



UnisulVirtual
A sua universidade a distância

DIREITO MILITAR

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCIPLINARES MILITARES

Rafael Nascimento Ferreira de Melo

2010/2011

Rafael Nascimento Ferreira de Melo

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCIPLINARES MILITARES

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *lato sensu* de Direito Militar do Centro de Estudos de Direito Militar (CESDIM) e a Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista, sob a orientação do Prof. João Rodrigues Arruda.

Brasília

2011

RESUMO

O grande problema que envolve o tema está relacionado a não aceitação dos comandantes militares na ingerência do Poder Judiciário sobre as questões da caserna, tal fato tem origem nos costumes e nas raízes históricas da Força, que vê a defesa dos direitos e o acesso a Justiça como algo nocivo ao princípio da autoridade e à própria estrutura da organização militar. Embora não se possa desprezar o caráter especialíssimo das funções militares e a necessidade de um regime disciplinar diferenciado, razão não há para que num Estado Democrático de Direito não haja controle algum da legalidade dos atos disciplinares militares. O presente trabalho visa por um lado demonstrar os limites do ato disciplinar militar ao mesmo tempo em que afirma a necessidade da coexistência entre os interesses fundamentais da instituição militar e os direitos individuais de seus servidores.

Palavras-chave: Hierarquia e disciplina. Direitos individuais. Ponderação de valores.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	04
2. CAPÍTULO 1- PODER DISCIPLINAR MILITAR.....	05
3. CAPÍTULO 2- CONTROLE JUDICIAL E O CABIMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES.....	08
4. CAPÍTULO 3- OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.....	15
5. CONCLUSÃO.....	19
6. REFERÊNCIAS.....	21

1. INTRODUÇÃO

O tema em questão trata-se de matéria atinente ao chamado Direito Disciplinar Militar ou tão somente Direito Administrativo Militar, e como qualquer ramo do direito público se encontra umbilicalmente ligado ao Direito Constitucional, sem o quê, tornar-se-á impossível à análise de um sem a exata consideração da importância do outro.

A partir daí, qualquer análise que se faça a respeito dos limites do ato disciplinar militar e sua natureza *sui generis* se faz necessário à interpretação conjunta e sistemática dos regulamentos disciplinares com a Constituição Federal, lembrando que jamais os usos e costumes históricos da vida militar poderão sobrepujar garantias democráticas adquiridas através de décadas de maturação do país.

O presente trabalho enfoca a questão do controle judicial do ato administrativo militar relacionado apenas as Forças Armadas, sem perder a noção, contudo, da similaridade de casos com as forças auxiliares estaduais.

O entendimento que se segue é sim pela possibilidade do controle judicial sobre o poder disciplinar militar, desde que se faça dentro dos próprios ditames legais. Tem por objetivos: discutir o cabimento da análise jurisdicional sobre este ato; exemplificar as hipóteses legais de controle judicial do ato disciplinar militar; questionar a validade de alguns dos regulamentos disciplinares e propor mudanças na legislação pertinente.

Apesar de não ser um assunto novo, a discussão a respeito dele é recorrente e sempre se encontra acesa nos Tribunais, e assim como qualquer matéria delicada demora a encontrar uma definição justa e equilibrada para o problema.

As constantes “batalhas” ao longo dos anos entre a toga e as armas e a falta ainda de uma solução adequada ao problema, fez despertar do autor o interesse pela realização da obra.

2. PODER DISCIPLINAR MILITAR

Inicialmente, a fim de se compreender a importância do instituto para o Direito Militar, necessário se faz a análise de seus valores básicos, consistentes na hierarquia e na disciplina.

A hierarquia e a disciplina são mais do que simples atributos da instituição Militar, são sim, digamos o próprio sangue do organismo militar, aquilo que bombeia e dá vida as organizações militares de todo o mundo, sendo considerados, pois, dois dos pilares fundamentais da estrutura militar.

O Estatuto dos Militares¹, através do seu art.14, atribui o seguinte conceito a hierarquia e a disciplina no âmbito das Forças Armadas:

Art.14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§1º 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 antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§2º 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.

Percebe-se assim que a hierarquia e a disciplina constituem-se ao mesmo tempo em dois valores indissociáveis, unidos por uma mesma finalidade, de forma que um serve de suporte ao outro e vice-versa.

