

**Pedro Fauth Manhães Miranda**  
(Organizador)



○ **DIREITO**  
nas **INTERSECÇÕES**  
entre o **FÁTICO**  
e o **NORMATIVO**



**AYA EDITORA**  
2021

## **Direção Editorial**

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

## **Executiva de Negócios**

Ana Lucia Ribeiro Soares

## **Organizador(a)**

Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda

## **Produção Editorial**

AYA Editora

## **Capa**

AYA Editora

## **Imagens de Capa**

br.freepik.com

## **Revisão**

Os Autores

## **Área do Conhecimento**

Ciências Sociais Aplicada

# **Conselho Editorial**

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza  
Centro Universitário Santa Amélia  
Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz  
Faculdade Sagrada Família  
Prof.º Dr. Carlos López Noriega  
Universidade São Judas Tadeu e Lab.  
Biomecatrônica - Poli - USP  
Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva  
Centro Universitário FACEX  
Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí  
Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis  
Universidade do Estado de Minas Gerais  
Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig  
Universidade Federal do Paraná  
Prof.º Dr. Gilberto Zammar  
Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso  
Universidade de Santa Cruz do Sul  
Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues  
Faculdade Sagrada Família  
Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski  
Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof.º Me. Jorge Soistak  
Faculdade Sagrada Família  
Prof.º Me. José Henrique de Goes  
Centro Universitário Santa Amélia  
Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim  
Faculdade Sagrada Família e Centro de  
Ensino Superior dos Campos Gerais  
Prof.ª Ma. Lucimara Glap  
Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho  
Universidade Federal Rural de Pernambuco  
Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues  
Universidade Norte do Paraná  
Prof.º Dr. Marcos Pereira dos Santos  
Faculdade Rachel de Queiroz  
Prof.º Me. Myller Augusto Santos Gomes  
Universidade Estadual do Centro-Oeste  
Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch  
Faculdade Sagrada Família  
Prof.º Me. Pedro Fauth Manhães Miranda  
Centro Universitário Santa Amélia  
Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani  
Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira  
Instituto Federal do Acre  
Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail  
Centro de Ensino Superior dos Campos  
Gerais  
Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens  
Faculdade Sagrada Família  
Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares  
Universidade Federal do Piauí  
Prof.ª Ma. Silvia Apª Medeiros Rodrigues  
Faculdade Sagrada Família  
Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia  
Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda  
Santos  
Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues  
Instituto Federal de Santa Catarina

© 2021 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição Creative Commons 4.0 Internacional (CC BY 4.0). As ilustrações e demais informações contidas desta obra são integralmente de responsabilidade de seus autores.

D59896 O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo [recurso eletrônico]. / Pedro Fauth Manhães Miranda (organizador) -- Ponta Grossa: Aya, 2021. 283 p. – ISBN 978-65-88580-70-7

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: World Wide Web.

DOI 10.47573/aya.88580.2.44

1. Direito. 2. Direito de família. 3. Prisões - Brasil. 4. Previdência social - Legislação - Brasil. 5. Síndrome da alienação parental – Brasil. 6. Pais e filhos – Brasil. 7. Pais divorciados. 8. Migração. 9. Direitos humanos. 10. Administração pública – Brasil. 11. Proteção de dados - Legislação – Brasil. 12. Identidade de gênero I. Miranda, Pedro Fauth Manhães. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos  
e Editora EIRELI

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557  
Ponta Grossa - Paraná - Brasil  
84.071-150

**Liberdade de expressão: o paradoxo  
da tolerância e a recepção  
constitucional do artigo 166 do Código  
Penal Militar**

**Freedom of expression: the paradox  
of tolerance and the constitutional  
reception of article 166 of the  
Military Criminal Code**

---

*Ataliba Dias Ramos*

Juiz Federal da Justiça Militar da União  
<http://lattes.cnpq.br/6756125396342870>



