serão analisados os fundamentos, requisitos, pressupostos, limites e fins possíveis dessas relações especiais travadas entre o Estado e certos indivíduos, em especial aquelas decorrentes da condição peculiar em que se encontram os agentes públicos militares, além da forma como tais relações poderão ser efetivadas ante os princípios constitucionais consagradores da democracia e da cidadania.

Registre-se, neste contexto, que a necessidade e importância da reflexão acerca do tema se evidenciam na medida em que a jurisdição calcada na coerência e na integridade do direito é um efetivo direito dos cidadãos, razão pela qual se impõe a urgente observância de certos limites à atividade interpretativa criacionista.

Adota-se no presente estudo como fontes de pesquisas a análise de doutrinas, repositórios jurisprudenciais e a internet para atualização, bem como renovação de conceitos, tudo a fim de bem explorar o tema que se propõe a abordar.

Nesta ótica, será utilizado o método hipotético-dedutivo, indo além da pesquisa metodológica interpretativa das leis e da pesquisa metodológica qualitativa, com a finalidade de estabelecer um elo envolvendo o método histórico e o método evolutivo.

2 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO: ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A CIRCUNSTÂNCIA DOS AGENTES PÚBLICOS MILITARES

A evolução do constitucionalismo após as revoluções sociais de cunho ideológico ocorridas nos séculos XVIII e XIX alçou a organização política da sociedade ao patamar do almejado Estado de Direito, sedimentando a concepção do constitucionalismo moderno pautado na efetiva vinculação do poder estatal à ordem jurídica.

Tal máxima – a de submissão integral aos preceitos jurídicos gerais por todos os cidadãos –, no entanto, não comportaria aplicação a todos os indivíduos indistintamente, fazendo-se necessária a extração de determinadas esferas do controle jurisdicional ordinário.



Brotou, assim, a concepção da relação especial de sujeição, pioneiramente aplicada na Prússia, no século XIX, configurando, sob tal perspectiva, verdadeira restrição de liberdade aplicada a casos especiais, em evidente tentativa de conformação do estado monárquico instaurado e dos princípios democráticos insurgentes. Sobreleve-se que a concepção tradicional de origem alemã compreendia, portanto, as relações especiais de poder como um campo de não incidência dos direitos fundamentais e do controle jurisdicional. Preponderava, assim, a concepção de verdadeira isenção jurídica.

Inaugurada por Paul Laband (1838-1918) e direcionada precipuamente ao âmbito dos funcionários públicos, a expressão relações especiais de sujeição foi amplamente repercutida por Otto Mayer (1846-1924), que a ampliou para demais esferas de aplicação, distinguindo as obrigações gerais que vinculavam todos os cidadãos (e justificadas ante a supremacia do Estado) das obrigações especiais de sujeição, que obrigariam apenas determinados súditos.

Explorada consequentemente nas doutrinas portuguesa, espanhola, italiana e francesa, as relações especiais de sujeição encontram também no Brasil a sua aplicabilidade em relação a determinados grupos de indivíduos sob o fundamento da necessidade de salvaguarda do interesse público e da própria sociedade.

A justificativa clássica para a existência jurídica das relações especiais de sujeição remonta, portanto, à antiga concepção de que certos indivíduos, por força do seu *status* especial, submetiam-se a determinadas normas restritivas deliberadamente renunciando a direitos fundamentais específicos que se evidenciassem incompatíveis com a peculiaridade de tal situação jurídica.

Atualmente, tal compreensão revela-se inteiramente inadequada e superada, como alerta José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 618), ao afirmar que, de fato, essa tese (de renúncia) fere a noção de irrenunciabilidade de direitos fundamentais, denotando verdadeiro resquício de sujeição a um poder absoluto. Por esta razão, a expressão utilizada para definir o regime de tais indivíduos – estatuto especial de sujeição – revela a sua fonte: o Estado absolutista e, em especial, o Estado prussiano.