Desses pilares exsurge o dever de obediência e subordinação do militar, elemento esses inerentes à própria atividade militar.

A atual Constituição da República ao dispor em seu art.142 a respeito da missão das Forças Armadas, assim prescreveu, *in verbis*:

*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.*

Nesse contexto impele afirmar que a subordinação e a disciplina são obrigações do militar, oriundas da própria natureza de suas funções, pelo quê a sua observância constitui, nada mais, nada menos, do que um dever!

¹ Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980.

Segundo Moreira Guimarães, a disciplina pode ser entendida como “a perfeita compreensão e a exata execução do dever”².

Assim sendo, infere-se que sempre quando houver descumprimento do dever por parte do militar, consubstanciado este na violação dos regulamentos, das leis, dos preceitos da ética, do decoro militar e de outras obrigações, haverá ato de indisciplina a ser corrigido.

Neste caso, diante do ilícito disciplinar, também chamado de falta, infração, transgressão ou, ainda, contravenção disciplinar, a instituição militar deverá agir de forma rápida e contundente, a fim de restabelecer a ordem violada e inibir a prática de demais atos atentatórios, uma vez que a sobrevivência da própria estrutura militar depende da manutenção incólume da hierarquia e da disciplina no seio da tropa.

É justamente por isso que o regime disciplinar militar é peculiar a qualquer outro regime disciplinar existente dentro da Administração Pública, pois consiste em uma organização não convencional, com regras, costumes e natureza própria, bastante diferente dos ideais que compõem uma organização civil.

Da violação da disciplina decorre o poder disciplinar militar, que é aquele então conferido a determinadas autoridades militares (via de regra, comandantes, chefes ou diretores) responsáveis por apurar eventuais fatos e aplicar a pena disciplinar exigida para o caso concreto.

Frise-se, que de um modo geral todos os regulamentos disciplinares preveem as autoridades competentes para aplicar as sanções disciplinares, ressalvando que tal competência decorre do cargo ocupado pelo militar superior e não pelo grau hierárquico que ele ocupa.

Vale registrar que, em regra, não se trata de uma faculdade da autoridade militar competente exercer ou não o seu poder disciplinar, mas sim de uma obrigação traduzida no dever de zelar e manter pela disciplina e pela eficiência de sua tropa, sob pena de não o fazendo, submeter-se ele próprio (autoridade

² GUIMARÃES, Moreira, 1924 apud BUTRUS, Angelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues. **Curso de Direito Militar: direito constitucional militar e direito disciplinar militar**. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2010, p.99.

detentora do poder disciplinar) ao rigor do Regulamento Disciplinar e, eventualmente, até mesmo ao Código Penal Militar (art.198).

Visto isso, pode-se dizer que a punição disciplinar tem por finalidade manter a disciplina e coesão do corpo militar especializado, tendo em vista o melhor desempenho de suas funções constitucionais, quais sejam: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Todavia, não se pode olvidar que, independente da gravidade do fato, da classificação da falta disciplinar e do posto ou graduação do militar faltoso, a ele sempre deverá ser dada a oportunidade de defesa, por mais leve que possa resultar a sanção disciplinar.

Quanto ao direito de defesa, além de ser esta uma garantia nata em todo Estado Democrático de Direito, resultado também do princípio do devido processo legal, previsto no art.5º, LV, da CF/88, foi contemplado especificamente no Regulamento Disciplinar do Exército³, que assim dispôs em seu art.35, parágrafo primeiro:

§1º Nenhuma punição disciplinar será imposta sem que ao transgressor sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, inclusive o direito de ser ouvido pela autoridade competente para aplicá-la, e sem estarem os fatos devidamente apurados.

Dessa forma e para todos os fins, o ato disciplinar militar consiste na manifestação unilateral de vontade da Administração Pública Militar que, agindo nessa qualidade e na defesa de seus interesses, tenha por fim imediato impor uma pena disciplinar ao servidor militar em face do cometimento de uma infração disciplinar preestabelecida, e ao fim de um processo apuratório em que se lhe faculte a ampla defesa.

³ Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

3. CONTROLE JUDICIAL E O CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES

Neste capítulo, chega-se senão ao ponto mais tenso da discussão envolvendo a toga e a espada, capaz até mesmo de colocar em lados opostos grandes juristas de renome nacional.