# Resumo

---

Trazemos reflexões acerca da liberdade de expressão e de seus limites, abordando tanto o aspecto ético, ilustrado com base na teoria do paradoxo da tolerância do filósofo austríaco Karl Popper, quanto seu tratamento jurídico, ao analisar as normas esculpidas na Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos sobre o tema. Neste contexto, também são abordados entendimentos jurisprudenciais pátrios, sobretudo algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de casos em que a livre manifestação de pensamento chocou-se com outros direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstra-se que a liberdade de pensamento, se exercida de maneira irrestrita, poderá constituir-se como uma ameaça à tolerância e aos preceitos de uma sociedade democrática. Ademais, analisa-se o crime previsto no artigo 166 do Código Penal Militar, o qual possui sua compatibilidade constitucional discutida, por suposta violação à liberdade de expressão dos militares. Para este propósito, será utilizada a pesquisa documental, legislativa e bibliográfica de autores especializados, perpassando desde o estudo dos dispositivos legais que tratam da liberdade de expressão à análise da tese do paradoxo da tolerância de Popper, desembocando na análise da recepção constitucional do crime militar de publicação ou crítica indevida. Por fim, propõem-se argumentos no sentido de sustentar a recepção constitucional do referido crime militar, à luz da relatividade dos direitos fundamentais, do paradoxo da tolerância e dos princípios da hierarquia e disciplina que regem as instituições militares.

**Palavras-chave:** liberdade de expressão. paradoxo da tolerância. artigo 166 do Código Penal Militar.

# Abstract

---

We bring reflections on freedom of expression and its limits, addressing both the ethical aspect, illustrated by the paradox of tolerance theory, developed by Austrian philosopher Karl Popper, and its legal treatment, analyzing Federal Constitution and American Convention on Human Rights rules. In this context, Brazilian jurisprudential understandings are also addressed, especially some Federal Supreme Court decisions, when the judgment of cases in which the freedom of speech collided with other fundamental rights and guarantees provided by Brazilian legal system. It is demonstrated that freedom of thought, if exercised in an unrestricted way, could constitute a threat to tolerance and to the precepts of a democratic society. Besides that, the crime provided for in article 166 of the Military Penal Code is analyzed, which has its constitutional compatibility discussed, for alleged violation of the military freedom of expression. For this purpose, documental, legislative and bibliographic research by specializes authors will be used, ranging from the study of legal provisions dealing with freedom of speech to the analysis of Popper's tolerance paradox thesis, leading to the analysis of the constitutional reception of the military crime of improper publication or criticism. Finally, arguments are proposed to support the constitutional reception of the aforementioned military crime, based on the relativity of fundamental rights, the paradox of tolerance and the principles of hierarchy and discipline that govern military institutions.

**Palavras-chave:** Freedom of expression, paradox of tolerance, article 166 of the Military Criminal Code.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo se dispõe a discutir a liberdade de expressão, abordando seu conceito, importância social e abrangência. Verificar-se-á o tratamento deste importante direito fundamental à luz do ordenamento jurídico pátrio, mormente da Constituição Federal de 1988 e da Convenção Americana de Direitos Humanos, constatando-se a amplitude da liberdade de manifestação do pensamento e suas restrições positivadas nos diplomas normativos referidos.

Quanto ao aspecto filosófico do tema, analisar-se-á o paradoxo da tolerância de Karl Popper e sua relação com os limites da liberdade de expressão. Serão abordados os fundamentos utilizados pelo filósofo austríaco ao defender a necessidade de impor restrições excepcionais à livre difusão do pensamento, bem como a maneira gradual como estas limitações devem ocorrer no plano prático. Dispõe-se a refletir sobre o motivo pelo qual a tolerância ilimitada, em uma sociedade democrática, pode levar, paradoxalmente, ao desaparecimento da tolerância.

A importância do tema é nítida, sobretudo diante do contexto atual em que o Poder Judiciário, não raro, vem cerceando determinadas manifestações de ideias vistas como radicais. Mais recentemente, a discussão acerca da abrangência da liberdade de expressão voltou a ganhar destaque diante da prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira. Assim, faz-se necessário perquirir sobre os argumentos que levaram a Suprema Corte a entender pela custódia do referido parlamentar, mesmo diante de sua imunidade material.

Nessa toada, também serão verificados os aspectos éticos e jurídicos que nortearam os julgamentos do Supremo Tribunal Federal no HC 82.424/RS, acerca do caso da publicação de livros antissemitas por Siegfried Ellwanger, assim como no RHC 146303/RJ, em que um pastor evangélico, foi condenado pela prática do delito de preconceito religioso (art. 20, “caput” e respectivo § 2º, da Lei no 7.716/89), pela incitação ao ódio religioso.

