

ELBERT DA CRUZ HEUSELER

Mestre em Direito da Administração Pública
Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais
Pós Graduado em Estratégia e Relações Internacionais
Especialista em Globalização e Brasil Contemporâneo – ESG
Professor dos Cursos de Pós Graduação e Graduação da UNESA
Instrutor do Curso de Formação de Juizes Militares – MB
Assessor Jurídico Militar no RJ

Da concessão da ordem de *habeas corpus* contra punições disciplinares militares

O presente artigo pretende correlacionar a Teoria Jurídica do Estado e seus pensadores com o estudo constitucional da concessão da ordem de *habeas corpus* contra punições disciplinares militares, matéria afeta ao Processo Administrativo Disciplinar Militar.

De plano, insta apreciar-se a alocação topográfica do tema Forças Armadas no texto da Constituição vigente.

Principie-se por notar-se que o texto da Constituição Federal está dividido em 9 grandes segmentos temáticos, denominados *Títulos*, a saber:

- *Título I*, abrangendo os *Princípios Fundamentais* da própria República Federativa do Brasil;
- *Título II*, abrangendo os *Direitos e Garantias Fundamentais*;
- *Título III*, abrangendo a *Organização do Estado*;
- *Título IV*, abrangendo a *Organização dos Poderes* (Legislativo, Executivo e Judiciário);
- *Título V*, abrangendo a *Defesa do Estado e das Instituições*;
- *Título VI*, abrangendo a *Tributação e o Orçamento*;
- *Título VII*, abrangendo a *Ordem Econômica e Financeira*;
- *Título VIII*, abrangendo a *Ordem Social*; e

- *Título IX*, dedicado a *Disposições Gerais*.

Os dois primeiros lançam *principiologias*: o primeiro constante de fundamentos da própria Nação em si, o segundo, pertinentes a direitos e deveres individuais e coletivos em geral, aqueles sociais, os de nacionalidade e os políticos.

O terceiro aborda a organização do Estado, do Estado Federal Total (noção de HANS KELSEN na sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*¹, acolhida pelo art. 18 da Carta), o cerne do modelo federativo brasileiro, seus entes componentes e suas características, a distribuição de competências (materiais e legiferantes) e aquilo que CARL SHMIT chamou de *antinomias na federação* (especialmente, o fenômeno da *intervenção*), e o mecanismo, ou a máquina pela qual o Estado Federal Total, por via de seus entes parciais, suas *comunidades jurídicas parciais* (ainda a noção de KELSEN, *supra*) implementem aquelas competências, isto é, a chamada *Administração Pública*. com seus servidores.

No quarto segmento, ou Título, a Carta desenha os Poderes (que, como fundamentos primeiros, independentes e harmônicos entre si).

Para, em seguida, no quinto segmento, o Título V, estabelecer como se defende tudo aquilo que nos títulos anteriores foi arquitetado, como se defendem, enfim, o Estado e as suas instituições democráticas, rotineiramente, e, mesmo, a dinâmica do tratamento das crises (o título é *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*). Aí, precisamente, o ditado constitucional encaixa e contempla as *Forças Armadas*, mas não antes, nem propriamente no segmento da chamada *Administração Pública*, de que cuidara, atrás, anterior fatia.

No bloco do sexto e do sétimo segmentos, o texto constitucional traça o referente aos meios de se sustentar econômico-financeiramente o Estado Federal brasileiro (regramentos das finanças públicas e orçamentação) e a organização econômica e financeira, para, no segmento seguinte, linear os balizamentos da ordem social.

¹ HANS KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 309/310.

Em resumo, se fosse possível reduzir aquela disposição a significados conceituais de extrema simplicidade de noções axiológicas, poder-se-ia dizer, imprudentemente, os riscos da imperfeição definitiva, que aí estão:

- dois blocos, a bem dizer predominantemente principais;
- em seguida, dois blocos sobre as estruturas orgânicas;
- mais um bloco compositório do mecanismo de defesa dos demais;
- e três blocos imaginadores de *modus faciendi* materiais.

Pois bem, este exercício que se acaba de empreender tem por propósito apresentar, a alocação das Forças Armadas no quadro constitucional brasileiro, evidenciado, destarte, o apartamento que lhes administrou o texto de 1988.

Apartamento, com vincada dose de determinabilidade, que é impossível passar despercebido.

A Constituição destaca as Forças Armadas da estrutura da Administração Pública em sentido estrito, desprende-a de lá, como o faz — por evidente razão de causalidade jurídica — quanto aos militares em relação aos servidores públicos.