O centro crítico da discussão diz respeito ao cabimento ou não do *habeas corpus* frente a uma punição disciplinar militar.

Historicamente, o entendimento sempre foi no sentido da vedação do remédio heroico em sede de transgressão disciplinar militar.

Desde a Constituição de 1934, o constituinte nacional passou a vedar expressamente o cabimento do *writ* em relação à punição disciplinar militar: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. **Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*”.**

Posteriormente, as Constituições que se seguiram (1937, 1946, 1967 e 1969) não inovaram no assunto, tendo mantido basicamente a mesma letra de lei da Constituição de 34.

Cumprе ressaltar, contudo, que apesar de haver previsão legal do instituto do *habeas corpus* no período anterior a Carta Magna de 1934 e ser inteiramente possível do ponto de vista legal o uso do instrumento à época para a tutela de direitos na seara militar, o entendimento político e jurisprudencial era pela inviabilidade da ação nos assuntos pertinentes às armas.

O Capitão Cândido Borges Castello Branco fez um registro emblemático sobre a questão referente a um julgamento de *habeas corpus* no ano de 1895, quando então o Governo decidiu afrontar diretamente decisão do Supremo Tribunal Federal, assim lembrado pelo autor:

O Supremo Tribunal Federal, em ACCÓRDÃO de 14 de agosto de 1895, negando *habeas corpus* a um Tenente reformado da armada por ser ele militar e estar sujeito ao respectivo fôro, declarou que em 22 de setembro de 1894 tendo o mesmo Tribunal concedido ordem de soltura por *habeas corpus* a dois oficiais reformados, recusou o Presidente da República mandar cumprir a

decisão, por considerá-la contrária a todas as leis e imemoriaes estylos militares, como disse o ministro da Guerra em Aviso de 25 do mesmo mez. Por mais sólidos que sejam os fundamentos dessa asserção, o acto do Poder Executivo violou abertamente a Constituição, atentando contra uma decisão soberana do poder Judiciário Federal, embora em desaccôrdo com a jurisprudência uniforme constante e quase secular, de que fez menção o Accordão de 2 de setembro de 1893. (BRANCO, Cândido Borges Castello In: “Consultor Militar”, Imprensa Nacional, Rio, 4ª ed. 1911, p. 245)

Nos dias de hoje, a Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988 trata da matéria em duas partes, uma prevista no TÍTULO II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais: “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;” (art.5º, LXVIII, da CF/88).

E a outra prevista no TÍTULO V, Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.” (art.142, §2º, da CF/88).

Verifica-se, que em nossa última Constituição não houve a vedação expressa no artigo que prevê e define o instituto do *habeas corpus*, mas sim em tópico e artigo diferente destinado as Forças Armadas.

Entretanto, não há que se falar ou até mesmo se cogitar em antinomia jurídica, visto a impossibilidade de ocorrência do fenômeno em sede constitucional, numa mesma carta política.

Deveras a intenção do constituinte originário foi senão afirmar que a regra geral é sempre pela possibilidade da concessão do *writ* para defesa do direito de ir e vir e que a exceção à regra é justamente as punições disciplinares militares, por isso optou assim em dispor a vedação, de forma especial, no TÍTULO V, Capítulo II: Das Forças Armadas.

Na prática a discussão a respeito da possibilidade ou não do cabimento do *habeas corpus* não mudou em nada com o advento da nova Constituição.

Dentre renomados juristas e doutrinadores que ao longo do século passado travaram discussões a respeito da matéria, merece destaque as figuras de Seabra Fagundes e Pontes de Miranda.

Na linha de frente daqueles que são contra o cabimento do *writ* nas transgressões disciplinares militares, Seabra Fagundes nega a possibilidade de

qualquer tipo de exame pelo Poder Judiciário no que tange aos atos disciplinares militares cerceadores da liberdade de locomoção.

Dessa forma, assevera o brilhante jurista:

ainda que o ato administrativo, em tal caso, se apresente com ilegalidade evidente, mesmo que esta se manifeste nos seus aspectos vinculados, como o concernente à competência, não cai sob a apreciação judiciária. A restrição – prossegue ele – se inspira no propósito de fortalecer a disciplina nas corporações militares, subtraindo-se os atos dos superiores hierárquicos, considerados essenciais à sua organização e eficiência, à impugnação e discussão dos subordinados⁴.