Por fim, tendo em prisma esse substrato teórico, parte-se para análise da recepção pela Constituição Federal do crime de publicação ou crítica indevida, previsto no art. 166 do Código Penal Militar, o qual é objeto de impugnação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 475/DF, ajuizada pelo Partido Social Liberal. O dispositivo penal militar mencionado é alvo de críticas por, supostamente, violar os direitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, além do princípio da igualdade.

Não obstante, serão desenvolvidos argumentos que sustentam a recepção constitucional desse dispositivo legal, o qual, apesar de significar mitigação ao pleno exercício da livre manifestação do pensamento pelos militares, deve ser mantido no ordenamento jurídico, pois tutela outros princípios constitucionais, mormente a hierarquia e disciplina. Assim, considerando a relatividade dos direitos fundamentais e a tese do paradoxo da tolerância de Karl Popper, propõe-se a compatibilidade constitucional do art. 166 do Código Penal Militar.

## ASPECTOS JURÍDICOS

A liberdade de manifestação do pensamento consiste na prerrogativa de expressar e propagar livremente ideias, sem impedimentos e censuras impostas por terceiros. Ao titular desse direito é conferido o poder de agir, sem a interferência estatal. Assim, a doutrina classifica a

liberdade de expressão como um direito humano de primeira geração, já que exige uma atuação negativa por parte do Estado, ou seja, uma abstenção em prol de uma liberdade individual.

Marcelo Novelino (2014, p. 476) explica a importância da liberdade de manifestação do pensamento para a sociedade:

O homem não se contenta apenas em ter suas próprias opiniões. Ele quer expressá-las e, não raro, convencer os outros de suas ideias. As convicções íntimas podem existir independentemente do Direito, mas a liberdade para exteriorizar ideias e opiniões pessoais necessita de proteção jurídica. A liberdade de manifestação do pensamento impede que o Poder Público estabeleça punições para os que rejeitam opiniões amplamente aceitas ou censure discursos não aprovados pelo governo.

É da natureza humana pensar, criar, desenvolver e solidificar posicionamentos, sendo que o homem deve ser livre para exteriorizar suas ideias e até fazer proselitismo. O homem, muitas vezes, sente a necessidade de convencer outras pessoas de que aquelas ideias são boas. A liberdade para propagá-las é benéfica, pois permite a livre competição no mercado das ideias, sem a qual a sociedade não pode evoluir.

No que concerne ao aspecto jurídico, a Constituição Federal de 1988 assegura a liberdade de manifestação do pensamento, dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, ao dispor, em seu artigo 5º, inciso IV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Conforme Pedro Lenza (2020), a regra contida no citado art. 5º, IV, da Lei Maior, estabelece uma espécie de “cláusula geral” que, em conjunto com outros dispositivos constitucionais, asseguram a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações: liberdade de opinião; liberdade de expressão artística e intelectual (art. 5º, IX); liberdade de ensino, pesquisa e de divulgação da arte e do saber (art. 206, II); liberdade de comunicação, de informação e de imprensa (artigos 5º, XIV e 220) e liberdade de expressão religiosa (art. 5º, VI).

Noutro giro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da Costa Rica”, incorporado à legislação brasileira pelo Decreto 678/1992), que possui natureza de norma supralegal, também trata da liberdade de pensamento e de expressão, nos seguintes moldes:

“Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

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

Nota-se que nosso ordenamento jurídico concede ampla proteção à livre manifestação do pensamento. Ocorre que, como qualquer outro princípio e direito fundamental, a liberdade de expressão é pautada pela característica da relatividade, já que encontra limites ao seu exercício, principalmente ao entrar em choque com outros valores constitucionalmente tutelados.

Algumas dessas restrições, inclusive, já vêm estampadas na própria legislação positiva-

da. Neste trilhar, a Constituição Federal veda o pensamento difundido sob anonimato (art. 5º, IV), ao mesmo passo em que assegura o direito de resposta e de indenização àqueles que sofrerem danos materiais, morais ou à imagem em virtude das manifestações expressas por outrem (art. 5º, V).

De outro lado, o Pacto de San Jose da Costa Rica também limita a liberdade de pensamento e de expressão ao prever, no art. 13.2, que tal prerrogativa pode ensejar responsabilidades ulteriores, necessárias para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas, assim como a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde e moral pública.