De *Administração Pública* versam os arts. 37 a 43, e mais particularmente sobre os *Servidores Públicos* alongam-se os arts. 39 a 41. No entanto, quanto aos *militares*, tratam, deles, outros provimentos constitucionais, os arts. 142 a 144. De militares não regem aqueles arts. 37 a 43. Ainda que a algumas disposições deles — para tê-las como adotadas também em relação aos militares, assim, por exemplo, décimo-terceiro salário, salário-família, proventos de aposentadoria, pensão por morte, etc. —, a elas remeta, para tomá-las de empréstimo, o tal nicho destacado, apartado, *rectius*, os incisos VIII e IX do § 3º daquela art. 142.

Acentuando a distinção, reza o § 1º do art. 142 (e não, pois, algum setor do art. 39, sobre os servidores) que “*Lei complementar* — que adveio, e foi a Lei Complementar nº 97, de 09.06.99 — *estabelecerá as normas gerais a serem*

adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas”. O preparo, a organização e o emprego mandam a Constituição que sejam disciplinados a partir de *normas gerais feitas reserva de lei complementar*.

O superlativo e soleníssimo secular instituto do remédio heróico do *habeas corpus* — que a Constituição distingue pela letra do inciso LXVIII do rol de *direitos fundamentais* do elenco do art. 5º a tutelar quem sofra ou se achar ameaçado de sofrer “*violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*” —, esta superlativa tutela normativa (o *habeas corpus*) a Constituição veda-a ao militar, veda-a explicitamente “*em relação a punições disciplinares militares*”, ex vi do § 2º daquele citado art. 142.

Note-se bem: o servidor público tem acesso ao *habeas corpus* em caso de óbice a sua liberdade de locomoção, quando gerada este empecilho, de violência ou coação, “*por ilegalidade ou abuso de poder*”.

No entanto, ao militar a tutela é vedada quando se trate de “*punições disciplinares militares*”.

Atente-se bem, a este extremamente significativo tratamento, a este provimento que estabelece uma relevantíssima distinção, uma peculiaridade única do militar gizada pela própria Lei Magna: ele não tem acesso ao *habeas corpus*.

De que mais seria preciso cogitar-se para tê-lo (a ele, militar e às Forças Armadas) distinto, distingüido ?

Nada obstante, nítidas distinções se arrolam pelos demais provimentos normativos daquele art. 142 (proibição de sindicalização, de greve, de filiação a partidos políticos, a compulsória transferência para a reserva, o instituto da agregação, etc.).

São tantas e tantas e tão vincadas as distinções, é tão acentuado o apartamento, a exclusivização, que o próprio texto constitucional se incumba de admiti-lo, confessá-lo às expressas, pela letra do inciso X do § 3º do mesmo art. 142, a escrever “*consideradas as peculiaridades de suas atividades*” (as atividades deles, militares), que dizer, a Constituição aceita expressamente, ao referir-se a “*os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais*

dos militares”, proclama que, tocante a tanto, há peculiaridades nas atividades próprias dos militares, e adita, *“inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra”*.

Afinal, as Forças Armadas foram constitucionalmente postas, distingüidamente na topografia do texto maior, a incumbirem-se da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, portanto, não lhes cumprindo tarefas policiais e outras, assim constitucionalmente profanas, para elas, bastardas. As Forças Armadas hão de proteger superior e nobilissimamente o Estado, a Nação, o Estado Federal Total (noção de KELSEN, *supra*), e, *ultima ratio*, sua *soberania*, que não pode ser entendida relativizada ou amesquinhada, vez que constitui, na luz da sua plenitude, um designado *“fundamento”* explícito em que se apóia a República Federativa do Brasil, *ex vi* do art. 1º, I da Carta Magna.

As Forças Armadas são, no definir de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *“os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins. (...) É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e da sua soberania”*².

De tal sorte, *“sua missão essencial é a defesa da Pátria e a garantia dos Poderes constitucionais, o que vale dizer, defesa, por um lado, contra agressões estrangeiras em caso de guerra externa e, por outro lado, defesa das instituições democráticas, pois a isso corresponde a garantia dos poderes constitucionais”*.³

“Concebendo-as como ‘instituições nacionais’ —continua o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA—, reconhece-lhes, a Constituição, importância e relativa autonomia jurídica decorrente de seu caráter institucional”.⁴

Fixe-se a lição, que, adiante, será retomada: *“reconhece-lhes, a Constituição, importância e relativa autonomia jurídica decorrente de seu caráter institucional”*.

Relativa autonomia jurídica.

² JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18ª edição, 2.000, p. 749.

³ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18ª edição, 2.000, p. 750..

⁴ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18ª edição, 2.000, p. 750.

O capítulo constitucional das Forças Armadas, aquele em que se aloca todas tais distinções a que se reporta, é inaugurado com o seguinte provimento:

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

Note-se bem, as Forças Armadas (que se destinam “à garantia dos poderes constitucionais”):

- *são instituições nacionais,*
- *permanentes*
- *e regulares,*
- *organizadas com base:*
 - *na hierarquia*
 - *e na disciplina.*

São os elementos da definição constitucional.