De fato, hodiernamente, não há dúvidas de que as relações especiais de poder ou sujeição se justificam apenas por questões de interesses públicos ou institucionais. Não há margem para que a restrição a direitos fundamentais seja motivada por outro argumento que não seja o benefício da sociedade.



Justifica-se, assim, a própria limitação (ou mesmo exclusão) de direitos fundamentais em relação a determinados indivíduos que se encontram em situações peculiares, como os agentes públicos militares, os agentes políticos e demais sujeitos a relações especiais de poder, quando tais restrições a direitos fundamentais revelarem-se pretendentes à proteção de bens jurídicos superiores de interesse de toda a coletividade.

Por esta razão, fundamenta-se a aplicação de tal instituto tão somente quando estritamente presente a necessidade de salvaguardar o interesse comum, consubstanciado na máxima de que direitos individuais podem ser restringidos em favor de um bem maior. No caso dos agentes públicos militares, portanto, a justificativa ampara-se na preservação da hierarquia e disciplina em favor da segurança de toda a sociedade.

Necessário, desta forma, que se delimite com rigor a noção de tal instituto, sob pena de desvirtuamento de sua concepção e interpretação. Na lição de Clarissa Sampaio Silva (2009, p. 138) acerca do tema, relevante anotar que se o fundamento mediato para a existência de relações especiais encontra-se na Constituição, o fundamento imediato para efetivá-las situa-se no plano geral de constituição dos vínculos entre o Poder Público e os particulares.

Nesta perspectiva, servem como instrumentos para a validação das relações especiais de sujeição tanto o ato administrativo quanto o contrato. A mais, registre-se que também a decisão judicial servirá como fundamento imediato nas hipóteses em que se verificar restrição de direitos que constituírem situações apenas concretizáveis com a intervenção do Poder Judiciário, por haver *reserva de jurisdição*.

Verifica-se, desta forma, que as relações especiais a que se sujeitam certos indivíduos são respaldadas na exigência de salvaguardar um interesse público maior e instituídas com fundamento mediato na Constituição. É precisamente o que ocorre em relação aos agentes públicos militares, aos quais a norma constitucional impõe restrições a certos direitos aplicáveis plenamente ao restante da sociedade.

Com efeito, denotando específico tratamento, a Constituição Federal de 1988 elenca limitações de direitos a tais agentes públicos por força da atividade que exercem, a exemplo da proibição de sindicalização, da vedação à possibilidade de deflagração de greve e do impedimento de filiação a partido político.

Tais vedações encontram-se expressamente contidas no artigo 142 da Lei Maior e assim se justificam na lição de Jane Reis Gonçalves Pereira:



Nesse contexto, é genericamente aceita a ideia de que certas “condições de vida especiais” – que são parte integrante da vida em comunidade – demandam “ordens especiais mais elásticas” no que se refere aos direitos fundamentais. Se não fosse assim, instituições públicas que desempenham papéis de importância capital na ordenação da sociedade teriam seu funcionamento severamente comprometido, não podendo cumprir suas tarefas de forma eficiente. O problema, contudo, reside em saber de que forma devem ser coordenados os direitos fundamentais das pessoas inseridas em tais relações e as limitações que defluem dos estatutos especiais. (PEREIRA, 2006, p. 608)

Desta forma, constata-se que em relação aos agentes públicos militares, posto que submetidos a estatutos normativos próprios, a vinculação especial existente entre tais sujeitos e o Estado decorre da própria natureza da função que exercem, concretizada ao momento da assunção de tais agentes públicos aos cargos que passam a desempenhar (ato de posse), revestindo-se de uma natureza (*status*) inegavelmente peculiar em relação ao Estado.

Tal peculiaridade, reitera-se, é verificável por meio das inúmeras distinções jurídicas que recaem sobre tal classe de indivíduos, dentre as quais se insere a previsão legal de proibição das manifestações críticas por parte dos militares em face de atos de superiores hierárquicos.

É neste contexto que o Código Penal Militar expressamente em seu artigo 166 tipifica a conduta de publicação ou crítica indevida, apenando com detenção de dois meses a um ano o ato de “publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo”.