É importante, ainda, destacar o item 5 do art. 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual rechaça os denominados “discursos de ódio”:

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Vê-se que livre manifestação do pensamento pode, em determinados momentos, entrar em conflito com outros direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico. Justamente por isso, não constitui um salvo conduto para a emissão de opiniões sem quaisquer escrúpulos. É o que delibera Alexandre de Moraes (2020, p. 46):

Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga.

Caso não houvesse tais limitações, correr-se-ia o risco de permitir a propagação de discursos de ódio e/ou antidemocráticos, colocando em xeque os axiomas básicos da República Federativa do Brasil, entre os quais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Lei Maior).

## O PARADOXO DA TOLERÂNCIA DE KARL POPPER E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A necessidade excepcional de impor restrições à livre manifestação das ideias é tema explorado por Karl Popper, na obra “A sociedade aberta e seus inimigos”, na qual este filósofo austríaco traz à tona a tese do “paradoxo da tolerância”.

Para Popper, a sociedade aberta possui como características a democracia, o respeito às liberdades individuais e a pluralidade de ideias. Ocorre que a sociedade aberta possui diversos desafios, entre os quais o paradoxo da tolerância, que consiste na seguinte contradição: uma vez que esta sociedade se propõe a aceitar a livre propagação das diversas correntes ideológicas, pode-se criar um ambiente propício à disseminação de pensamentos que agridem os próprios princípios fundamentais que constituem aquela comunidade.

Assim, a permissividade irrestrita da sociedade ampla pode favorecer a difusão de ideias intolerantes, antidemocráticas e discriminatórias, que atentam contra a própria higidez da comunidade aberta, gerando a sua ruína. Nessa toada, pontifica Karl Popper (1974, pág. 289):

(...) a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada mesmo aos intolerantes; se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância.

Exemplificativamente, nas primeiras décadas do século XX, a ausência de limitação no campo das ideias gerou o surgimento de regimes totalitários no seio de sociedades abertas da Europa, o que acabou por desencadear a segunda guerra mundial e os horrores do holocausto.

Para evitar que novas barbáries como essas voltem a ocorrer, Popper sugere que sociedade tolerante adote, de maneira excepcional, uma atitude intolerante com a difusão de discursos autoritários e de ódio, como aqueles que pregam a discriminação de pessoas em razão de cor, gênero, classe social, religião ou qualquer outro aspecto.

Apesar disso, engana-se quem pensa que o filósofo austríaco fomenta a violência contra os disseminadores de pensamentos intolerantes ou a supressão sumária dessas ideias. Para Popper (1974, pág. 289), o enfrentamento a esses discursos radicais deve ocorrer, prioritariamente, de maneira racional, pela via argumentativa:

Nessa formulação, não quero implicar, por exemplo, que devemos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo poucoíssima sábia.

Apenas subsidiariamente, quando o método do debate não for suficiente para afastar as ameaças ao regime democrático e aos direitos e liberdades individuais é que se faz necessário o uso da força estatal (1974, pág. 289):

Mas deveríamos proclamar o direito de suprimi-las, se necessário mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós no terreno dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação; assim, podem proibir seus adeptos, por exemplo, que deem ouvidos aos argumentos racionais por serem enganosos, ensinando-os a responder aos argumentos por meio de punhos e pistolas. Deveremos então reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes.

Em síntese, o filósofo postula que, em nome da própria tolerância vigente em uma sociedade plural, esta deve se reservar ao direito de não acolher o intolerante, exigindo que movimentos que preguem a intolerância fiquem fora da lei, quando não for suficiente o seu afastamento apenas pela via argumentativa.

Trazendo este debate para o cenário prático brasileiro, é possível constatar diversas oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal, na linha do pensamento de Karl Popper, adotou postura inflexível com discursos de ódio ou antidemocráticos.

Nesta vereda, a jurisprudência do STF se firmou no sentido de que a garantia da liberdade de manifestação do pensamento não abrange o hate speech, ou seja, as manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, entre outros fatores. É o que retrata Pedro Lenza (2020, pág. 1209):

(...) o Brasil, inclusive o nosso STF, não adotou o entendimento de que a garantia da liberdade de expressão abrangeria o hate speech. Ou seja, muito embora a “posição de preferência” que o direito fundamental da liberdade de expressão adquire no Brasil (com o seu especial significado para um país que vivenciou atrocidades a direitos fundamentais durante a ditadura), assim como outros países, a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando restrições voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas.