Atente-se bem: a redação da Constituição, enunciando os desígnios institucionais das Forças Armadas — sobremaneira a preservação da Democracia — que as tem como da Nação, permanentes e regulares, explicita dois valores institucionais (valores constitucionais assim) sobre os quais elas repousam e baseados nos quais elas vivem e agem, a saber, a “*hierarquia*” e a “*disciplina*”.

A “*hierarquia*” e a “*disciplina*” refere-as expressamente o texto constitucional como os dois valores, bens constitucionais sobre os quais se baseia a organização das Forças Armadas.

É do texto da Constituição.

Mas perceba-se mais: tais valores guardam correlação.

“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”, cabe a definição de JOSÉ AFONSO DA SILVA.⁵ Quem articula: *“Não se confundem, como se vê, hierarquia e disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico. ‘Onde há hierarquia — JOSÉ AFONSO, nesta passagem, invoca o saudoso e excepcional mestre SEABRA FAGUNDES — com superposição de vontade, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica.’ Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao ‘habeas corpus’, nos termos do art. 142, § 2º, que declara não caber aquele remédio constitucional em relação a punições disciplinares militares.”*⁶

Ressalte-se, então, a explicitude, a noção dos conceitos de “disciplina” e de “hierarquia” erigidos, destarte, aí pelo *caput* do art. 142, repita-se, tal noção com a extratável do teor do já citado § 2º do mesmo art. 142 (a que se referiu JOSÉ AFONSO DA SILVA na transcrição trazida pouco atrás) vedatório da tutela do *habeas corpus* quando ocorra situação disciplinar, de “disciplina” (*“Não caberá ‘habeas corpus’ em relação a punições disciplinares militares”*), e assim será possível atinar para a extrema gravidade e solenidade que a Constituição emprestou aos valores “disciplina” e “hierarquia” que são valores fundantes da atividade militar, muito mais do que o são (ainda que visitantes de outras atividades) para o demais. Para a atividade militar, tais valores (valores constitucionais) assumem posição fundante, não posição veicular ou ancilar ou instrumental como o são para outras atividades.

Veja-se: “disciplina” e “hierarquia” para as outras atividades são instrumentais; para a atividade militar, são principais, são institucionais, e fundantes.

⁵JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18ª edição, 2.000, p. 751

⁶JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18ª edição, 2.000, p. 751.

É importantíssimo atentar para este aspecto: “disciplina” e “hierarquia” para as outras atividades são instrumentais; para a atividade militar, são principais, são institucionais, e fundantes.

Por oportuno, cabe assinalar que tais noções são *concretizadas*⁷ em nível infraconstitucional pelo *Estatuto dos Militares*, a Lei 6.880, de 1980, sendo de notar-se que seu Título II dedica-se às *obrigações* e aos *deveres* dos militares, prescrevendo o em que consistem as manifestações essenciais da figura que esta lei chama de *valor militar*, todos significados imateriais, abstratos, principiológicos, a saber:

“Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar:

- I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida;
- II - o civismo e o culto das tradições históricas;
- III - a fé na missão elevada das Forças Armadas;
- IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve;
- V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e
- VI - o aprimoramento técnico.”

Note-se, de logo, que, se a lei estabelece tais *valores*, que cumpre ao militar desenvolver e preservar, há que haver mecanismo de aferição de que o militar os haja implementado.

Os arts. 28 a 30 da citada lei, o *Estatuto*, descrevem os provimentos sobre a *ética militar*. Os *deveres militares* também ganham positivação legal pelo art. 31 que proclama da seguinte maneira:

⁷ O fenômeno da concretização de norma constitucional em sede infraconstitucional encontra excelente descrição na pena da J.J. GOMES CANOTILHO, em seu *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Portugal, 3ª edição, 1999, Livraria Almedina, p. 1127 (“Concretizar a constituição’ traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais”).

“Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos Símbolos Nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.”

Então, é impossível apreciar-se a atividade militar por ótica que não leve em consideração todos estes valores (legais) e incorpóreos, imateriais, e, é óbvio, sem respeitar as expressas *“peculiaridades”* constitucionais da vida militar, quando se atente a que se erigem em favor da Democracia e do Estado brasileiro.

Neste ponto, a propósito, é de ter-se em conta que, se o Estado deve proteções constitucionalmente estabelecidas ao cidadão, também as deve ao cidadão no convívio entre cidadãos, à coletividade, à sociedade.