Analisando a referida norma jurídica, Loureiro Neto (1995, p. 23) infere que a indigitada norma penal, ao tipificar a conduta descrita, remete à concepção de que publicar significa tornar público, notório, enquanto criticar significa censurar, dizer mal. Portanto, a configuração da conduta criminosa ocorreria na ação de criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do governo, de modo que tal procedimento seja apto a ser recebido por indeterminado número de pessoas.

Precisamente neste ponto, exsurge a relevante questão e o conseqüente debate acerca da aparente afronta de tal norma ao direito fundamental à liberdade de expressão, garantia inestimável da sociedade prevista no artigo 5º, IV da Carta Magna de 1988. A questão que se estampa e que merece o devido enfrentamento é a exata medida da aplicabilidade de tal dispositivo ante os princípios de liberdade abarcados pela Carta Magna hoje vigente.



3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A PECULIARIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS MILITARES

A concepção hodierna do Estado de direito é, em grande medida, fruto da exaustiva luta social deflagrada no século XVIII e provocada pela inadiável necessidade de rompimento do modelo político então vigente: a noção de um governo exercido por apenas um homem, detentor do poder absoluto e legitimado exclusivamente pela lei natural.

Tais características, de cunho eminentemente autocráticas, passaram a não mais se coadunarem com a realidade social insurgente naquele século, impregnada de novos valores e impulsionada por uma classe social disposta a empreender sacrifícios para a concretização política e jurídica de seus ideais.

É, de fato, a partir de tais movimentos sociais, especialmente a Revolução Francesa, que se consolida um novo modelo jurídico expandido universalmente e pautado pelas premissas essenciais: separação de poderes e salvaguarda dos direitos individuais.

Dentre tais direitos fundamentais resultados de intensa luta histórica, insere-se a possibilidade de livre manifestação de pensamento, conquista preciosa da sociedade e valor a ser permanentemente preservado, porquanto salvaguarda de um dos bens mais caros aos cidadãos: a liberdade de expressão.

Neste contexto, relevante anotar que a liberdade de expressão assume originariamente a faceta de direito fundamental de primeira geração, exurgindo como um direito de *status* negativo (*status negativus* ou *status libertatis*), conforme a classificação de Georg Jellinek (1851-1911). O primeiro dos objetivos, portanto, foi o de servir de instrumento de resistência à intervenção estatal em um momento histórico de particular relação entre os cidadãos e o Estado, como observa Owen Fiss:

Os debates do passado foram baseados na visão de que o Estado era um inimigo natural da liberdade. Era o Estado que estava procurando silenciar o orador (speaker) individual e era o Estado que deveria ser controlado. Há muita sabedoria nesta visão, mas ela representa apenas meia verdade. Certamente, o Estado poder ser um opressor, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade. (2005, p.28)

Com efeito, na passagem para o Estado Social, a liberdade de expressão adquire também um caráter ativo e protetivo do Estado, que passa a equilibrar a não interferência e a promoção de efetividade de tal direito. Na lição de Jónatas E. M. Machado (MACHADO,



2002, p. 61), a liberdade de expressão, assume, portanto, um papel de extrema importância na garantia da democracia e, por isso, passa a ser consagrada nas mais variadas constituições.

Da análise desta trajetória, indiscutível que a liberdade de expressão configura no estado moderno um direito supremo e inafastável do indivíduo. Invocando a veia poética de Carlos Ayres Britto (2004, p. 35), “a liberdade de expressão é, em verdade, a maior expressão da liberdade”.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 erigiu como pilar essencial a possibilidade de os cidadãos expressarem suas convicções, configurando preceito fundamental expresso no artigo 5º, inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

A esta liberdade são incorporadas, entretanto, algumas obrigações que devem ser cumpridas pelos cidadãos. Além da própria vedação ao anonimato, a fim de que os abusos sejam passíveis de responsabilização, o texto constitucional é expresso ao reconhecer a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização ou a possibilidade de direito de resposta proporcional ao agravo.

