



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ROSENILDO FERNANDES DE SOUSA

**A NÃO RECEPÇÃO DO § 3º DO ART. 51 DA LEI  
Nº 6.880/80 (ESTATUTO DOS MILITARES)  
FACE À CF/88**

São Cristóvão-SE  
2010/02

ROSENILDO FERNANDES DE SOUSA

# **A NÃO RECEPÇÃO DO § 3º DO ART. 51 DA LEI Nº 6.880/80 (ESTATUTO DOS MILITARES) FACE À CF/88**

Monografia apresentada à disciplina Monografia II, pertencente ao curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.  
Orientador: Prof. Ms. Carlos Augusto Alcântara Machado.

São Cristóvão-SE

2010/02



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ROSENILDO FERNANDES DE SOUSA

# **A NÃO RECEPÇÃO DO § 3º DO ART. 51 DA LEI Nº 6.880/80 (ESTATUTO DOS MILITARES) FACE À CF/88**

Monografia apresentada à disciplina Monografia II, pertencente ao curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 16 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Ms. Carlos Augusto Alcântara Machado  
Orientador

---

Bel. Eduardo Lima de Matos  
1º Examinador

---

Bel. Maurício Gentil Monteiro  
2º Examinador

Dedico este trabalho a meus pais que me deram o sopro divino da luz.

À minha esposa Renata e a meu filho Eduardo que significam muito e me mostram o quão importante e alegre é a vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Carlos Augusto Alcântara Machado, meus agradecimentos, não só pela orientação, mas também pelo exemplo de pessoa que é.

Aos demais professores do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe que muito contribuíram para a realização desta importante etapa.

"Quem entra no tribunal levando em sua pasta, em vez de boas e honestas razões, secretas ingerências, ocultas solicitações, suspeitas sobre a corruptibilidade dos juízes e esperanças sobre sua parcialidade, não se admire se perceber que se encontra, não no severo templo da justiça, mas numa alucinante barraca de feira, em que espelhos suspensos em todas as paredes refletirão, multiplicadas e deformadas, suas intrigas. Para encontrar a pureza no tribunal, é preciso

entrar nele com a alma pura. Também aqui o padre Cristóvão: '*omnia munda mundis*'".

(PIERO CALAMANDREI)

Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados

## RESUMO

O acesso à Justiça é garantia consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) no art. 5º, inciso XXXV, concedido a todos os indivíduos, seja civil ou militar. O militar das Forças Armadas não deve sofrer restrição de acesso à Justiça sob o amparo de norma anterior à CF/88 e com esta não compatível. O § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 contraria expressamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O princípio da hierarquia e da disciplina das Forças Armadas não deve prevalecer sobre o direito fundamental de acesso ao Judiciário extensível a todos os indivíduos, sem distinção. Qualquer norma que obstaculize o acesso ao Judiciário, se anterior à CF/88, foi revogada ou não recepcionada; se posterior à CF/88, é inconstitucional. O § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 não deve ser mais aplicado no âmbito das Forças Armadas e qualquer sanção disciplinar aplicada sob o fundamento da não observância desse dispositivo legal é nula de pleno direito, por não encontrar arrimo na Constituição Cidadã. Tal dispositivo deve ser interpretado de acordo com as disposições que contemplam as garantias individuais e devem sempre levar em conta o valor que a Constituição de 1988 deu ao indivíduo, para que não se venha atentar contra o Estado de Direito. Ademais, este estudo se enquadra perfeitamente na linha de pesquisa de nossa instituição, fundada na Teoria Jurídica, Cidadania e na Globalização trazendo uma contribuição teórica para o tema que não é largamente pesquisado pelos doutrinadores, tão pouco difundido nas Universidades de Direito.

**Palavras-chave:** Garantias fundamentais; acesso à Justiça, hierarquia e disciplina, não recepção, nulidade de punição disciplinar.

## ABSTRACT

Access to justice is guarantee established by Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 (CF/88) in art. 5, item XXXV, granted to all individuals, whether civil or military. The military armed forces should not suffer restriction of access to justice under the amparo standard prior to CF/88 and not compatible with this. § 3 of art. 51 of the law n. 6,880/80 expressly contradicts the principle of inafastabilidade of jurisdiction. The principle of hierarchy and discipline of the armed forces should not prevail on the fundamental right of access to legal aid extended to all individuals without distinction. Any rule that obstaculize access to legal aid, if earlier than the CF/88, was repealed or not approved; If after the CF/88, is unconstitutional. § 3 of art. 51 of the law n. 6,880/80 should not be further applied within the armed forces and any disciplinary measure applied under the plea of non-observance of this cool gadget is void as of right, not find arrimo in Citizen Constitution. This device must be interpreted in accordance with the provisions covering individual guarantees and must always take into account the value that the 1988 Constitution gave the guy, lest they will undermine the rule of law. Furthermore, this study fits perfectly in line with our research institution, founded in Legal Theory in Globalization, citizenship and bringing a theoretical contribution to the theme that is not widely researched by indoctrinators, so little widespread in the universities of law.

**Keywords:** fundamental guarantees; access to justice, and discipline, not hierarchy-reception, invalidity of disciplinary punishment.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão  
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
BE – Boletim do Exército  
CF – Constituição Federal  
DJ – Diário de Justiça  
DJU – Diário de Justiça da União  
E-1 – Estatuto dos Militares  
HC – *Habeas Corpus*  
MS – Mandado de Segurança  
OM – Organização Militar  
RDE – Regulamento Disciplinar do Exército  
RHS – Recurso *Habeas Corpus*  
ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança  
RT – Revista dos Tribunais  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
STM – Superior Tribunal Militar  
TRF/5 – Tribunal Regional Federal – 5ª Região

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NA CF/88.....	13
2.1 Antecedentes.....	15
2.2 O princípio da jurisdição una na CF/88.....	17
2.3 O contencioso administrativo na Constituição de 1967.....	25
3 O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (ART. 5º, XXXV) VERSUS O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA E DISCIPLINA (ART. 142) NA CF/88....	28
4 O FENÔMENO DA NÃO RECEPÇÃO DA NORMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	33
5 A LEI N. 6.880/80 (ESTATUTO DOS MILITARES) FACE À CONSTITUIÇÃO DE 1967 E À CF/88.....	36
5.1 Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas face ao § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares).....	37
6 CONCLUSÃO.....	42
BIBLIOGRAFIA.....	46

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade cumprir o requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharel em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

O tema a ser explorado é **“A não recepção do § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares) face à CF/88”**.

A escolha do tema tem em vista a aparente antinomia da norma contida no § 3º do art. 51, da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares), norma esta que restringe o acesso ao Judiciário aos militares das Forças Armadas com a norma constitucional positivada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 que prevê o princípio de acessibilidade ampla ao Judiciário.

Para tanto foi utilizado os métodos de abordagem indutivos e dialéticos, com pesquisa bibliográfica, incluindo o estudo de obras doutrinárias, artigos de periódicos especializados e jurisprudência.

O problema proposto é se a restrição ao acesso ao Judiciário, positivada no § 3º do art. 51, da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares) vai de encontro ao sistema de garantias fundamentais em especial o acesso ao Judiciário.

A hipótese de trabalho é que o caráter da restrição é relativo e tal relatividade deve ser observada à luz da Constituição Federal de 1988.

Para que o objetivo seja atingido, num primeiro momento, discorrer-se-á sobre o princípio do acesso à Justiça, seus antecedentes e o instituto do contencioso administrativo na CF/67 para que se possa entender a restrição imposta aos militares das Forças Armadas na vigência dessa Constituição. Num segundo momento, analisar-se-á o princípio da jurisdição una, consolidado pela CF/88, face ao princípio da hierarquia e disciplina no seio das Forças Armadas, mais especificamente se tal princípio prevalece sobre o acesso amplo ao Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e o art. 51, § 3º da Lei n. 6.880/80: “O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado”.