É inadmissível hipertrofiar-se o conceito de direito individual a tal ponto que isto importe em prejuízos ao direito do próprio indivíduo na coletividade (esta afirmação tem amparo na Carta Magna). É fato que a Constituição, ao estabelecer os direitos individuais fundamentais, fá-los também nutrida do propósito de assegurá-los no conjunto da coletividade. Bem por sinal que discorra GILMAR

FERREIRA MENDES⁸ quanto aos direitos fundamentais e dever de proteção a eles, que deva assegurar o Estado, contra agressão promovida por terceiros, vale dizer, que esteja, destarte, a discorrer quanto a uma nova dimensão atinente aos direitos individuais, uma nova ótica, inclusive com o relato da experiência da Corte Constitucional alemã, e precisamente em busca da defesa do direito individual pelo vizez da coletividade:

“5. Direitos fundamentais e dever de proteção

*A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – **Abwehrrecht**), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (**Schutzpflicht des Staats**).*

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

*Essa interpretação do **Bundesverfassungsgericht** empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" (Gegner) para uma função de guardião desses direitos (**Grundrechtsfreund oder Grundrechtsgarant**).*

⁸GILMAR FERREIRA MENDES, *Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*, Revista Jurídica Virtual, nº 14, JULHO/2000, site da Presidência da República na Internet.

*É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (**Austrahlungswirkung**) sobre toda a ordem jurídica.*

Assim, ainda que se não reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.

*Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (**Eingriffsverbote**), expressando também um postulado de proteção (**Schutzgebote**). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (**Übermassverbot**), mas também uma proibição de omissão (**Untermassverbot**).*

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

*(a) Dever de proibição (**Verbotspflicht**), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;*

*(b) Dever de segurança (**Sicherheitspflicht**), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas;*

*(c) Dever de evitar riscos (**Risikopflicht**), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.*

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.”

E “garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (***Schutzpflicht des Staats***)” é exatamente missão de extração constitucional das Forças Armadas (art. 142, CF/88), e não é por outro motivo que o § 2º deste preceito veda *habeas corpus* (direito e garantia individual fundamental dos elencados no art. 5º da CF/88), ou melhor, restringe um direito individual fundamental. Tema que se desenvolverá melhor em seguida.

A conclusão que se extrai, é a de que não é dado, a qualquer magistrado, julgar situação que envolva tema das Forças Armadas sem levar em conta aqueles cimeiros suplementos, toda aquela principiologia de extração constitucional direta. Ao magistrado não é dado julgar desatentamente dela, como se estivesse a julgar caso que envolvesse uma empresa privada qualquer (por mais respeitáveis que sejam, em tese, os interesses e direitos de uma empresa privada), em que, sabidamente, hierarquia e disciplina não são elementos fins da atividade empresarial.

Note-se mais, ainda em complementação a estas reflexões que fizeram por articular as noções do *caput* do art. 142 com as do seu parágrafo, as dos bens disciplina e hierarquia com a vedação de *habeas corpus* em caso de matéria disciplinar militar.

Torne-se a transcrever o *caput* do art. 142 da Constituição e seu segundo parágrafo:

“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 nas disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, á garantia dos poderes constitucionais, e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

.....
.....§ 2º *Não caberá ‘habeas corpus’ em relação a punições disciplinares militares.”*

Ora, vejamos agora o *habeas corpus* definido na Carta Magna assim:

“Art. 5º

.....
LXVIII- *conceder-se-á ‘habeas corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.*

Ou seja, ataca-se ilegalidade ou abuso de poder promotora aquela ou promotor este de violência ou coação que importe em tolher liberdade de locomoção de alguém com a franquia do *habeas corpus*.

Todavia, quando se trate de tema de “*punições disciplinares militares*”, é inadmissível o *habeas corpus*.

Não cabe, não se admite a concessão deste remédio constitucional que é de relevância cimeira, não na admite a própria Constituição Federal.

E, então, para que a Constituição Federal haja praticado assim de forma, a bem dizer, tão drástica, que quis ela com tanto, que propósito objetivou, qual o sentido teleológico da vedação ?

Quis, responda-se, indisputavelmente, encapsular, preservar o valor constitucional “*disciplina*”, assim como seu corolário “*hierarquia*” que são, um e outro, institucionalmente fundantes das Forças Armadas. Vedar uso de *habeas corpus* em tema de “*punições disciplinares militares*”, só tem em mira este propósito:

prestigiar as noções de “*disciplina*”, assim como seu corolário “*hierarquia*”, mantê-las em posição de superioridade hierárquica até quanto aos motivacionais rotineiramente presentes na utilização daquele grave instituto.

Novamente, de remeter-se às lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA: “*A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica. Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao ‘habeas corpus’, nos termos do art. 142, § 2º, que declara não caber aquele remédio constitucional em relação a punições disciplinares militares.*”⁹

Ademais, não bastasse a vedação literal expressa do texto constitucional, podemos acrescentar mais, tomando, de início, algumas considerações sobre a técnica da interpretação das normas constitucionais.