Para ele a intenção do constituinte é bastante clara ao vedar o *habeas corpus* nas punições disciplinares, quis senão preservar o regime disciplinar militar contra ingerências externas e questionamentos judiciais.

Em sentido oposto, e não menos respeitável Pontes de Miranda liderou corrente que aceita o cabimento do *writ* em determinadas situações, em que haja ilegalidade flagrante e que a autoridade militar responsável pelo ato deixa de observar elementos vinculados existentes na lei ou nos regulamentos.

Um exemplo dado pelo próprio Pontes de Miranda é quando a autoridade militar responsável pela punição disciplinar mantém seu subordinado preso por mais tempo do que determina a lei. Neste caso, passado o prazo máximo da prisão disciplinar previsto na lei ou no regulamento, poderá o militar punido ingressar com medida de *habeas corpus*, em virtude da arbitrariedade praticada pela autoridade militar.

Pontes de Miranda analisando a questão afirma:

[...] a transgressão disciplinar refere-se, necessariamente, a: a) hierarquia, através da qual flui o dever de obediência e de conformidade com instituições, regulamentos internos e recebimento de ordens; b) poder disciplinar, que supõe a atribuição de direito de punir, disciplinarmente, cujo caráter subjetivo o localiza em todos, ou em alguns, ou somente em alguns dos superiores hierárquicos; c) ato ligado à função; d) pena, susceptível de ser aplicada disciplinarmente, portanto sem ser pela justiça como justiça.

E continua o autor:

É possível, porém, que falte algum dos pressupostos. Se, nas relações entre o punido e o que puniu, não há hierarquia, ainda que se trate de hierarquia accidental prevista por alguma regra jurídica, porque essa hierarquia também é e pode constituir o pressuposto necessário – de transgressão disciplinar não há se falar. Basta que se prove não existir tal hierarquia, nem mesmo accidental, para que seja caso de se invocar o texto constitucional, e o *habeas corpus* é autorizado. Mas a hierarquia pode existir [...] sem existir poder disciplinar [...] são pressupostos necessários mas autônomos. Se há hierarquia, se há poder disciplinar pode ser ligado à função, [...] a pena

⁴ FAGUNDES, M. Seabra. In: “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, Forense, 4. ed. p. 168.

disciplinar pode ser aplicada, e nada tem com isso a justiça. Se o ato é absolutamente estranho à função, [...], falta o pressuposto do ato ligado à função, pois, de transgressão disciplinar não se há de cogitar. (MIRANDA, Pontes de. Ob. Cit., p. 480-481⁵)

Atualmente, se percebe a existência de três correntes distintas acerca da possibilidade ou não do cabimento do *writ* nas punições disciplinares militares.

A primeira e mais conservadora, segue o pensamento de Seabra Fagundes e simplesmente refuta qualquer ideia de admissão do remédio heroico. Para os seguidores desta teoria, o objetivo da vedação é proteger os valores da hierarquia e disciplina militar acima de qualquer interferência ou apreciação do Judiciário.

Nessa esteira estão Walter Ceneviva, para quem “por razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina, não cabe o *habeas corpus* para as punições militares de caráter disciplinar”⁶, e José Afonso da Silva, segundo o qual:

onde há hierarquia, [...], há, corretamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, [...]. A disciplina é, assim, um corolário de toda a organização hierárquica. **Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao ‘*habeas corpus*’**, nos termos do art.142, §2º [CF/88], que declara não caber aquele remédio constitucional em relação a punições disciplinares militares⁷.

A segunda corrente é aquela resultante do pensamento capitaneado por Pontes de Miranda, em que ao mesmo tempo em que reconhece a limitação do *habeas corpus* nas punições disciplinares, defende a tese de que esta vedação se dirige somente ao mérito do ato disciplinar – que é de natureza administrativa, não havendo impedimento, portanto, quanto ao exame da legalidade da punição aplicada.

Adepto desta corrente, Pinto Ferreira defende a possibilidade de *habeas corpus* nas punições disciplinares, quando: “a) a sanção for determinada por

⁵ Apud DE ASSIS, Jorge César. Curso de Direito Disciplinar Militar. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 187-188.