O dispositivo restritivo constante do Estatuto dos Militares não pode ser interpretado isoladamente. Se há uma regra legal que restringe o acesso ao Judiciário ao lado de outra que permite o amplo acesso ao Judiciário, de nível constitucional, é evidente que a regra restritiva ficou submissa à regra permissiva, de forma que o dispositivo legal do Estatuto dos Militares não foi recepcionado pela nova Constituição.

Ademais, deve-se buscar utilizar o princípio da ponderação de interesse e da proporcionalidade no intuito de tornar amplo o acesso ao Judiciário sem discriminação do indivíduo civil ou militar, preservando direitos fundamentais extensíveis a todos.

Neste sentido é que também se mostra necessário interpretar normas infraconstitucionais à luz da Constituição vigente no momento de sua aplicação a fim de que não se cometa arbitrariedades na vigência plena do Estado Democrático de Direito, consolidado pela Constituição Federal de 1988.

## **2 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA NA CF/88**

O direito de acesso à prestação jurisdicional é elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Sem a garantia efetiva de acesso à Justiça, a proclamação de todos os demais direitos tornar-se-ia mera peça retórica, pois o cidadão não teria como protegê-los diante da sua violação, sobretudo quando esta fosse perpetrada pelo próprio Estado.

É neste sentido que Canotilho (1998, p. 265) afirma que o direito de acesso à Justiça configura um dos subprincípios em que se desdobra o princípio do Estado de Direito:

“ ‘Terceira dimensão do estado de direito’, ‘ pilar fundamental do estado de direito’, ‘coroamento do estado de direito’, são algumas das expressões utilizadas para salientar a importância no estado de direito, da existência de uma proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas”.

Karl Larenz (1993, p.176) ressalta que a possibilidade de o acesso pelo cidadão a órgãos independentes, para tutela de direitos contra o Estado, constitui um dos pilares básicos do Estado de Direito:

Um dos princípios fundamentais da construção do Estado de Direito é a concessão de uma ampla tutela jurídica. Com isso não se quer indicar apenas a concessão de proteção aos cidadãos em suas relações entre si, que é algo que desde há séculos fazem os Estados, os senhores feudais, ou os municípios, mas antes de tudo, a tutela jurídica dos cidadãos e das corporações diante dos atos de soberania estatal. Se no Estado de Direito todos os órgãos do Estado estão vinculados à lei e ao Direito, tem de existir uma última instância que decida com caráter definitivo sobre o que nesse Estado é Direito e o que não é. Se houvessem que decidi-lo as mesmas instâncias estatais que realizaram os atos de soberania, seriam juízes de seus próprios assuntos, o que manifestamente traria consigo o perigo de sua predisposição a favor de sua própria decisão e deixaria sem defesa o cidadão. Por isso, para que o Estado de Direito não “vire papel” e se verifique na prática cotidiana, é necessário o controle de todos os atos do Estado, que constituam ônus para os cidadãos, por tribunais que sejam independentes da instância cujo ato se deva revisar, que não possam receber nenhum tipo de instruções sobre o juízo que devem emitir e que decidam somente conforme a lei e ao Direito.

O Estatuto dos Militares, Lei n. 6.880/80, editado sob a ordem constitucional da Carta de 1967 e Emenda Constituição n. 1/69 possui em seu corpo dispositivo normativo que não mais encontra fundamento de validade face à promulgação da Constituição da República de 1988.

Trata-se do § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares) que possui a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 51. O militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação, segundo regulamentação específica de cada Força Armada.

(...)

§ 3º. O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.

Com base no dispositivo supra, os militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica estão passíveis de sofrer sanções disciplinares em razão das restrições enunciadas no § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 ao exercer seu direito fundamental de provocação da prestação jurisdicional, protegido pela nova ordem constitucional desde 5 de outubro de 1988.

Ademais, os estatutos disciplinares das três Forças Singulares (Marinha, Exército e Aeronáutica) possuem dispositivos que amparam seus comandantes militares a aplicar sanções disciplinares a seus subordinados por não observância a prescrições regulamentares de uma forma bastante genérica.

Entretanto, parece indiscutível que a exigência de esgotamento de instância administrativa prevista na primeira parte do § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 é incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, inscrito no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Maior vigente a partir de 05.10.1988.

O mesmo pode ser dito da exigência de comunicação ao superior hierárquico prevista na segunda parte do § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 antes do ajuizamento da demanda, pois cria um condicionamento desarrazoado ao exercício do direito de ação e finda por inibir o militar de recorrer ao Judiciário, pelo fundado temor de que possa ser vítima de represálias ou perseguições por parte de seus superiores.

Constata-se, assim, que o § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 não deve ser mais aplicado no âmbito das Forças Armadas, em face de sua flagrante incompatibilidade com a Constituição da República de 1988.

## 2.1 Antecedentes

No Brasil, a tutela do direito de amplo acesso à Justiça remonta à Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), primeira a prever explicitamente o princípio da indeclinabilidade de jurisdição nos seguintes termos:

Art. 141, § 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

A Constituição de 1988, marco na reconstrução Estado de Direito no país, atribuiu excepcional relevo ao direito ao acesso à Justiça, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

Porém, para Pontes de Miranda (1968, p. 97) esse princípio já poderia ter sido como presente na primeira Constituição da República (1891), pois estava implícito na sistemática constitucional então vigente.

Foi somente em 1891 que o Brasil com a primeira Constituição republicana se filiou à tripartição de Poderes de forma clara, nos moldes da Constituição norte-americana. Essa mudança possibilitou ao Judiciário brasileiro conhecer, por último, de toda lesão a direitos, vindo, dessa forma, ser o Judiciário um dos sustentáculos do Estado de Direito.

O acesso à Justiça não se refere somente acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas sim a “uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”, não restritos ao ordenamento jurídico processual. (RODRIGUES, 1994, p. 28).

Em análise comparativa da evolução do acesso à justiça, Cappelletti (1988, p. 13) constatou três ondas que invadem em número crescente os Estados contemporâneos.

A “primeira onda” trata da assistência jurídica aos pobres. Não se trata somente da pobreza econômica, mas também de seus efeitos culturais, sociais e jurídicos, que levam à ignorância de seus direitos e ao descrédito neles, buscando soluções antes do processo e durante a causa.



A “segunda onda” busca a proteção dos direitos coletivos e difusos, fruto de fenômenos de massa como também em relação a minorias raciais e outras (idosos, jovens etc).

A “terceira onda” refere-se à busca de novas alternativas para resolução de conflitos não solucionados no âmbito do processo judicial, como por exemplo a mediação, a conciliação informal e arbitragem, entre outros.

Assim dispõe o ilustre professor Kazuo Watanabe (1988, p.128), estudioso do assunto em nosso país: “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

Para o professor Mauro Cappelletti (1988, p. 8), o acesso à justiça “serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

## **2.2 O princípio da jurisdição una na CF/88**

Fruto de natural evolução do pensamento humano, a CF/88 ampliou à via preventiva o direito de acesso à Justiça para englobar a ameaça, tendo o novo texto constitucional suprimido a expressão “lesão de direito individual”, incluindo, dessa forma, direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Com a dicção de que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), a Constituição da República de 1988 consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo que o direito de acesso ao Poder Judiciário passou a ser amplo e despido de óbices que possam inibir o indivíduo de buscar a tutela jurisdicional.