Iniciaremos por citar **KONRAD HESSE**¹⁰ com a afirmação de que “La interpretación constitucional, en el sentido estricto que aqui interesa, resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que ha de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente”. Fala-se, porém, em diversos métodos de interpretação de norma constitucional, como o método literal, o teleológico, o sistêmico, e vários outros, muitos dos quais construídos modernamente como esclarece **PAULO BONAVIDES**¹¹. Como manejá-los, então? A qual deles, ou a quais deles dar escolha?

Bem que a propósito haja quem, como **KARL LARENZ**, considere que “Estão ao dispor do intérprete da Constituição, como do intérprete do Direito em geral, uma multiplicidade de vias, e especialmente os métodos sistemático e objetivo-teleológico; sem que estes métodos devam ser simplesmente justapostos, mas sim conjugados entre si de maneira adequada, em cada caso concreto. O Direito constitucional, porque o seu fundamento é uma lei escrita, tolera tão pouco

⁹ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18ª edição, 2.000, p. 751.

¹⁰ KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, tradução espanhola de Pedro Cruz Villalon, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 33.

¹¹ PAULO BONAVIDES, *Direito Constitucional*, Forense, 1980, ps. 301 ss.

uma viragem radical para o 'case law', como por outra parte um retrocesso a métodos de interpretação puramente lógico-formais, ou ao positivismo legal”¹².

CLAUS-WILHELM CANARIS adverte que “A opinião freqüente de que não existe qualquer ‘hierarquia’ firme entre os diversos meios de interpretação não merece qualquer concordância. Deve-se, antes, conferir à interpretação teleológica a primazia, isso é, hoje, quase sempre reconhecido, no seu resultado prático. No que toca, primeiro, à relação entre a interpretação teleológica e a gramatical, é geralmente aceite a proposição de que ‘o sentido e o escopo da lei estão mais altos do que o seu teor’ (...) o escopo da lei é, de qualquer modo, erguido à frente do teor literal (...)”¹³.

Cabe, também, desde já, advertir, com **KONRAD HESSE**, para o fato de que “el Derecho constitucional como Derecho fundamentador del orden global y concebido como orden de convivencia no debe ser comprendido puntualmente, a partir de un problema aislado, como pueda ocurrir en el Derecho privado”¹⁴.

Repita-se, para marcar: o Direito Constitucional, como fundamentador da ordem global, não deve ser compreendido pontualmente, a partir de um problema isolado, como pode ocorrer em Direito Privado (...).

De onde oportuna se faz a invocação de **RAÚL CANOSA USERA**, ao ensinar a sapientíssima lição de que

“La esencia del método lingüístico radica en su simplicidad. No pasa de ser un modo elemental de entender. Por ello, el enfrentarse a un objeto tan complejo como es el Derecho, y más el Derecho Constitucional, minimiza, por contraste, su importancia”¹⁵.

Idéia que o constitucionalista espanhol arremata ao ponderar que “La exigencia de ‘spiritualizzare la logica del trattamento giuridico’, sobre la que Betti

¹² KARL LARENZ, *Metodología da Ciência do Direito*, tradução portuguesa de José de Souza e Brito e José António Veloso, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 178.

¹³ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução portuguesa de A. MENEZES CORDEIRO, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 159.

¹⁴ KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, tradução espanhola de Pedro Cruz Villalon, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 49.

¹⁵ RAÚL CANOSA USERA, *Interpretación Constitucional Y Fórmula Política*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 198, p. 95.

llamaba la atención, implica, sin lugar a dudas, recorrer mucho más camino que el somero uso del elemento literal nos permite”¹⁶.

Percorrer muito mais caminhos, note-se, que “el somero uso del elemento literal nos permite” .

A realidade, porém, é que as Constituições não se redigem de forma pura, sem defeitos e impropriedades, de tal forma que faça desnecessária atividade intelectual de as interpretar, de extrair delas o verdadeiro sentido, o que os grandes pensadores do problema constitucional, *rectius*, a ciência, já constatou, e para solucionar, deu tratamento. Já que sua redação sofre das ditas deficiências, é impossível administrar-lhe leitura artesanal...

E isto é o que se impõe, aqui, fazer, com problema tão complexo quanto o de que haja resultado para a vedação da concessão da ordem de *habeas corpus* contra punições disciplinares.

R. CANOSA USERA, ao evidenciar as extremas limitações do literalismo, assinala que ele idealiza “una aplicación mecanicista en donde la significación de las palabras es tan evidente que el intérprete tiene resuelta su misión si lee atentamente la disposición que interpreta”¹⁷.

Vale dizer, idealiza uma interpretação que dispensa interpretação, valendo-se só de leitura, ou ainda, interpretação sem intérprete, infecunda, estéril, subvertedora, traiçoeira.