No tocante à liberdade de manifestação de pensamento dos agentes públicos militares, o Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969, assim dispõe:

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.
(BRASIL, 1969)

Considerando ainda o período histórico em que a referida norma foi editada, necessário analisar a sua compatibilidade com as concepções jurídicas introduzidas pela Constituição Federal de 1988. Desta forma, inevitável o cotejo da referida norma com as garantias existentes na Carta Magna, em especial aquelas previstas no artigo 5º e no artigo 220, que albergam a livre a manifestação do pensamento.

Oportuno realçar, neste passo, que a liberdade de manifestação de pensamento deriva, em última análise, exatamente da concepção da dignidade da pessoa humana, valor originalmente concebido como reflexo religioso – o homem à imagem e semelhança de Deus



– e transposto ao mundo jurídico-filosófico sob os espectros e conceitos da razão, da capacidade de valoração moral e da autodeterminação dos indivíduos.

Sob este prisma, e seguramente com vistas a superar o período traumático de censuras imposto pelo regime militar, a Constituição Cidadã de 1988 explicita ainda a impossibilidade de qualquer restrição ao referido direito fundamental de liberdade de expressão:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. (BRASIL, 1988).

Em que pese o normativo constitucional, não é, contudo, pacífica a interpretação acerca da inaplicabilidade do artigo 166 do Código Penal Militar, persistindo entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que, sob a justificativa da própria relação especial de sujeição de tais indivíduos, submetem a aplicação da referida regra de forma automática.

Sob este fundamento, o Superior Tribunal Militar, em análise acerca da validade do indigitado artigo 166 do Código Penal Militar, emitiu o seu pronunciamento em julgamento atinente à conduta de profissionais que desempenham a atividade de controladores de voo (Apelação número 0000023-40.2007.7.12.0012, de 01/07/2010).

Para o referido Tribunal, restou latente a ruptura dos princípios da hierarquia e disciplina decorrentes da conduta de tais profissionais (controladores de voo) em reunião na qual o comandante da unidade foi desrespeitado, além de utilizarem-se da imprensa escrita e permitirem publicar entrevista na qual discorriam a respeito de matéria atinente à disciplina militar.

Neste julgamento, entendeu a Corte Militar que “a conduta dos controladores não está protegida pela garantia da liberdade de expressão, já que tal princípio constitucional não é absoluto, como qualquer princípio, e fica mitigado quando estão em jogo, como no caso, a hierarquia e a disciplina das Forças Armadas, vetores da defesa da soberania da Pátria, fundamento do Estado Democrático de Direito”. E concluiu o entendimento afastando a alegação de atipicidade material sob o argumento de que fora inequívoca a lesão ao bem jurídico tutelado, “já que a conduta colocou em cheque o próprio sistema político-social, ao colocar em risco a soberania da Pátria sobre o território aéreo nacional”.



O entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação rigorosa do artigo 166 do Código Penal Militar, portanto, ainda persiste com veemência. O desafio que se constata e o qual se deve enfrentar, desta forma, é a necessidade de compatibilizar tal dispositivo com o espírito e a força normativa da Constituição Federal de 1988 (reconhecidamente tendente a afastar qualquer tipo de restrição à liberdade de expressão, porquanto corolário de toda a sociedade) sem, contudo, desnaturar o instituto das relações especiais de sujeição, porquanto igualmente relevante para o estado democrático quando bem aplicado.

4 A BUSCA DA JUSTA MEDIDA NAS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS MILITARES

Sabe-se que o contexto político-jurídico é permeado por circunstâncias históricas que impulsionam o processo evolutivo. Sob esta concepção, na metade do século XX derivou-se um novo modelo de Estado caracterizado, sobretudo, pelas Constituições normativas.