Diante deste quadro, é indubitável que normas legais que criam embaraços e obstáculos para o acesso à Justiça, ou, pior que isso, que abrem espaço para punições administrativas para aqueles que recorrem ao Judiciário, afrontam gravemente à Constituição.

Com isso, o direito de invocar a atividade jurisdicional tornou-se direito público do cidadão, civil ou militar, e, portanto, todo expediente destinado a impedir ou dificultar sobremodo o acesso à Justiça constitui ofensa ao art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

Verifica-se, portanto, que as restrições impostas aos militares para o exercício do direito de ação, previstas no art. 51, § 3º, da Lei n. 6.880/80, constituem grave ofensa à inafastabilidade de jurisdição, assegurada pela Lei Maior, em seu art. 5º, XXXV.

Ressalte-se que os direitos fundamentais, em razão de seu protagonismo no sistema constitucional vigente, tanto que se qualificam como cláusulas pétreas, configuram certamente preceitos fundamentais. Este também é o caso do direito consagrado no art. 5º, XXXV, do texto magno, que, afinal, pode ser concebido como uma garantia necessária à efetividade de todos os demais direitos.

A professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2006, p. 711), após confirmar que “de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”, leciona que “o direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, o poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais ou coletivos”. Nosso direito, portanto, afastou “o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada”.

Ensina Lenza (2007, p. 723) que:

Em decorrência do princípio em análise, não mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, conforme se verificava no art. 153, § 4º, da CF/69, na redação dada pela EC n. 7, de 13.04.1977. Para se ingressar ('bater às portas') no Judiciário não é necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas.

Declara Cinthia Robert, (1999, p.12):

O acesso à Justiça está incluído no rol dos Direitos Humanos. A atividade protetiva do Estado, aliado ao princípio da isonomia, transforma o acesso à Justiça em acesso ao próprio Direito, o que não é preocupação exclusiva do Estado Brasileiro, constituindo-se em preceito constitucional em outros Estados democráticos de Direito.

Traz-se também o pensamento de Alexandre Cesar (2002, p. 46):

A garantia de efetivo acesso à Justiça também constitui um Direito Humano e, mais do que isto, um elemento essencial ao exercício pleno da cidadania, já que, indo além do simples acesso à tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário.

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, reconhece o direito de acesso à Justiça a todos os indivíduos nos seguintes termos:

Artigo 8º. Toda pessoa tem direito a recurso para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela constituição e pela lei.

Assim, passou a ser incompatível com a nova Constituição a exigência de esgotamento de instâncias administrativas como condicionante do exercício do indivíduo, seja civil ou militar, de ter a sua questão examinada pelo Poder Judiciário.

Nessa ótica, ao julgar o Mandado de Segurança n. 23.789-PE, a Ministra Ellen Gracie, em seu voto, destacou que "Condicionar a possibilidade do acesso ao Judiciário ao percurso administrativo, equivaleria a excluir do Judiciário uma possível

lesão a direito individual, em ostensivo gravame a garantia do art. 5º, XXXV da Constituição Federal”. (Julgamento em 30-6-05, Plenário, DJ de 23-9-05).

A obrigatoriedade de esgotar a instância administrativa para só depois buscar o Judiciário fere o princípio da jurisdição una, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Ademais, afronta os princípios da celeridade e economia processual impor ao militar tal conduta. Nesse sentido, entende o STJ nos seguintes julgados:

Apresenta-se clara a existência do interesse em agir, de vez que desnecessário o prévio requerimento na via administrativa para ensejar o ingresso na via judiciária. (REsp 270.518/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, unânime, DJU 02.12.02, p. 331).

A contestação da União demonstrando contrariedade ao mérito da demanda, não apenas alegando a necessidade de exaurimento da via administrativa, faz surgir o interesse processual.

Mostra-se desnecessário, assim, percorrer a via administrativa antes do ingresso em juízo. (REsp 328.889/RS, Rel. Min. Edson Vidigal, Quinta Turma, unânime, DJU 01.10.01, p. 244).

No mesmo sentido, encontram-se várias decisões proferidas no âmbito dos Tribunais Regionais Federais:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA CONCESSIVA, EM PARTE, DE *HABEAS CORPUS*. MILITAR. COMUNICAÇÃO AO SUPERIOR HIERÁRQUICO DO AJUIZAMENTO DA CAUSA. REVOGAÇÃO. LINGUAGEM IMODERADA NA DEFESA. EXCLUDENTE DOS CRIMES DE INJÚRIA E DIFAMAÇÃO PREVISTA NO ART. 142, INC I DO CP, NÃO O DE CALÚNIA.

- O disposto no § 3º do art. 51 da Lei nº 6.880/80, que exige cientificação prévia ao superior hierárquico pelo subordinado de que ingressará em Juízo para a defesa de seus direitos, não foi recepcionado pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXV). (TRF-5ª R., 3ª T., RSE 737/RN, Rel. Des. Federal Ridalvo Costa, DJ 27.05.05, p. 474).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CARTA TESTEMUNHÁVEL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR *HABEAS CORPUS*. PROVIMENTO.

- A norma que prevê o esgotamento da instância administrativa (art. 51, parágrafo 3º, da Lei n. 6.880/80) como condição de procedibilidade para o

exercício do direito de ação pelos militares não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. (TRF-5ª R., 1ª T., CT 722/AL, Rel. Des. Federal Francisco Wildo, DJ 15.10.04, p. 742).

#### MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA.

1 - O art. 51, §3º da lei nº 6880/80 não foi recepcionado pela CF/88 porque incompatível com o art. 5º, XXXV.

2 - Os princípios da subordinação e da hierarquia militares não superam o princípio da inafastabilidade da provocação do Poder Judiciário. Logo, não há que se esgotar a via administrativa para que o militar ajuíze ação. (TRF-4ª R., 3ª T., AMS nº 2003.71.01.005290-7/RS, Rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 17.01.08).

Sobre o assunto, eis a lição de Alexandre de Moraes (2005, p. 72):

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que exclui a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

Assim, conforme destaca Nelson Nery Júnior (1994, p. 91) “podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”.

A exceção ao direito de ação disposta na CF/88 ocorre nos casos de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, reguladas em lei (art. 217, § 1º), sem, porém, condicionar o acesso ao Judiciário ao término do processo administrativo, pois a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final (art. 217, § 2º).

Do mesmo modo, condicionar o exercício do direito de ação à comunicação ao superior hierárquico, antes do ajuizamento da demanda, também ofende,

frontalmente, a garantia constitucional ora analisada, uma vez que os termos amplos e genéricos do art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental, não admitem que se possa alvitrar semelhante restrição.

Com efeito, a Suprema Corte brasileira já entendeu pela inconstitucionalidade de norma legal que dificultava o exercício do direito de amplo acesso ao Judiciário. Veja-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO DO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário.
2. Ação Direta de Constitucionalidade julgada procedente. (ADI nº 1.074, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25-05-2007).

Certamente, a exigência de comunicação prévia do militar prejudicado ou ofendido ao superior hierárquico, pela norma em análise, cria um condicionamento injustificável ao exercício do direito de ação, inibindo o militar de exercer o seu direito subjetivo de recorrer ao Poder Judiciário.

E não há como se argumentar que se trata de norma decorrente dos princípios da hierarquia e disciplina das Forças Armadas previstos no art. 142 da Lei Maior. Embora o respeito à hierarquia e à disciplina constitua a base da ordem militar, não pressupõe o descumprimento dos direitos e garantias fundamentais dos militares.