KARL LARENZ já sinalizava para os descomandos do resultado da interpretação meramente literal de uma Constituição, sob o ponto de vista prático, lembrando que o do que se deve tratar, ao interpretar norma constitucional, é de “apreender-se as verdadeiras intenções da Constituição dada a possibilidade de ambigüidade na linguagem em que se exprimem”¹⁸.

Tocante à mediação entre a lei e a consciência jurídica geral, ainda adverte que “uma lei não pode ser considerada como uma coisa acabada, que se

¹⁶RAÚL CANOSA USERA, *Interpretación Constitucional Y Fórmula Política*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 198, p. 96.

¹⁷ RAÚL CANOSA USERA, *Interpretación Constitucional Y Fórmula Política*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 92.

¹⁸ KARL LARENZ, *Metodología da Ciência do Direito*, tradução portuguesa de José de Souza e Brito e José António Veloso, Lisboa, Fudação Calouste Kulbenkian, 1978, p. 173.

situa algures no espaço. Exteriormente considerada, a lei consiste em ‘palavras’. Palavras e combinações de palavras servem para evocar em quem toma conhecimento delas representações e pensamentos determinados. Porém, o conteúdo das representações e dos pensamentos que os homens ligam a uma certa palavra não é, de maneira nenhuma, exactamente o mesmo para todos os que pertencem à mesma comunidade linguística”¹⁹.

Por derradeira, calha a advertência sábia de **VERDÚ**, que, também ancorando neste porto, leciona que “El carácter imperativo de las reglas de la interpretación constitucional tiende a evitar que el esclarecimiento del sentido objetivo de las normas constitucionales se haga caprichosamente. Esta garantía es explicable, pues quienes interpretan los textos constitucionales tienen que habérselas con un conjunto de palabras que son objetivación de un sentido particular. Ahora bien, la tentación de interpretar el language-objeto desde el propio punto de vista o conforme a la formación cultural, social y moral del intérprete, puede ser mui grande; por eso es menester un conjunto de reglas que, al tiempo que sirven de esquemas indicadores, eviten incurrir en el subjetivismo”²⁰.

A interpretação de normas constitucionais tem peculiaridades que a diferenciam da interpretação das demais normas. Daí que a interpretação de normas constitucionais deva atender a certas peculiaridades, tema em que energicamente verbera o grande mestre italiano **SANTI ROMANO**. O grande mestre italiano, arremete na sua clássica obra, contra os que não respeitam as peculiaridades do Direito Constitucional ao dizer que “tratar juridicamente o direito constitucional e o direito público não significa transferir, como freqüentemente se tem feito, conceitos e princípios que são próprios do direito privado para o direito público”²¹. Esta pecaminosa transferência, que o mestre qualifica de “nociva”, dela diz que “em parte a culpa é também dos privatistas, os quais não raro formulam seus conceitos e princípios em termos absolutos, isto é, como se eles fossem não relativos à sua

¹⁹ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito cit.*, ps. 270..

²⁰PABLO LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Madri, Editorial Tecnos, 1986, p. 553.

²¹ SANTI ROMANO, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, tradução brasileira de MARIA HELENA DINIZ, prefácio de GERALDO ATALIBA, Ed. Ver. Dos Tribunais, 1977, p.30.

ciência, mas verdadeiros para todo o direito, incluído o público, do qual não têm pleno conhecimento, e dessa maneira induzem os outros facilmente em erro”²².

JERZY WRÓBLEWSKY assinala algumas das inúmeras peculiaridades da interpretação de norma constitucional, dentre as quais situa “variedad de las reglas constitucionales; características de los términos utilizados en la formulación de estas reglas; aplicabilidad de las reglas constitucionales; carácter político de la interpretación constitucional”²³.

CANOTILHO refere, muito significativamente, como se verá pouco adiante, os espaços de tensão de um texto constitucional, que, porque exatamente se exibem ante o primário literalismo, não logram ser por ele solvidos.

Atento às peculiaridades da norma constitucional, **JORGE MIRANDA**, no seu *Manual de Direito Constitucional*, o que chama de “pontos de apoio ou directrizes que se reputam de maior importância” no mister exegético, de alguns dos quais diz:

“A Constituição deve ser tomada, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, credível e dotada de energia normativa.

Isto aplica-se particularmente ao chamado fenómeno das ‘contradições de princípios’, presente nas Constituições compromissórias e, não raro, noutros sectores além do Direito constitucional. Elas devem ser superadas, para lá da letra da lei, nuns casos, mediante a redução proporcionada do respectivo alcance e âmbito e da cedência de parte a parte e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade, na

²² SANTI ROMANO, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, tradução brasileira de MARIA HELENA DINIZ, prefácio de GERALDO ATALIBA, Ed. Ver. Dos Tribunais, 1977, p.31.