Com efeito, após os dois primeiros estágios de modelos institucionais (o Estado pré-moderno e o Estado legislativo de direito), brotou no século XX, precisamente a partir do final da Segunda Guerra Mundial, uma nova compreensão jurídica pautada na supervalorização da Constituição e na máxima de que a ela deve se subordinar todo o sistema jurídico: é o Estado constitucional de direito. Na valiosa lição de Luis Roberto Barroso, verifica-se nesse novo panorama que:

A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição. (SOUZA NETO, 2007, p. 205)

Pode-se asseverar que, da sua gênese ao modelo atual, a concepção de Estado evoluiu. E com a assunção ao neoconstitucionalismo, despontaram novos e relevantes desafios, dentre os quais se insere a necessidade cada vez mais sobrelevada de se estabelecer parâmetros razoáveis à interpretação das normas da Constituição, agora impregnada de



princípios, valores e interesses diversificados, reforçando-se, para tanto, a preservação, o respeito e o limite das funções de cada Poder.

Considerando que as relações especiais de sujeição aplicadas aos agentes públicos militares legitimam a restrição de certos direitos fundamentais aplicáveis ao restante da sociedade, cumpre observar, entretanto, a permanente necessidade de análise casuística, a fim de evitar interpretações dissonantes e, conseqüentemente, desprovidas de senso de justiça.

Verifica-se, assim, no caso ora em estudo, o latente confronto não apenas entre normas jurídicas, mas entre institutos e premissas basilares do estado democrático de direito.

O dilema jurídico é instigante: de um lado, a legitimidade de uma relação de especial sujeição (dos agentes públicos militares) que, com vistas à salvaguarda da própria sociedade, devem ser tratados de forma peculiar pelo Estado (com prevalência de valores hierárquicos e disciplinares) e, portanto, alegadamente justificadora de restrições ao certos direitos fundamentais, tal como o de liberdade de expressão (artigo 166 do Código Penal Militar); de outro lado, o exposto abandono a um direito precioso do cidadão (a liberdade de expressão), derivado da própria dignidade da pessoa humana, denotando verdadeira afronta à liberdade do indivíduo, ainda que justificada por interesse público.

Neste contexto, e considerando que a limitação à liberdade de expressão dos agentes públicos militares prevista no artigo 166 do Código Penal Militar deriva de uma lei restritiva de direitos, tal particularidade é assim analisada por Jónatas E. M. Machado:

As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias só são admissíveis nos casos expressamente previstos na Constituição. Esta formulação aponta inequivocamente no sentido de que qualquer restrição legislativa aos direitos, liberdades e garantias tem que ter um fundamento constitucional, a partir da necessidade de salvaguarda de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (MACHADO, 2002, p. 709)

Desta forma, é certo que a tipificação contida no artigo 166 do Código Penal Militar deve ser permanentemente interpretada e analisada sob o manto da Constituição Federal de 1988 e toda a normatividade nela contida.

Ademais, invoca-se ainda a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que em seu artigo 11º dispõe que “a livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem”, acrescentando que “todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.



De igual modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não fez distinção entre cidadãos, evidenciando que todas as pessoas são iguais em direitos e deveres, vedada qualquer forma de discriminação. No tocante à liberdade de expressão, o artigo 19 assim exprimiu: “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que implica o direito de não ser molestado por suas opiniões e o de procurar, de receber e de divulgar, sem consideração de fronteiras, as informações e as idéias por quaisquer meios de expressão”.

Neste mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (“Pacto de San José da Costa Rica”), aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro e sancionada pela Presidência da República através do Decreto 678/92, de 09/11/1992, portanto, com força de lei ordinária, assim contempla a liberdade de pensamento e de expressão:

Artigo 13.1 - Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias 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. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

Ademais, na análise da aplicabilidade de qualquer restrição imposta à liberdade de expressão, como, *in casu*, a do artigo 166 do Código Penal Militar, deve-se atentar, ainda, às circunstâncias históricas em que tal dispositivo fora concebido. Com efeito, o Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que instituiu as normas regulamentadoras da atividade militar (Código Penal Militar) foi concebido em período marcadamente tumultuado da história política brasileira, então governada pelo regime imposto pelos Militares.