É sabido que alguns direitos políticos e fundamentais dos membros das Forças Armadas são restringidos constitucionalmente, tais como: possibilidade de prisão dos militares fora do contexto do flagrante delito ou sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI); vedação de alistamento eleitoral no período do serviço militar obrigatório (art. 14); impedimento

de concessão de *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares (art. 142) e proibição de sindicalização e greve (art. 142, § 3º, IV).

Observa-se que tais restrições possuem estreita relação com as peculiaridades das atribuições das Forças Armadas. Não há, assim, qualquer fundamento para as limitações previstas no art. 51, § 3º, da Lei n. 6.880/80, posto que não evidenciado motivo suficiente e razoável que as justifique, nem mesmo os princípios da hierarquia e disciplina.

Portanto, embora as Forças Armadas, em razão das suas atribuições, sejam peculiares e exijam *modus vivendi* próprios, submetem-se ao ordenamento jurídico nacional e, como qualquer outra instituição estatal, estão sujeitas ao controle judicial acessível a todos, em um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a qualquer cidadão, civil ou militar, é garantido o amplo acesso ao Poder Judiciário para dirimir controvérsia que lhes é prejudicial, uma vez que “a regra inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, garantidora do direito ao processo e à tutela jurisdicional, constitui o parágrafo régio do Estado Democrático de Direito, pois, onde inexista a possibilidade do amparo judicial, haverá, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou dos excessos de particulares, quando transgridam, injustamente, os direitos de qualquer pessoa”. (Rcl n. 6.534 AgR/MA; Rel. Min. CELSO DE MELO; DJ 17-10-2008).

Assim, o art. 51, § 3º, da Lei n. 6.880/80 revela-se incompatível por ser anterior à Constituição Federal de 1988 e, portanto, não recepcionado pela nova ordem constitucional vigente, uma vez que viola o princípio da inafastabilidade do Judiciário.

Seguindo esse entendimento, a Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa emitiu o Parecer n. 121/2005, aprovado em caráter normativo pelo então Ministro da Defesa, no sentido da não recepção da norma em estudo pela Constituição de 1988, consoante se observa de sua ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APLICABILIDADE DO ESTATUTO DOS MILITARES (ART. 51, § 3º) E SANÇÃO DISCIPLINAR DECORRENTE DA INFRINGÊNCIA DA MESMA LEI. IMPOSSIBILIDADE FACE À CONSTITUIÇÃO DE 1988. COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO (ART. 5º, XXXV, CF/88) E PRINCÍPIO DA HIERARQUIA E DISCIPLINA (ART. 142/CF/88). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CASO CONCRETO. PREVALÊNCIA DO LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 51, § 3º DO ESTATUTO DOS MILITARES.

1 - A Constituição Federal prega o livre acesso ao Judiciário no seu art. 5º, XXXV. Qualquer norma que obstaculize ou afaste qualquer situação jurídica do crivo do Judiciário, será ou inconstitucional ou não recepcionada.

2 - No entanto, haveria dúvida e aparente antinomia na situação em análise em face do radical constitucional da hierarquia e disciplina constante do art. 142 da Constituição.

3 - A colisão de princípios constitucionais deve ser resolvida caso a caso. Deve ser levado em conta valores envolvidos e a situação concreta. Aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação de interesses.

4 - Na colisão entre os princípios da inafastabilidade do Judiciário e da hierarquia e disciplina militar tende a ter a prevalência do primeiro princípio, restando revogado a exigência de esgotamento das vias administrativas para que qualquer pessoa possa se socorrer do Judiciário.

5 - Não tem amparo constitucional, hoje, as sanções disciplinares decorrentes da combinação do art. 51, § 3º, do Estatuto dos Militares com os respectivos estatutos disciplinares das Forças. Nessa concepção, a referida norma não foi recepcionada, não mais encontrando fundamento de validade na atual Constituição da República. (Revista Jurídica do Ministério da Defesa. Brasília: Ministério da Defesa, Consultoria Jurídica, ano 2, nº 5, mar., 2006, p. 25).

Some-se, também, que tal manifestação, por força do contido no art. 42 da Lei Complementar n. 73/93, constitui norma aplicável a todos os órgãos autônomos e entidades ligadas ao Ministério da Defesa, incluindo-se, no rol de tais entidades, os Comandos Militares: Marinha, Exército e Aeronáutica. Assim, observa-se que a norma disposta no § 3º do art. 51, da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares) não merece ser mais aplicada no âmbito daqueles Comandos.

O Comando do Exército em observância ao Parecer n. 121/2005-CONJUR/MD assim já se posicionou “ressalta-se que a regra estabelecida com o art. 51, § 3º, do E-1, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não havendo, após a promulgação daquela Carta, a necessidade de esgotamento dos recursos na esfera administrativa nem de comunicação prévia à Autoridade Militar, para que o militar que se sinta prejudicado por ato da Administração Militar submeta



a questão à apreciação do Poder Judiciário". (Boletim do Exército n. 46, de 19 de novembro de 2010, p. 55).

Tal posicionamento não passou despercebido pela doutrina. João Rodrigues Arruda (2007, p. 40) ressalta que:

O acesso dos militares à Justiça tem evoluído rapidamente, em especial após a Constituição de 1988. Apesar de o Estatuto dos Militares ainda prever que o militar só pode recorrer ao Judiciário depois de esgotados todos os recursos administrativos, esse dispositivo de há muito não é observado.

Assim, demonstra-se que o § 3º do art. 51, da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares) é incompatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Política de 1988, e, portanto, não foi recepcionado pela atual Constituição Pátria.

Com efeito, sobre o importante direito à jurisdição, o Ministro Celso de Mello assim se manifestou no RE 422642:

... o sistema constitucional brasileiro consagra, em favor de qualquer pessoa, o direito à jurisdição, expressamente assegurado pelo princípio da inafastabilidade do "judicial review" (CF, art. 5º, XXXV). Impõe-se observar, por isso mesmo, que a instauração de processos judiciais traduz legítima expressão de uma prerrogativa constitucional assegurada, pela Carta Política, a qualquer pessoa, entidade ou organização que se sinta lesada ou ameaçada de lesão, em seus direitos, por comportamentos abusivos ou ilegais praticados quer por particulares, quer pelo próprio Poder Público. Na realidade, o acesso ao Poder Judiciário reflete, na significativa projeção dos seus efeitos, uma expressiva garantia de índole constitucional destinada a permitir a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de restaurar a ordem jurídica vulnerada por atos eivados de ilicitude ou de desrespeito ao sistema normativo. A possibilidade de solução jurisdicional dos conflitos sociais representa índice revelador do grau de desenvolvimento cultural dos povos e significa, por isso mesmo, a diferença fundamental entre civilização e barbárie. O direito ao processo - mesmo quando exercido numa perspectiva multitudinária - constitui prerrogativa jurídica da maior relevância. Funda-se em proclamação formal, que, introduzida, de modo explícito, pela Constituição democrática de 1946 (art. 141, § 4º), tem sido reiterada, ao longo do nosso processo histórico, pelos sucessivos documentos constitucionais republicanos até hoje promulgados. O legislador constituinte, ao consagrar o postulado assegurador do ingresso em juízo, fez uma clara opção de natureza política, pois teve a percepção - fundamental sob todos os aspectos - de que, onde inexistente a possibilidade

do amparo judicial, há, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou, até mesmo, dos excessos de particulares, quando transgridem, injustamente, os direitos de qualquer pessoa. É por essa razão que a norma constitucional garantidora do direito ao processo tem sido definida por eminentes autores como o parágrafo régio do Estado Democrático de Direito, pois, sem o reconhecimento dessa essencial prerrogativa de caráter político-jurídico, restarão descaracterizados os aspectos que tipificam as organizações estatais fundadas no princípio da liberdade”. (RE 422642 MC/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática, julgado em 23/04/2004, publicado em DJ 20/05/2004).