Neste contexto, em um precedente paradigmático, ao julgar o HC 82.424, a Suprema Corte brasileira manteve a condenação do réu Siegfried Ellwanger por crime de racismo, pelo fato de ter publicado obra com conteúdo antissemita. Compreendeu o STF que, neste caso, a liberdade de expressão e de imprensa deveria ceder ante à dignidade da pessoa humana e o direito à honra. Abordando esta decisão, comenta Marcelo Novelino (2014, pág. 478):

No julgamento do caso Ellwanger, considerado um dos mais importantes precedentes do STF sobre o tema, prevaleceu o entendimento de que “o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra”. O Tribunal, ao fixar a prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, deixou consignado que as liberdades públicas, por não serem incondicionais, devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição.

Do mesmo modo, no RHC 146.303, a 2ª Turma do STF, analisou situação em que um líder de determinada igreja evangélica publicou na internet conteúdo de teor discriminatório, no qual ofendia autoridades públicas e fiéis de crenças religiosas diversas. Na ocasião, a Corte ratificou o seu entendimento de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, mantendo a condenação do acusado por crime de preconceito de natureza religiosa. Destaca-se o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. (...) Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio público a outras denominações confessionais – veiculadas com evidente superação dos limites da pregação religiosa – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Por fim, ganhou notoriedade nacional a prisão do deputado federal Daniel Silveira em fevereiro de 2021, após publicar vídeo no qual ofendia e ameaçava ministros do Supremo Tribunal Federal, bem como fazia apologia ao Ato Institucional nº 5, decretado em 13 de dezembro de 1968. O denominado AI-5 é entendido como um marco que inaugurou um período de restrição a liberdades, de censura e de perseguição a adversários políticos durante a ditadura militar.

Sabe-se que parlamentares possuem a chamada imunidade material, ou seja, são invioláveis, civil ou penalmente, por suas palavras, opiniões e votos (Constituição de 1988, Art. 53 caput). Para o STF, no entanto, não se deve garantir a imunidade material do deputado, sob o argumento de assegurar-lhe a liberdade de expressão, quando este a utilize para propagar ideias antidemocráticas. Conforme restou assentado na ementa da decisão do plenário que ratificou a ordem de prisão:

(...) 1. A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, art. 60, § 4º), com a consequente, instalação do arbítrio. 2. Não incidência da imunidade parlamentar prevista no caput, do art. 53, da Constituição Federal. A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido de que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta; não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Precedentes. (...)

O doutrinador Leonardo Barreto Moreira Alves (2021, n.p) concordou com tais argumentos, por entender que o discurso proferido pelo parlamentar ultrapassou os limites da razoabilidade:

Como destacado pelo STF, as declarações do Deputado Federal afrontam a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, sendo inaceitáveis. Em outro prisma, tais declarações ultrapassam a imunidade material (freedom of speech), isto é, a inviolabilidade assegurada aos Deputados Federais e Senadores, civil e penal, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53, caput, CF), considerada causa excludente de tipicidade penal (STF, Inq. nº 2.273/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 15.05.08; STJ, HC nº 443.385/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 06.06.19). É que, no entender da Suprema Corte, a imunidade material somente é absoluta quanto às afirmações realizadas dentro do Congresso Nacional; para declarações feitas fora do Parlamento, essa imunidade é relativa, ou seja, apenas válida se as afirmações guardam relação com o exercício do mandato legislativo (STF, RE nº 443953 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 19.06.17; Inq. nº 3672, Rel. Min. Rosa Weber, j. 14.10.14), o que, a nosso ver, não é o caso.

Neste mesmo trilhar, manifestou o jurista Lenio Luiz Streck (2021, n.p):

Diz o deputado que estava sob o manto protetor da imunidade. Só que, em primeiro lugar, a finalidade da imunidade é proteger a democracia e não a de servir de escudo para destruí-la. Simples assim. E esse é mais um episódio, entre os tantos vários dos últimos tempos, de algo legítimo sendo usado para defender o seu contrário. Aqui, é a imunidade contrariando sua própria razão de existência.