Sob este período histórico, descreve José Murilo de Carvalho (2003, p. 163-164) que foram anos de sobressalto e medo, em que os órgãos de informação e segurança agiam sem nenhum controle a censura à imprensa suprimiu a liberdade de opinião. De igual modo, não havia liberdade de reunião e os partidos políticos eram regulados e controlados pelo governo. Os sindicatos permaneciam sob constante ameaça de intervenção, com proibição de greves. O direito de defesa era cerceado pelas prisões arbitrárias e a justiça militar julgava crimes civis.





A inviolabilidade do lar e da correspondência não existia e a integridade física era violada pela tortura nos cárceres do governo. Não é exagero afirmar que o próprio direito à vida era desrespeitado.

Deste cenário notadamente caracterizado por medidas restritivas aos direitos individuais – tendo como maiores símbolos de repressão os atos institucionais –, não há como evitar a conclusão de que o conteúdo do Código Penal Militar editado neste mesmo momento político também consistia em um instrumento de repressão, visando precipuamente a restrição de direitos individuais (a exemplo do artigo 166), e não apenas a legitimação de uma relação de especial sujeição.

De tais razões histórico-jurídicas exsurge mais um fundamento, portanto, para que a análise e aplicação de tal dispositivo nos dias atuais sejam realizadas casuísticamente e à luz da atual Constituição Federal vigente.

De fato, na busca da justa medida da análise acerca dos pesos a serem aplicados entre os valores constitucionais de igual relevância, Luís Roberto Barroso assim adverte:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (BARROSO, 2001, p. 165)

Exorta-se, portanto, a proporcionalidade e ponderação como técnicas a serem utilizadas na aplicabilidade da referida norma, tudo a fim de harmonizar as vertentes constitucionais existentes no caso concreto. Imperiosa a adoção de critérios exatos na aplicação das normas restritivas de direitos fundamentais, a fim de evitar decisões dissonantes do espírito constitucional e, por consequência, afrontosas ao próprio espírito de justiça.

Com efeito, atribuir um valor a determinada conduta é tarefa que exige profunda coerência. Como bem doutrina Robert Alexy, valores e princípios estão umbilicalmente ligados e duas considerações fazem com que isto seja facilmente perceptível. Inicialmente porquanto é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores. Ademais, pelo fato de que a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. (ALEXY, 2011, p. 144).

Cotejar os princípios e valores postos é, pois, a missão do intérprete e do aplicador da norma. As restrições a direitos individuais – fundamento das relações especiais de sujeição – embora justificadas por razões de interesse público, devem, neste contexto, serem



cautelosamente analisadas e se justificam apenas quando efetivamente prevalentes interesses institucionais ou públicos, reforçando, assim, a democracia e a própria cidadania.

A partir destas concepções, devem ser ponderados os fundamentos, requisitos, pressupostos, limites e fins possíveis dessas relações especiais travadas entre o Estado e certos indivíduos, em especial a verificação de compatibilidade dos limites à liberdade de expressão dos militares com a força normativa da Constituição de 1988.

É inegável a transformação paradigmática por que passou o modelo jurídico brasileiro após o advento da Constituição Federal de 1988, com a projeção de novos padrões interpretativos e de aplicação do direito pela doutrina e jurisprudência.

Como consequência de tal modificação, verifica-se o surgimento de fenômenos jurídicos independentes (porém interligados), dentre os quais Daniel Sarmento elenca, inicialmente, a incorporação da força normativa dos princípios jurídicos e a reconhecida valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito. Ademais, a rejeição ao formalismo e a recorrente utilização de métodos mais abertos de raciocínio jurídico (ponderação, tópica, teorias da argumentação). De igual modo, o fenômeno da constitucionalização do Direito, com a expansão da influência dos valores constitucionais para todos os outros ramos do ordenamento. Também o realinhamento da moral e do direito e, por fim, judicialização da política e das relações sociais, com o protagonismo do Poder Judiciário. (SARMENTO, 2009).