²³ JERZY WRÓBLEWSKI, *Constitución Y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, tradução de Arantxa Azurza, Madri, Editorial Civitas, 1988, p. 102.

efectivação, de certos princípios frente aos restantes —nuns casos, pois, através de coordenação, noutros através de subordinação (...).

Os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta. Contudo, a eficácia implícita de quaisquer preceitos deve, por seu lado, ser pensada em conjugação com a eficácia, implícita ou explícita, dos outros comandos (...).”²⁴.

Novamente, aí, a lição do envio ao contexto (“a eficácia implícita de quaisquer preceitos deve, por seu lado, ser pensada em conjugação com a eficácia, implícita ou explícita, dos outros comandos (...).”²⁵)!

CANOTILHO, trilhando pelas peculiaridades da interpretação de normas da Constituição, e lhes dando satisfação e consequência prática, empreendeu o catálogo-tópico dos princípios da interpretação de normas constitucionais, relacionando-os em

- a) princípio da **unidade da Constituição**,
- b) princípio do **efeito integrador**,
- c) princípio da **máxima efetividade**,
- d) princípio da **“justeza” ou da conformidade funcional**,
- e) princípio da **concordância prática ou da harmonização**
- f) princípio da **força normativa da constituição**²⁶.

E preleciona o mestre **CANOTILHO**, para o que mais diretamente interessa aqui, quanto a alguns destes princípios (veja-se, agora, o tratamento preconizado para os chamados espaços de tensão surgidos num texto constitucional, e em qualquer texto constitucional), o seguinte:

“(...) a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a

²⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, ps. 228/229.

²⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, ps. 228/229.

²⁶ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 6ª edição revista, 1993, p. 226 ss.

constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...).”

.....
“(...) o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política” .

.....
“O princípio da máxima efetividade também designado por ‘princípio da eficiência’ ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.”

.....
“Subjacente a este princípio (o da concordância prática ou da harmonização) está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros (...).” ²⁷

Daí, em conclusão, a desvalia do método literal de interpretação de norma constitucional. Daí, os ensinamentos sobre como solver os problemas próprios, específicos de interpretação de norma constitucional, usando harmonização, unidade, concordância prática, efeito integrador, máxima efetividade, para ultrapassar ambigüidades, antagonismos, antinomias, tensões, que, todos, são fenômenos rigorosamente comuns e comumente ocorrentes em qualquer texto constitucional, de qualquer país ou cultura (do que freqüentemente não se têm dado conta tantos quantos maldizem e maltratam o texto da Carta brasileira de 88).

Visto, assim, que é “nocivo” (cfr. SANTI ROMANO), no que coincide toda a doutrina (CANOTILHO, MIRANDA, PABLO LUCAS VERDÚ, STEPHEN ULLMAN, KARL LARENZ, KONRAD HESSE, JERZY WRÓBLEWSKY,

²⁷ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 6ª edição revista, 1993, ps. 226/228.

BONAVIDES, R. CANOSA USERA, etc.), valer-se o intérprete do método literal, ou, ainda, tão-somente do epidérmico e periférico método literal para interpretar norma constitucional, resulta, daí, como corolário, que é impossível a quem quer que seja deter-se na leitura exclusiva do (dispositivo de que no trabalho se tratava) da CF/88 — pinçando-o, descontextualizando do mosaico maior que é o restante do texto constitucional —, e da primeira impressão, a da leitura desinformada, extrair conclusões.”

A reflexão a estes preciosos ensinamentos dos sábios tem espeque a sustentar que, a nosso ver, não cabe o *habeas corpus* quando se trate de tema de “*punições disciplinares militares*”, ainda que sopesado com outros princípios constitucionais apostos em outros pontos da Carta Magna, ainda que relativos aos direitos e garantias fundamentais. Outro remédio constitucional, o Mandado de Segurança, poderá socorrer aquele que estiver sofrendo abuso.

A conclusão aposta acima tem base na lógica, e segue o ensinamento do mestre KARL ENGISH na sua fantástica *Einführung In Das Juristische Denken*, pelo qual ele leciona que

“A lógica do jurista é uma lógica material que, com fundamento na lógica formal e dentro dos quadros desta, por um lado, e em combinação com a metodologia jurídica especial, por outro lado, deve mostrar como é que nos assuntos jurídicos se alcançam juízos ‘verdadeiros’, ou ‘justos’ (correctos), ou pelo menos ‘defensáveis’. Uma lógica e metódica do jurista assim entendida não é uma ‘técnica’ que ensine artifícios conceituais com cujo auxílio se possam dominar do modo mais expedito possível as tarefas de pensamento que se deparam ao estudioso do direito. Ela também não é psicologia ou sociologia da heurística jurídica, a qual indaga como se conduzem de facto as pessoas na prática quotidiana ao adquirirem pontos de vista jurídicos. Constitui antes reflexão sobre o processo de conhecimento jurídico especificamente correcto, o que não é coisa de fácil penetração. Ela esforça-

*se por alcançar (nos limites do que ao conhecimento humano é possível) a meta de descobrir a ‘verdade’ e emitir juízos conclusivamente fundados.”*²⁸.