Como se percebe, a decisão do STF e as manifestações acima colacionadas estão em consonância com o pensamento de Karl Popper, no sentido de que se deve impor limites a certas prerrogativas, com a finalidade de manter hígida a democracia e demais valores essenciais de um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, mesmo prerrogativas constitucionais expressas, como a imunidade material, que garante a liberdade de expressão dos parlamentares, devem se ater às balizas da civilidade. Seria um contrassenso permitir a alguém o uso da inviolabilidade parlamentar como um escudo para proferir discursos de ódio, violência e discriminação, ou ainda, de natureza autoritária.

## A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

O art. 166 do Código Penal Militar define o crime de publicação ou crítica indevida, nos seguintes moldes:

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 próprio, pois exige a condição de militar do sujeito ativo.

Muito se discute sobre a recepção deste artigo pela Constituição Federal, principalmente no que tange à parte final do dispositivo “criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do governo”.

Para alguns, haveria uma incompatibilidade do tipo penal com a Lei Maior, tendo em vista que se estaria suprimindo dos militares o direito constitucional à livre manifestação do pensamento, contrariando, ainda, o princípio da igualdade, à medida em que os militares, federais ou estaduais, não poderiam gozar de um direito amplamente concedido aos demais servidores públicos e cidadãos.

Neste sentido, o Partido Social Liberal ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, requerendo ao STF seja declarada a não recepção do art. 166 do Código Penal Militar, por contrariedade aos preceitos constitucionais inscritos no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV; e art. 220, caput e §2º, os quais retratam a liberdade de manifestação do pensamento, a livre expressão da comunicação e o direito à informação.

Convém pontuar que, pelo fato de se tratar de lei promulgada antes do advento da Constituição de 1988, o Código Penal Militar não se submete a juízo de constitucionalidade, mas sim de recepção ante à Lei Maior superveniente.

Diante disso, originou-se a ADPF n. 457/DF, a qual se encontra em trâmite, não havendo sido, todavia, pautada para julgamento.

Em que pese os fundamentos relacionados supra, não se concorda com a agremiação partidária no tocante à afirmação de incompatibilidade constitucional do art. 166 do Código Penal Militar.

Em primeiro lugar, é importante tecer que o tipo penal em comento integra os denominados “crimes de insubordinação”, que são aqueles previstos nos artigos 163 a 166 do Código Penal Militar.

Para Célio Lobão (2006, p. 235), “insubordinação consiste no fato de o militar negar-se a obedecer ordem do superior hierárquico, relativa a serviço ou dever imposto em lei, regulamento ou instrução”.

Assim, é notório que o crime do art. 166 do CPM, antes de tudo, visa à tutela dos princípios basilares da hierarquia e disciplina no âmbito militar (art. 142 da Constituição Federal). É o que pontifica Cícero Robson Coimbra Neves (2014, p. 863-864) “o bem jurídico protegido é a disciplina militar perturbada pela afronta da publicação ou da crítica; entretanto, se o alvo da conduta for ato de superior, teremos também o ferimento à autoridade de quem o praticou”.

Nesse contexto, devemos atentar para o fato de que hierarquia pressupõe que os mais graduados ordenem, coordenem, controlem e corrijam as atividades que lhes são próprias, e os menos graduados obedeçam, cumpram, sejam coordenados e controlados, sempre com vistas ao interesse e continuidade do serviço.

É notório, destarte, que a manifestação pública de crítica à superior hierárquico ou assunto atinente à disciplina militar tem o condão de fragilizar a disciplina e a hierarquia, colocando em descrédito a instituição militar. Assim, deve-se exigir do militar maior rigidez ao expor seu

posicionamento acerca desses temas.

Portanto, a fim de preservar a integridade das Forças Armadas, que são instituições de caráter permanente, indispensáveis à defesa da pátria e à garantia da existência dos poderes constitucionais, devem-se permitir restrições ao pleno exercício da liberdade de manifestação de pensamento por parte dos militares, os quais se submetem a regime jurídico especialíssimo, diverso daquele gozado por demais servidores comuns ou cidadãos. Daí, não se poder falar em violação do princípio da igualdade por parte do art. 166 do Código Penal Militar. Nesta senda, asseveram Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz (2013, p. 73-74):