A presença de elementos normativos de amplitude indeterminada e a supervalorização dos princípios nas Constituições modernas induziram, inevitavelmente, a necessidade de adoção de técnicas interpretativas que não se restringissem à mera subsunção. Para a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, passou-se, assim, a se invocar as técnicas da ponderação e da proporcionalidade. Eis, portanto, o caminho a ser delineado ao momento da análise dos casos em que se invoca a infringência do artigo 166 do Código Penal Militar.

Deve-se evitar, assim, que a ordem jurídica convalide o que Giorgio Agamben (2003, p. 42) denomina de estado de exceção permanente, para quem “o estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”.



Neste passo, a justa medida da aplicação do indigitado artigo 166 do Código Penal Militar, a ser cotejado com a Constituição Federal por meio das técnicas da ponderação e da proporcionalidade é, pois, o desafio que se estampa.

Não há dúvidas de que a aplicação injustificada e desmesurada do referido dispositivo legal gera riscos à própria democracia. Denota-se adequado, portanto, o fundamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a incompatibilidade da tipificação do artigo 166 do Código Penal Militar com o espírito de liberdade de manifestação albergado na Carta Magna de 1988.

No julgamento do Habeas Corpus nº 106808 RN (STF), cujo acórdão fora publicado em 23/04/2013, entendeu a Suprema Corte brasileira que as condutas e episódios descritos na inicial acusatória do crime do art. 166 do CPM, que tipifica o delito de publicação ou crítica indevida, não se subsumiriam ao caso analisado uma vez que “o direito à plena liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF) está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de expressão”.

No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal firmou ainda a compreensão de que “uma associação que deva pedir licença para criticar situações de arbitrariedades terá sua atuação completamente esvaziada” e que “o juízo de tipicidade não se esgota na análise de adequação ao tipo penal, pois exige a averiguação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente”. Concluiu irrefutavelmente o Supremo Tribunal Federal acerca do caso com a seguinte assertiva: “a Constituição Federal é peça fundamental à análise da adequação típica”.

Destarte, sem deixar de observar que, consoante a própria Constituição de 1988 (artigo 142), as forças armadas devem ser organizadas com base na hierarquia e disciplina, não se deve jamais confundir tais mandamentos institucionais com supressão automática de direitos fundamentais, como o da liberdade de expressão.

5 CONCLUSÃO

O entendimento doutrinário e judicial acerca da aplicação rigorosa e literal do artigo 166 do Código Penal Militar ainda persiste com veemência. O desafio que se deve enfrentar, desta forma, é a necessidade de compatibilizar tal dispositivo com o espírito e a força



normativa da Constituição Federal de 1988 (reconhecidamente tendente a afastar qualquer tipo de restrição à liberdade de expressão, porquanto corolário de toda a sociedade) sem, contudo, desnaturar o instituto das relações especiais de sujeição, porquanto igualmente relevante para o estado democrático quando bem aplicado.

Com efeito, a análise de tão gravosa restrição ao direito individual dos agentes públicos militares – proibição de manifestação contra atos de superiores – ainda que justificada pela relação especial de sujeição a que tais indivíduos estão submetidos, deve ser realizada sempre em consonância com demais os parâmetros e princípios albergados na Constituição Federal, afastando-se a mera e interpretação literal e gramatical da norma.

Agir diferentemente é atitude temerária e arbitrária. Em um contexto normativo permeado pela força normativa da Constituição, tal como preconizada por Konrad Hesse (1991, p. 19), o caminho a ser trilhado é o da conformidade das normas jurídicas com os diplomas constitucionais. A limitação à liberdade de expressão dos agentes públicos militares, portanto, merece verificação cuidadosa e segura, a fim de que um valor tão sublime não seja afrontado sem as efetivas justificativa e necessidade jurídicas.