### 2.3 O contencioso administrativo na Constituição de 1967

O instituto do contencioso administrativo a que se referia a Constituição de 1967 nunca chegou a ser regulamentado, nem mesmo teve a pretensão de afirmar que suas decisões teriam força jurisdicional.

Assim, o permissivo constitucional, criado pela Emenda n. 7/77 à Constituição de 1967, não teve o condão de implantar no Brasil um contencioso administrativo nos moldes do sistema europeu. O que foi criado é o que se pode chamar uma instância administrativa de curso forçado pela qual, satisfeitos determinados requisitos constitucionais, exigia-se do requerente que inicialmente percorresse a instância administrativa para só depois ir ao Judiciário; porém nem mesmo este contencioso completamente desfigurado chegou a ser posto em prática por não ter sido regulamentado.

Assim dispunha a EC n. 7/77, arts. 111, 153, § 4º e 203, *in verbis*:

Art. 111. A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior (Artigo 153, § 4º).

(...)

Art. 153, § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

(...)

Art. 203. Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e providenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (Art. 153, § 4º).

Acerca do contencioso administrativo, esclarece Nelson Nery Junior (1994, p. 92):

O art. 153, § 4º, segunda parte, da CF de 1969, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13.04.1977, autorizava a lei infraconstitucional a exigir o prévio esgotamento da via administrativa para que se pudesse ingressar com ação em juízo, funcionando como se fora uma condição de procedibilidade da ação civil que, se não atendida, ensejaria a extinção do processo sem conhecimento do mérito por falta de interesse processual.

A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais se permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado.

É certo que a lei poderá criar órgãos administrativos diante dos quais seja possível apresentarem-se recursos contra decisões administrativas. A lei poderá igualmente prever recursos para órgãos monocráticos ou colegiados. Porém estes remédios administrativos não passarão nunca de uma mera via opcional do interessado. Ninguém pode negar que em muitos casos possam ser até mesmo úteis, por ensejarem a oportunidade de uma autocorreção pela administração dos seus próprios atos, sem impor ao requerente os ônus de uma ação judicial; mas o que é essencial é que a entrada pela via administrativa há de ser uma opção livre do interessado e não uma imposição legal ou de qualquer ato administrativo. Qualquer outro entendimento diverso desse não encontra respaldo no novo Sistema Constitucional.

Sobre a desnecessidade de exaurir-se todos os recursos disponíveis para só, então, poder-se ingressar na Justiça, leciona o saudoso professor Hely Lopes Meirelles (1993, p. 581):

A possibilidade de exigir exaustão dos recursos administrativos para ingresso em juízo contra a Administração foi abolida na atual Constituição, salvo a hipótese prevista no seu art. 217, § 1º relativa à justiça desportiva.

Foi nesse contexto que foi editada a Lei n. 6.880/80 e em seu bojo, o § 3º do art. 51 prevê que o militar só deverá buscar a tutela jurisdicional após esgotar todos os recursos administrativos (reconsideração de ato, queixa ou representação), devendo informar, antecipadamente, a seu superior hierárquico tal iniciativa. Tal dispositivo legal contraria expressamente a nova ordem constitucional, em seu art. 5º, XXXV.

### **3 O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (ART. 5º, XXXV) VERSUS O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA E DISCIPLINA (ART. 142) NA CF/88**

A Constituição da República trata em seu bojo de diversos assuntos. Classificada doutrinariamente como uma constituição analítica, ela trata não só da estrutura de governo, forma do Estado, dos Poderes, mas também dedica capítulos ao esporte, criança e adolescente e índio, dentre outros.

Nesse diapasão, diversos dispositivos e princípios constitucionais às vezes podem aparentemente se mostrar contraditórios. Aparentemente, pois um princípio por ser mandamento fundamental de um sistema, dotado de alta carga valorativa, não pode colidir abstratamente com outro pertencente a uma mesma ordem, sob pena de incoerência ou insustentabilidade jurídica do sistema. Pode haver conflitos, repita-se, aparentes entre normas e princípios constitucionais. Estes têm mais possibilidade de ocorrer em nossa Lei Maior em função do seu caráter analítico. Cite-se o exemplo clássico dos dispositivos constitucionais que garantem o direito à liberdade de imprensa e à liberdade de informação, e o que garante o direito à intimidade e privacidade. Então, como chegar a uma solução entre princípios constitucionais conflitantes ente si, e garantir uma imprensa investigativa (princípio da liberdade de expressão), bem como à intimidade do indivíduo (princípio da privacidade). A solução que melhor se apresenta é a de ponderação de interesses e valoração dos princípios caso a caso. A depender do caso concreto, ora um prevalecerá, ora outro.

Entre os princípios constitucionais consagrados na CF/88 encontram-se o princípio da inafastabilidade de jurisdição extensível a todos os indivíduos (art. 5º, XXXV) e o princípio da hierarquia e da disciplina das Forças Armadas (art. 142).

O princípio da hierarquia e da disciplina dentro das Forças Armadas justifica-se em função do nobre papel de que a elas são incumbidas. A regulamentação da hierarquia e da disciplina é trazida pelo Estatuto dos Militares, Lei n. 6.880/80, no qual consta em seu corpo o analisado art. 51, § 3º. Este dispositivo poderia ter sido

recepcionado pela CF/88 em função do princípio da hierarquia e disciplina, argumentar-se-ia. Porém, não procede tal argumentação.

No caso em estudo, temos o princípio da inafastabilidade do Judiciário frente à hierarquia e disciplina das Forças Armadas. Então, como compor esse conflito de princípios que são de singular importância? A resposta que se encontra é dada pela ponderação de interesses e pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Acerca da ponderação de interesses, leciona Daniel Sarmiento (2002, p. 99-100):

A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los. Nesta tarefa, estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da unidade de Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões. Isto porque a Constituição não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais.

O professor Sarmiento (2002, p. 87/89) também nos ensina que:

A doutrina alemã, no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, determinou sua decomposição em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que a inspiram. O princípio da necessidade ou exigibilidade, por sua vez, impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.

O art. 142 da Constituição Federal de 1988 coloca a hierarquia e a disciplina militar como base organizacional das Forças Armadas, como também reporta estas exigências aos integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Com isto, reafirma a importância de tais institutos no meio militar.

Os conceitos de hierarquia e disciplina estão mais presentes nas organizações de caráter militar, estruturadas em um controle verticalizado de seus recursos humanos, voltados para a eficiência e eficácia de suas atividades constitucionais.

Reza a Constituição de 1988, *in verbis*:

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 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.

As Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República (art. 84, XIII, CF/88).

Na lição de José Afonso da Silva (2008, p. 773):

Hierarquia 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 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.

Também para José Afonso da Silva (2008, p. 773):

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.

Dispõe a Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares), art. 14, § 1º, *in verbis*:

A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

Quanto à disciplina dispõe o mesmo diploma legal, art. 14, § 2º, *in verbis*:

Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Como se observa, hierarquia e disciplina não se confundem, mas são termos correlatos, na medida em que a disciplina pressupõe a relação hierárquica. Juridicamente falando, somente se é obrigado a obedecer a quem tem poder hierárquico.

Os princípios de hierarquia e disciplina que regem a vida castrense justificam certas restrições aos direitos fundamentais dos militares. O militar não pode, por exemplo, invocar a sua privacidade ou a sua liberdade geral de ação, para recusar o uso da farda em serviço, ou para esquivar-se de cortar o cabelo ou de fazer a barba.