Justifica-se o tratamento mais rigoroso pela natureza peculiar do ofício militar, que pressupõe a exposição de seus integrantes a situações extremas e perigosas. Em algumas circunstâncias, o cumprimento das ordens superiores pelos subordinados precisa ser imediato, sem que haja espaço para argumentações quanto à conveniência e oportunidade da determinação. É o que ocorre, por exemplo, em presença do inimigo, no teatro de operações ou em determinados exercícios militares. (...) Cumprir ordens superiores, exceto as manifestamente ilegais, é conduta que se exige de cada um dos integrantes das Forças Armadas. O descumprimento das ordens é considerado ato consciente de quebra de hierarquia e, conseqüentemente, de disciplina, e ainda, de desrespeito às autoridades e normas vigentes. A quebra da hierarquia, nos casos de insubordinação, se manifesta ostensiva e explicitamente com revolta e indisciplina.

Outrossim, conforme exaustivamente comentado neste trabalho, não há direitos absolutos, de forma que a liberdade de expressão deve ceder diante da necessidade de resguardo de outros princípios, a exemplo dos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina militares. Noutra giro, diante do já estudado paradoxo da tolerância, o tipo penal se afigura conveniente, podendo servir de empecilho a discursos proferidos por militares com viés antidemocrático.

Por isso, é nítida a importância do art. 166 do CPM ao também criminalizar a conduta de criticar publicamente resoluções do governo. Consoante Jorge Cesar de Assis (2014), a tipificação é justificada, pois as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República. Do mesmo modo, as polícias militares e corpos de bombeiros militares subordinam-se aos governadores dos Estados e do Distrito Federal. Assim, arremata o referido doutrinador (2014, p. 516):

Como a chefia dos Poderes Executivos Federal e Estadual, compete ao Presidente da República e aos governadores, qualquer crítica, da parte de militares (federais ou estaduais) contra atos do governo, acaba por ferir a disciplina militar, objeto da tutela penal.

Ora, as instituições militares, como expressão da hierarquia e disciplina, devem observar os estritos comandos constitucionais e legais, subordinando-se e acatando as normas jurídicas e administrativas expedidas pelos chefes do Poder Executivo, seja em nível federal ou estadual.

No caso das Forças Armadas, tendo em vista seu papel de guarda do Estado Democrático de Direito, ainda é mais importante a observância deste dever. Caso se permita o exercício de críticas públicas imoderadas às resoluções governamentais, corre-se o risco de permitir a insurgência de correntes autoritárias e antidemocráticas no seio militar, balançando as vigas mestras que sustentam a sociedade aberta referida por Karl Popper.

Ademais, é importante mencionar que o art. 166 do CPM não criminaliza toda e qualquer crítica publicada por militares, mas apenas aquelas “com potencialidade suficiente para atuar de forma negativa na estrutura hierárquica da corporação castrense, além de ocasionar o descrédi-

to da instituição militar”. (MIGUEL, p. 244)

Isto é, não há, por parte do art. 166 do CPM, uma supressão absoluta do direito à liberdade de expressão, mas apenas uma restrição. Neste trilhar, veja-se trecho do Parecer da então Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge (2019, p. 6), nos autos da ADPF n. 475/DF, ocasião em que se posicionou pela improcedência do pedido desta ação:

Assim, 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.

Vê-se, portanto, que nem sempre estará constituído o delito em estudo, de modo que não há uma supressão total à livre manifestação do pensamento. Por exemplo, no HC 106.808, o Supremo Tribunal Federal trancou ação penal movida contra militar que distribuía panfletos com críticas às condições de trabalho dos soldados no Exército Brasileiro. Para a Corte, não houve manifestação com teor de insubordinação e indisciplina. Veja-se, por oportuno, trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

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. Não se ignora que, nos termos do art. 142 da Constituição Federal, as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina. Entretanto, disciplina e desmandos não se confundem. Quem critica o autoritarismo não está a criticar a disciplina.

Em conclusão, não se concorda com a tese da não recepção do art. 166 do Código Penal Militar, tendo em vista sua importante função de proteger os bens jurídicos da hierarquia e disciplina no âmbito militar. Ademais, não se vislumbra ofensa ao direito fundamental da liberdade de expressão, pois este não é absoluto, devendo ceder diante de outros valores essenciais resguardados pelo ordenamento jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro garante a livre manifestação do pensamento. Entretanto, há limites impostos que, caso ultrapassados, podem gerar ao transgressor responsabilizações em matéria cível e criminal, tendo em vista que não se pode aceitar, em uma sociedade evoluída, ataques ao cidadão devido a razões políticas, étnicas ou religiosas, garantindo a liberdade de escolha de seus pares.