Importa realçar, neste sentido, que a existência das relações especiais de sujeição, tal qual as que se submetem os militares, quando aplicadas na exata dimensão jurídica dos seus propósitos, reforça o próprio regime democrático de direito e a cidadania, justificando a desigualdade de tratamento dispensado pelo Estado aos indivíduos que se sujeitam a tal relação, tudo com vistas à realização institucional de finalidades consagradas no texto constitucional.

Sendo a limitabilidade uma das características dos direitos fundamentais, constata-se que a observância das situações peculiares a que estão submetidos certos indivíduos é, a priori, perfeitamente justificável. A sua análise, entretanto, deve ser feita sempre de forma casuística, à luz dos princípios informadores do Estado Democrático de Direito, cotejando-se as restrições de direitos a que se submetem determinados indivíduos com as finalidades que justificam a sua própria existência.

Desta forma, apresenta-se adequada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar o tema (Habeas Corpus nº 106808-RN, acórdão publicado em 23/04/2013), apontando que as condutas do crime do art. 166 do CPM, que tipifica o delito de publicação ou crítica indevida, devem ser cotejadas com os demais valores albergados pela Constituição.



In casu, naquele julgamento, referia-se ao direito à plena liberdade de associação (art. 5º, XVII, da CF) – que, segundo o STF “está intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais de proteção da dignidade da pessoa, de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de expressão”. Acrescentou ainda a Suprema Corte que “o juízo de tipicidade não se esgota na análise de adequação ao tipo penal, pois exige a averiguação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente”. E arrematando a análise jurídica do caso, o Supremo Tribunal Federal esculpiu a seguinte máxima: “a Constituição Federal é peça fundamental à análise da adequação típica”.

Indispensável, portanto, que, a cada caso concreto, seja verificada a verdadeira essência e finalidade da norma prevista no indigitado preceito constitucional, tomando-se como referência, ainda, o arcabouço axiológico e teleológico que norteia a própria democracia e a cidadania, evitando-se a mera interpretação semântica na análise do referido texto.

Considerando, ainda, em análise histórica, a conjuntura política em que a norma descrita no artigo 166 do Código Penal Militar foi editada – período notadamente marcado por supressão de direitos individuais – evidencia-se ainda mais a necessidade de que a sua aplicação seja estritamente fundamentada na relação de especial sujeição que decorre do próprio *status* dos agentes públicos militares. Apenas tal condição legitimará a sua aplicação, devendo-se afastar qualquer caráter arbitrário, razão pela qual o prestígio à liberdade de expressão deve sempre prevalecer nos casos em que não se comprove que a aplicação do referido artigo deriva efetivamente da relação de especial sujeição.

Nesta perspectiva, sendo certo que na interpretação deve-se dar ampliação máxima aos direitos fundamentais, resta evidente a necessidade de mitigação das normas que cerceiam a liberdade de expressão dos agentes públicos militares quando manifesta e comprovadamente dissonantes do instituto que a legitima – relações especiais de sujeição – e da própria finalidade da norma e dos princípios que consagram a democracia e a cidadania.

REFERÊNCIAS:

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo n. 217, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.





ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Forense, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na constituição de 1988**. Revista Dos Tribunais, São Paulo, v. 790, n. 90. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 0000023-40.2007.7.12.0012 Relator: Ministro Marcos Augusto Leal de Azevedo. Brasília. Acórdão de 16 de set. 2010. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=cindacta&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>> Acesso em 05 de mai. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.808/RN – Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3684450>> Acesso em 06 de mai. de 2017.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **Varal de borboletas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As condições da pesquisa científica em direito penal**. Verba Juris, ano 6, n.6 jan/dez 2007

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.





LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**, São Paulo: Editora Atlas S.A., 1995

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **As restrições aos direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição**. In: **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 608.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos Fundamentais e relações de especial sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. Belo Horizonte: Atlas, 2011.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Lumen Juris, 2007.

WIMMER, Miriam. **As relações de sujeição especial na administração pública**. Disponível em <http://www.academia.edu/25233485/As_Relacoes_de_Sujeicao_especial_na_Administracao_publica> Acesso em 06 de mai. de 2017.