Porém, a observância da hierarquia e da disciplina não pressupõe o descumprimento dos direitos fundamentais que foram assegurados ao cidadão. A CF/88, em nenhum momento, diferenciou, no tocante à garantia de acesso ao Judiciário, o cidadão militar do cidadão civil. Os princípios da hierarquia e da disciplina militar não têm qualquer relação com o acesso à Justiça, inexistindo motivo suficiente que dê amparo às restrições constantes do art. 51, § 3º da Lei n. 6.880/80.

Portanto, a hierarquia e a disciplina devem ser preservadas por serem princípios essenciais das Forças Militares, porém os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, da CF/88, são normas de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88), que devem ser asseguradas a todos os cidadãos, civis ou



militares, brasileiros ou estrangeiros, sem qualquer discriminação, na busca do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Assim, a ponderação de interesses e a aplicação do princípio da proporcionalidade diante do caso concreto apontarão a solução mais adequada a cada caso, solução esta que aponta para a não recepção do § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 e a prevalência do princípio de acesso à Justiça em virtude do interesse público.

#### 4 O FENÔMENO DA NÃO RECEPÇÃO DA NORMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição, quando em vigor, revoga tacitamente o ordenamento jurídico que se mostre com ela incompatível e recepiona o ordenamento que se mostre compatível.

Em se tratando de incompatibilidade entre a Constituição e o ordenamento jurídico preexistente, o STF tem se posicionado pela adoção da tese da revogação (ou não recepção).

Confira-se o julgamento da ADI n. 2/DF:

EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 21-11-97).

Para Streck (2004, p. 699),

Se certas leis promulgadas sob a égide da Constituição anterior continuam sendo válidas sob a Constituição nova, isso é possível porque a nova Constituição confere-lhes validade, seja expressa, seja tacitamente. O fenômeno é um caso de recepção, porque a nova ordem recebe a velha lei.

Também traz-se a lição da mais abalizada doutrina nesse sentido:

“Tecnicamente, uma lei contrária à Constituição posterior representa a revogação da primeira e não da sua inconstitucionalidade” (MONTEIRO, 1973, p. 29).

“Se com a nova Constituição forem inconciliáveis, implícita ou explicitamente, todas as regras, escritas ou não, do direito anterior, todas elas deixarão de vigorar no instante mesmo que se iniciou a vigência da nova Constituição” (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 595).

O Ministro-Relator Paulo Brossard em seu voto na ADI n. 2/DF assim declarou:

Em síntese, a lei posterior à Constituição, se a contrariar, será inconstitucional; a lei anterior à Constituição se a contrariar será por ela revogada, como aconteceria com qualquer lei que a sucedesse. Como ficou dito e vale ser repetido, num caso, o problema é de direito constitucional, noutra é de direito intertemporal.

O fenômeno da recepção assegura a preservação do ordenamento jurídico infraconstitucional existente anteriormente à vigência do novo texto fundamental, desde que com este não mantenha conflito antinômico e com ele guarde relação de estreita fidelidade no plano jurídico-material.

O ordenamento normativo, anterior e inferior ao estatuto fundamental, uma vez recebido pela nova Constituição, passa a ter, nela, o seu novo fundamento de validade e eficácia, desde que ausente, entre ambos, qualquer conflito de natureza material.

O fenômeno da recepção garante a prevalência do princípio da continuidade do direito, pois, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores (...), desde que não conflitantes com o texto constitucional...” (RTJ 71/289-293).

A teoria da recepção, em última análise, objetiva resolver a questão referente à aplicação das normas jurídicas no tempo, em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional.

A incompatibilidade vertical superveniente de leis ordinárias anteriores, resultante de sua colidência com o novo ordenamento constitucional, gera a imediata revogação dos atos hierarquicamente inferiores.

O Estatuto dos Militares – Lei n. 6.880/80 – é anterior à Constituição de 88, portanto, naquilo que a contraria, foi por ela revogado e, se com ela compatível, foi recepcionado.

Assim, o § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 contraria o inciso XXXV do art. 5º da CF/88, não mais merecendo a sua aplicabilidade no âmbito castrense por não haver sido recepcionado pela nova ordem constitucional.

## **5 A LEI N. 6.880/80 (ESTATUTO DOS MILITARES) FACE À CONSTITUIÇÃO DE 1967 E À CF/88**

O Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/80) foi sancionado sob a égide da Carta Constitucional de 1967 na qual vigia o instituto do contencioso administrativo (art. 153, § 4º), introduzido no ordenamento jurídico pela EC n. 7/1977. Entretanto, tal norma não foi mantida pela Constituição de 88. A Carta atual reza que o acesso ao Poder Judiciário deve ser amplo e despido de qualquer obstáculo que possa inibir o cidadão de buscar a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV).

A Constituição Federal de 88, norma fundamental do nosso ordenamento jurídico, não mais condiciona a tutela jurisdicional consagrando, portanto, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Dessa maneira, qualquer dispositivo legal que impõe alguma condição, seja de exaurimento prévio da via administrativa, seja do dever de informar previamente à autoridade superior, não encontra mais fundamento na Constituição atual. Quando da promulgação da Constituição de 88 desapareceria o seu fundamento de validade (CF/67).

Ressalte-se a natureza jurídica de direito fundamental da norma inserida no inciso XXXV do art. 5º da CF/88 que prega o livre acesso ao Judiciário. Sabe-se que os direitos fundamentais têm eficácia plena e não podem ser alterados nem por posterior emenda constitucional. Quis assim o legislador constituinte originário, e assim o é na nova ordem jurídica.

Assim, apontam-se duas soluções que se sobressaem para identificar o que teria acontecido com o § 3º, art. 51, da Lei n. 6.880/80. Primeira, qualquer norma contrária ao inciso XXXV do art. 5º da CF será inconstitucional, se publicada posteriormente a CF/88, ou, a segunda, não teria sido recepcionada, se publicada antes da CF/88. O dispositivo legal em estudo se enquadraria nessa última hipótese, mantendo a higidez da ordem jurídica posta, excluindo-se qualquer possibilidade de antinomias.

Nesse sentido, a lição de Luís Roberto Barroso (2004, p. 9)

A ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articulam harmoniosamente. Não se amolda à idéia de sistema a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, contrastantes entre si. Justamente ao revés, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis.

### **5.1 Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas face ao § 3º do art. 51, da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares)**

Os estatutos disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica quando combinados com o disposto no § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares) levavam, em tese, os militares a cometer transgressão disciplinar ao preverem como falta disciplinar o não esgotamento da instância administrativa por parte do militar que se sentisse prejudicado ou ofendido e também quando não comunicasse ao seu superior hierárquico o ingresso nas vias judiciais.

Disponha assim o antigo Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto n. 90.608, de 4 de dezembro de 1984), Anexo I, n. 15, como transgressão disciplinar, *in verbis*:

15. Recorrer ao Judiciário sem antes esgotar todos os recursos administrativos.

O estatuto disciplinar da Marinha (Decreto n. 88.545, de 26 de julho de 1983), ainda em vigor, não previu expressamente a mesma infração disposta taxativamente no estatuto disciplinar do Exército, porém o art. 7º, parágrafo único, combinado com o dispositivo do Estatuto Militar leva à possibilidade de infração disciplinar por parte do militar da Marinha que venha a buscar a tutela jurisdicional sem antes de esgotar a esfera administrativa:

Art. 7º. São contravenções disciplinares:

Parágrafo único. São também consideradas contravenções disciplinares todas as omissões do dever militar não especificadas no presente artigo, desde que não qualificadas como crimes nas leis penais militares, cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes.