Dessa forma, à luz dos ensinamentos de Karl Popper, uma sociedade plural e democrática, ou seja, uma sociedade aberta, não deve aceitar discursos intolerantes, que preguem o próprio desmoronamento desta, por meio de ataques às suas instituições, valores e princípios básicos. Isso porque a tolerância desregrada e ilimitada, se estendida aos intolerantes, poderá levar ao rompimento da tolerância e, assim, à queda da democracia.

Neste caminhar, levando em consideração a relatividade dos direitos fundamentais e a teoria do paradoxo da tolerância de Karl Popper, compreende-se que o crime de publicação ou

crítica indevida, previsto no art. 166 do Código Penal Militar, é compatível com a Constituição Federal, isso porque restringe de forma justificada a liberdade de manifestação de pensamento dos militares.

O delito em pauta visa à tutelar os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, sem os quais se tornam inócuas as instituições militares. Sabe-se que os militares subordinam-se a regime legal de natureza especial, de forma que devem guardar postura de rígido acato às ordens e instruções recebidas de seus superiores hierárquicos. Logo, não há falar em violação ao princípio da igualdade, pois os membros das instituições militares não podem ser equiparados aos demais servidores públicos e cidadãos, no que diz respeito às críticas publicadas aos seus superiores e às resoluções governamentais.

Noutro giro, permitir a publicação de críticas negativas às determinações governamentais pode ser um gatilho para o surgimento de correntes antidemocráticas no âmbito militar, o que deve ser afastado, à luz do paradoxo da tolerância de Karl Popper.

Outrossim, é importante salientar que o art. 166 do Código Penal Militar não suprime de modo absoluto a livre manifestação das ideias no âmbito militar, mas apenas a restringe, pois deve ser penalizado aquele que viola a disciplina e a hierarquia, abalando o crédito e a moral pública das instituições militares frente à sociedade.

Por todos esses motivos, entende-se que o delito tipificado no dispositivo supracitado deve ser declarado compatível com a Constituição Federal, de modo a ser reconhecida sua recepção constitucional, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 475/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Imunidade prisional dos parlamentares federais: os casos do deputado federal Daniel Silveira e do ex-senador Delcídio do Amaral. Meu site jurídico, 2021. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/02/18/imunidade-prisional-dos-parlamentares-federais-os-casos-deputado-federal-daniel-silveira-e-ex-senador-delcidio-amaral/>>. Acesso em: 27 set. 2021.

ASSIS, Jorge Cesar de. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra. 8 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 28 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Parecer nº 24/2019-SFCONST/PGR. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 475/DF. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339480206&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 106.808/RN. Paciente: Anderson Rogério Borges dos Santos. Impetrante: Katia Maria Lobo Nunes. Cotator: Superior Tribunal Militar. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 de Abril de 2013. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC\\_106808\\_RN\\_1366815652998.IARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1632865966&Signature=f%2Fg6V9bGI7e9TkGbdpzIHPiPfnE%3D](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_106808_RN_1366815652998.IARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1632865966&Signature=f%2Fg6V9bGI7e9TkGbdpzIHPiPfnE%3D)>. Acesso em: 28 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 146.303. Reclamante: Tupirani da Hora Lores. Reclamado: Ministério Público Federal. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de Março de 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 27 set. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Referendo no Inquérito 4.781. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1207793476/referendo-no-inquerito-inq-4781-df/inteiro-teor-1207793485>>. Acesso em: 27 set. 2021.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MIGUEL, Claudio Amin; CRUZ, de Souza Ione. Elementos de direito penal militar: parte especial. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Manual de direito penal militar. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

POPPER, Karl Raimund. A sociedade aberta e seus inimigos: 1º volume; tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

STRECK, Lenio Luiz. Deus morreu e agora tudo pode? Reflexões sobre a prisão do deputado. Consultor Jurídico, 2021. <Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/streck-deus-morreu-agora-tudo-prisao-deputado>>. Acesso em: 27 set. 2021.



  
**AYA EDITORA**  
2021