Por derradeiro, cabe às Forças Armadas — a quem incumbe a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, *rectius*, também do Poder Judiciário, a garantia da ordem jurídica — sujeitas — valha a hipótese, o exemplo — a uma ameaça estrangeira ao território brasileiro (art. 20, CF/88), à soberania nacional (art. 1º, I, CF/88).

Imagine-se uma ordem de zarpar de urgência um navio de guerra da Marinha brasileira, para defender a soberania brasileira, mas o oficial responsável pelo timão negar-se embarcar sob alegações várias que porventura fizesse indo buscar justificativa no catálogo normativo dos direitos fundamentais (por exemplo, ter de prestar provas na faculdade, e, assim, pretender-se tutelado pelo direito constitucional do inciso XIII do art. 5º da Carta, ou invocar convicção filosófica ou política para a assunção da resistência pretendendo ver-lhe amparo no inciso VIII do mesmo art. 5º, e daí por diante). Imagino que fosse a ele aplicada uma punição, mas reclamasse no Judiciário e lograsse provimento liminar que dela o fizesse poupado...

Seria, pois, inevitável concluir-se pela ameaça a valores altos, inclusive, à ordem jurídica.

E que tal quadro vetoriza, ainda na lição de mestre CANOTILHO, que, embora *“Aos tribunais (caiba) (cabe) a tarefa clássica da ‘defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos’”* todavia

“Os tribunais, porém, não estão apenas ‘ao serviço da defesa de direitos fundamentais’; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais.”

e assim que

²⁸ KARL ENGISH, *Einführung In Das Juristische Denken*, tradução de J. BAPTISTA MACHADO, do original alemão para o português sob o título de *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 6ª edição, 1988, p. (7).

“Esta vinculação dos tribunais efectiva-se ou concretiza-se: (1) através do processo aplicado no exercício da função jurisdicional ou (2) através da determinação e direcção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais materiais.”²⁹

Esta consideração articula-se com o ensinamento de ROBLES, quem, no seu estudo sobre *Los Derechos Fundamentales Y La Ética En La Sociedad Actual* adverte: “El problema, en este aspecto, está en separar las situaciones en las cuales la alusión a los derechos tiene auténtico fundamento moral, de aquellas en que tal fundamento no existe”³⁰.

²⁹ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 408.
³⁰ GREGORIO ROBLES, *Los Derechos Fundamentales Y La Ética E La Sociedad Actual*, Madri, Editorial Civitas, 1995, p. 29

REFERÊNCIAS:

- BONAVIDES, PAULO, *Direito Constitucional*, Forense, 1980.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução portuguesa de A. MENEZES CORDEIRO, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J.J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Portugal, 3ª edição, Livraria Almedina, 1999.
- ENGLISH, KARL, *Einführung In Das Juristische Denken*, tradução de J. BAPTISTA MACHADO, do original alemão para o português sob o título de *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 6ª edição, 1988.
- HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, tradução espanhola de Pedro Cruz Villalon, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- KELSEN, HANS, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília, 1990.
- LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução portuguesa de José de Souza e Brito e José António Veloso, Lisboa, Fundação Calouste Kulbenkian, 1978.
- MALMESBURY, THOMAS HOBBS, *Leviatã*, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Editora Nova Cultural, 2000.
- MENDES, GILMAR FERREIRA, *Os Direitos Fundamentais e Seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*, Revista Jurídica Virtual, nº 14, JULHO/2000, site da Presidência da República na Internet.
- MIRANDA, JORGE *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1988.
- ROBLES, GREGORIO, *Los Derechos Fundamentales Y La Ética E La Sociedad Actual*, Madri, Editorial Civitas, 1995.
- ROMANO, SANTI, *Princípios de Direito Constitucional Geral*, tradução brasileira de MARIA HELENA DINIZ, prefácio de GERALDO ATALIBA, Ed. Ver. Dos Tribunais, 1977.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 18ª edição, 2000.
- USERA, RAÚL CANOSA, *Interpretación Constitucional Y Fórmula Política*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VERDÚ, PABLO LUCAS, *Curso de Derecho Político*, vol. II, Madri, Editorial Tecnos, 1986.

WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución Y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, tradução de Arantxa Azurza, Madri, Editorial Civitas, 1988.