Na mesma linha, prevê o estatuto disciplinar da Aeronáutica (Decreto n. 76.322, de 22 de setembro de 1975), art. 10, n. 8, parágrafo único, *in verbis*:

Art. 10. São transgressões disciplinares, quando não constituírem crime:

(...)

8 – deixar de cumprir ou de fazer cumprir, quando isso lhe competir, qualquer prescrição regulamentar;

(...)

Parágrafo único. São consideradas também transgressões disciplinares as ações ou omissões não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crimes nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais, contra a honra e pundonor individual militar; contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos ou prescritos por autoridade competente.

Mesmo diante da nova ordem constitucional instituída desde 5 de outubro de 1988, os comandantes militares aplicavam sanções disciplinares a seus comandados por buscarem o Poder Judiciário sem antes de esgotar a esfera administrativa, sob a alegação de descumprimento de preceito legal e ofensa à

hierarquia e à disciplina, fundamentadas em seus regulamentos disciplinares. Tal fato levou inúmeros militares que sofreram punições disciplinares, sob esse fundamento, a buscar junto ao Judiciário a nulidade de tais sanções, consoante se observa nos julgados a seguir:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR PUNIDO COM PENA DE PRISÃO POR TER IMPETRADO MANDADO DE SEGURANÇA PARA DEFESA DE SEUS DIREITOS.

1. O Decreto nº 90.680/84, item 15 do Anexo 1, ao estabelecer que caracteriza infração disciplinar "recorrer ao judiciário sem antes esgotar todos os recursos administrativos" e o artigo 51, § 3º do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), ao enunciar que "o militar só poderá recorrer ao judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado", não foram recepcionados pela Magna Carta de 1988, onde é assegurado o direito de acesso ao judiciário, sem a necessidade de esgotar previamente a via administrativa. (TRF/4ªR - REOMS 94.04.39311-8/RS, Rel. Juíza Federal Luíza Dias Cassales, Terceira Turma, unânime, DJU 30.09.98, p. 489).

ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO DE MILITAR QUE AJUÍZA AÇÃO PARA DEFESA DOS SEUS DIREITOS. ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

1. Na Constituição Federal de 1988 não existe, em qualquer hipótese, o dever de percorrer a via administrativa como condição da ação judicial (CF, artigo 5º, inc. XXXV).  
2. O artigo 51, § 3º, da Lei nº 6.880, de 09.12.80, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Do mesmo modo, perdeu eficácia o Decreto nº 90.608, de 04.12.84, em seu anexo 01, item 15.  
3. Punição anulada.  
4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF/4ªR - AMS 90.04.20516-0/RS, Rel. Juiz Fábio Rosa, Terceira Turma, unânime, DJU 23.12.92, p. 44.416).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. PRISÃO DISCIPLINAR. ART. 51, PARÁGRAFO 3º, DA LEI Nº 6880/80. ART. 5º, XXXI, DA CF. INCOMPATIBILIDADE COM A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE. NULIDADE DO ATO PUNITIVO.

- Para recorrer ao Poder Judiciário, a legislação castrense exige - art. 51 - que tenham se esgotado todos os recursos administrativos e que o interessado informe a sua intenção ao superior hierárquico.  
- Incompatibilidade do parágrafo 3º, do art. 51, da Lei nº 6880/80 com a nova ordem constitucional, por força do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual disciplina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, não há como justificar uma atitude da administração castrense de punir militar que busca proteção no Judiciário, em face de ato abusivo e ilegal praticado no exercício da profissão.



- Mesmo que se considerassem válidas as exigências impostas pelo art. 51, parágrafo 3º, da Lei nº 6880/80, a motivação da prisão do autor não encontraria guarida, por ter ele procurado exaurir os recursos cabíveis na esfera administrativa antes de enveredar pela seara judicial, assim como também ter comunicado ao superior hierárquico a sua intenção de recorrer ao Poder Judiciário para ver reconhecido o seu direito ao reajuste implementado pela URP.

- Apelação e remessa obrigatória improvidas. (TRF-5ª R., 1ª T., AC 89021/PE, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, DJ 25.01.06, p. 448).

#### RECURSO EM HABEAS CORPUS. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO.

1. (...)

2. O art. 51, § 3º, da Lei 6.880/1980, o qual prevê que "o militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado", não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988 por violar o princípio do livre acesso ao Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV), sendo, portanto, inconstitucional a imposição de sanção ao paciente por haver impetrado "*habeas corpus*" perante o STM sem comunicar o fato, previamente, à autoridade militar. Precedentes desta Corte e dos Tribunais Regionais Federais da 2ª, da 4ª e da 5ª Regiões. (TRF-1ª R., 3ª T., RCHC 200638030020214/MG, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJ 21.09.07, p. 33).

#### RECURSO EM HABEAS CORPUS - PRISÃO DISCIPLINAR MILITAR – ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PRÉVIA COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA NÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. A despeito de os arts. 142, §2º, da Constituição Federal e 647, do Código de Processo Penal, estabelecerem expressamente não ser cabível *habeas corpus* para discutir punição disciplinar militar, a jurisprudência tem entendido que, caracterizando-se como ato administrativo, seus aspectos formais podem ser analisados pelo Poder Judiciário, sendo vedado apenas o exame do mérito da punição disciplinar militar.

2. Reveste-se de ilegalidade ato disciplinar militar que decide por restringir a liberdade de locomoção de militar que deixou de esgotar meios administrativos exigidos por procedimentais constantes nos Regulamentos e Estatutos castrenses, antes de ingressar em juízo.

3. Com a promulgação da Constituição de 1988, consagrou-se o princípio da inafastabilidade do julgamento pelo Poder Judiciário de quaisquer atos administrativos, quanto a sua legalidade, forma, competência e motivação.

4. Remessa a que se nega provimento, para manter-se a sentença concessiva do HC. (TRF-5ª R., 4ª T., RHCEXOF nº 2373/RN, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, DJU 17.05.06).

A doutrina de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2005, p. 10/11) ensina:

O Direito Militar (penal ou disciplinar) é um ramo especial da Ciência Jurídica, com princípios e particularidades próprias, mas sujeitando-se às normas constitucionais.

Por disposição da CF, não se permite que uma norma infraconstitucional sobreponha-se ao texto fundamental. Os regulamentos disciplinares foram impostos por meio de decreto federais (Forças Armadas) e estaduais (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) e não podem se sobrepor à Constituição Federal em respeito à hierarquia das leis.

As autoridades administrativas militares ainda não aceitam como regra a aplicação do princípio da legalidade na transgressão disciplinar militar, pois entendem que a discricionariedade é necessária para a manutenção do respeito às Instituições Militares. Mas, a observância da hierarquia e da disciplina não pressupõe o descumprimento dos direitos fundamentais que foram assegurados ao cidadão. A CF, em nenhum momento, diferenciou, no tocante às garantias fundamentais, o cidadão militar do cidadão civil.

Adaptando-se aos ditames da nova Constituição Federal, o atual Regulamento Disciplinar do Exército - RDE (Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002) já não mais prevê em seu Anexo I (relação de transgressões) “recorrer ao Judiciário sem antes esgotar todos os recursos administrativos” no rol das transgressões disciplinares, como constava do Estatuto Disciplinar anterior (Decreto n. 90.608, de 4 de dezembro de 1984), item 15 do Anexo I.

Constata-se, portanto, que qualquer punição disciplinar aplicada atualmente no seio castrense sob os fundamentos do não esgotamento da via administrativa e a não comunicação prévia ao superior hierárquico, conforme dispõe o § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80, combinado com dispositivos dos regulamentos disciplinares das três forças militares federais, é nula de pleno direito por contrariar a nova ordem constitucional instituída desde 5 de outubro de 1988.

## CONCLUSÃO

Considerando esta relação estreita de princípios, ora representado pelas garantias fundamentais, entre eles o do acesso à Justiça, ora pelo da hierarquia e disciplina das Forças Armadas para sua manutenção, todos inscritos na ordem constitucional, não se pode olvidar de que ninguém pode ser privado do acesso à Justiça, direito fundamental consagrado pela Constituição de 1988.

Em linha principiológica, cumpre-se observar que a Constituição Federal de 1988, sensível às peculiaridades e natureza do serviço militar, esculpido e baseado na rígida disciplina e no respeito absoluto a uma hierarquia rigorosa, é que estabeleceu a hierarquia e a disciplina como fundamento das Forças Armadas (art. 142), não fazendo ressalva aos cidadãos, civis ou militares, quanto ao acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV).

A teor da Constituição Federal em seu *caput*, do art. 142 defluiu serem as Forças Armadas e de igual modo as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares um corpo especial da administração o que as diferencia de qualquer outro ramo do setor civil. A eles até opondo-se em virtude de sua militarização, em razão de que são detentores da força pública e nelas se deposita a coação irresistível com que deve contar qualquer modalidade política de Estado, seja a socialista como a democrática, passando por qualquer forma de regime e governo para manter a unidade de seu povo e de seu território sob uma ordem pacífica e justa, tal a sua relevante missão constitucional. Portanto, a obediência aos preceitos da hierarquia e da disciplina são metas e objetivos permanentes destas corporações militares já que apanágios dessas instituições.

Muitos são os casos de descontrole social e desordem pública em que a obediência deve ser absoluta e não relativa, situações estas em que não cabe ao subordinado, como para o superior hierárquico, a análise da legalidade de determinada ordem, razão pelo qual a eficiência das forças militares exige rigidez máxima e desde que há hierarquia, há poder disciplinar; qualquer ingerência da justiça na economia moral do encadeamento administrativo seria perturbadora da finalidade mesma das regras jurídicas que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar.

Além da finalidade óbvia traduzida na impositiva manutenção da disciplina, da hierarquia e da ordem administrativa das instituições militares, verifica-se de seus regramentos que devem ser observadas a competência legal para aplicar as sanções; o modo que forem aplicadas; se atendem aos ditames de seus regulamentos quanto ao requisito da forma e sua motivação representadas pelos respectivos artigos que enquadram a conduta de seus integrantes faltosos.

A hierarquia e a disciplina constituem, por assim dizer, a própria essência das Forças Armadas. Se quisermos, optando, preservar a integridade delas devemos começar pela tarefa de levantar um sólido obstáculo às pretensões do Judiciário, se é que existem, de tentar traduzir em conceitos jurídicos experiências vitais da caserna.

O que não se pode escudar é de que a sociedade militar tem suas peculiaridades já que a própria Constituição assim lhe apresenta, tendo como seus princípios basilares de sustentação a hierarquia e a disciplina. Contudo, mesmo com estas peculiaridades compõem a administração pública direta e se rege obedecendo aos princípios estampados na Constituição Federal em seu *caput*, no art. 37, representados pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O controle dos atos administrativos militares pode e deve ser submetido aos Princípios Gerais do Direito e, como tal, deve ser submetido ao controle do Poder Judiciário, entretanto, deve reduzir-se aos aspectos extrínsecos do ato, ou seja, se foram atendidos os requisitos necessários à sua formação: A competência, que resulta da lei e por ela é limitada; a finalidade, que é o objetivo de interesse público a atingir; a forma, que é requisito vinculado e imprescindível e; o motivo que é situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato administrativo. Hoje, em face do princípio do acesso a justiça, conjugado com o da moralidade administrativa, a motivação é, em regra, obrigatória.

Entretanto, não deve o Judiciário, jamais, analisar o mérito do ato administrativo, prerrogativa dos Comandantes, Chefes e Diretores militares – especialmente na seara delicada das transgressões disciplinares, sob pena de estimular ou dar ensejo a intermináveis pendengas judiciais entre comandantes e comandados, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina.

O sistema jurídico militar vigente no Brasil pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores militares (conferido pela lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhe são subordinados, relação esta tutelada pelos regulamentos disciplinares e pela legislação penal militar.

Finalmente, não há, de modo algum, intromissão do Poder Judiciário nas questões essencialmente administrativas militares. Bem por isso, desde a instauração de sua primeira República, em 1891, o Brasil adotou o Sistema de

Jurisdição Única, ou seja, o do controle administrativo pela justiça comum, seja ela federal ou estadual.

O Poder Judiciário é o último bastião em defesa do cidadão brasileiro. Por evidente que restringir sua atuação frente a questões militares seria um retrocesso injustificável para a Democracia.

Da mesma forma com que o Poder Judiciário analisa os pedidos que lhe são dirigidos pelos militares – que se julgam violados em seus direitos fundamentais, analisa com igual atenção e prudência as respostas e justificativas das instituições militares, dentro de um devido processo legal e, a vitória, à toda evidência, caberá a quem melhor demonstrar o direito.

Tornando à temática deste trabalho, pode-se afirmar conclusivamente:

a) o princípio da isonomia, portanto, exige tratamento equânime pelo legislador, pelo juiz e pelo administrador e sem distinções arbitrárias, sendo justificáveis, aliados aos demais princípios estudados, para a consecução dos objetivos fundamentais da Carta e do Estado Democrático de Direito fundado na cidadania e dignidade da pessoa humana;

b) O obstáculo de esgotar a instância administrativa para só depois buscar solução no Judiciário, fundado na rigidez da hierarquia e disciplina, que, por isso mesmo, as tornam invulneráveis se atendidos os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Essas devem ser rígidas sim, mas nunca perversas e degradantes da dignidade da pessoa humana. Não há que se confundir rigidez (inflexibilidade) com perversidade ou ilegalidade, posto não terem o condão de suplantar e subjugar os preceitos supremos e fundamentais do Estado Democrático de Direito;

c) O ambiente castrense, dado a Administração Militar em geral, não é supressor do Estado Democrático de Direito, para se insurgir ou não se submeter à

máxima jurídica “*patere legem quam fecisti*”, ao qual o próprio Estado de Direito se subsume; fato indubitado e inegável;

d) quanto ao § 3º do art. 51 da Lei n. 6.880/80 versus inciso XXXV, art. 5º da CF/88, há conflito de normas ou antinomia, haja vista não ser mais aplicável dispositivo legal que contraria a Constituição vigente.

Finalmente o acesso ao Judiciário (cláusula pétrea) constitui no desaguadouro de todos os institutos anteriormente estudados, pois é perante este que se podem invalidar as leis, atos administrativos ou jurisdicionais que restrinjam os direitos à defesa, à proteção contra lesão ou ameaça a direitos, aos direitos coletivos e difusos e a possibilidade de evitar a concretização de um dano.

## BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, João Rodrigues. *O uso político das Forças Armadas e outras questões militares*. Rio de Janeiro: Mauad, 2007, p. 40.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. *Estatuto dos Militares*. Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980. D.O.U. de 11.12.1980.

BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002. D.O.U. de 27.8.2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Ed. Almedina, 1998, p. 265.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 8.

CESAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: Ed. UFMT, 2002, p. 46.  
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 711.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Ed. Civitas, 1993, p. 176.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª. ed. rev., atual. e amp. - São Paulo: Método, mar. 2007, p. 723.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 581.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito Civil. Parte Geral*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 29.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 72.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 91.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 97.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967 e 69*. 2ª. ed. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 595.



ROBERT, Cinthia. *Direitos Humanos, Teoria e Prática*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p.12.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10-11.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99-100.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 773.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. ed., rev. e amp. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 699.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.