⁶ CENEVIVA, Walter. Direito constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68.

⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 738.

autoridade incompetente; b) em desacordo com a lei; c) extrapolando os limites da lei”⁸.

Na mesma sincronia, Othon Sidou também é a favor do cabimento do *writ*, quando a prisão for determinada por autoridade incompetente; a lei não a autorizar; as formalidades legais não forem observadas e o prazo legal tiver se excedido.

Finalmente, a terceira e mais liberal das correntes, entende ser perfeitamente possível à concessão ilimitada de *habeas corpus* em sede de transgressões disciplinares, permitindo-se não só a análise dos aspectos legais do ato disciplinar, mas inclusive o próprio mérito daquele ato administrativo essencialmente militar. Os defensores desta corrente minoritária costumam justificar a análise do mérito do ato disciplinar com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Insta salientar, que hoje em dia, longe de se ter ainda uma solução pacífica para o tema, boa parte da jurisprudência têm se inclinado mais pela aplicação da segunda corrente.

Além dos usos e costumes históricos arraigados no seio das organizações militares, a questão da competência jurisdicional para análise e julgamento dos casos de indisciplina militar provoca também mal estar entre os comandantes militares e o Judiciário.

Atualmente, a regra constitucional atribui a Justiça Comum Federal competência para julgar pedido de *habeas corpus* decorrente de transgressão disciplinar militar.

Ora, verifica-se assim que o desconforto dos militares com o controle judicial e via de consequência com o cabimento do *writ* resulta também do fato deste controle ser exercido atualmente por agentes estranhos a vida e a cultura militar, ou seja, por civis investidos da função jurisdicional.

⁸ FERREIRA, Pinto. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.202.

Proposta bastante palatável e razoável, a fim de se chegar a uma comunhão de interesses é atribuir a Justiça Militar da União (leia-se Justiça Federal Especializada) a competência para o controle jurisdicional das punições disciplinares militares.

Dessa forma, o Superior Tribunal Militar, que hoje possui apenas competência para conhecer do pedido de *habeas corpus* resultante de um processo penal militar ou inquérito policial militar, teria também competência para a análise e julgamento de *habeas corpus* impetrado em face de uma punição disciplinar militar.

Neste caso, nem se poderia alegar falta de intimidade ou conhecimento do Magistrado com as questões *interna corporis* da vida e da disciplina militar, já que este Tribunal é constituído em grande maioria por militares de carreira, na proporção de dez (10) oficiais-generais, compostos pelas três Forças, e somente cinco (5) civis.

Registre-se que esse modelo de controle judicial do ato disciplinar militar, conferindo competência recursal para apreciação da punição disciplinar a própria corte militar, é utilizado com êxito em algumas legislações alienígenas, dentre as quais se destacam a da França e a de Portugal.

Outrossim, não se deve olvidar que a Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, trouxe importante inovação na Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, outorgando-lhe competência para o processo e julgamento das ações judiciais contra as punições disciplinares militares.

Nota-se, então, que no tocante a questão, os militares estaduais (leiam-se forças auxiliares compostas pela polícia militar e corpo de bombeiro militar) possuem tratamento diferenciado e por que não privilegiado em relação aos militares das Forças Armadas, estes sim militares propriamente ditos, pois que exercem funções tipicamente militares, submetendo-se aos deveres e obrigações da farda.

Forçoso dizer, ainda, que os militares estaduais como representantes de órgãos da segurança pública, por muito mais razão, poderiam ser submetidos ao controle judicial da Justiça Comum, esta sim totalmente afeita às funções e obrigações daqueles.

Por isso e senão por uma questão de simetria, cabe ao Congresso Nacional exercer o seu papel e, através de uma Reforma do Judiciário, tentar ao menos resolver o problema.

Importa ressaltar, que o *habeas corpus* nesta seara destina-se apenas a proteção do *status libertatis* do indivíduo, ou seja, só terá cabimento em face de uma punição disciplinar cerceadora da liberdade, que é o caso somente da detenção ou prisão, já que estas são as únicas penas que representam privação de liberdade.

Sendo assim, nas outras hipóteses, a medida mais adequada para o controle judicial é o mandado de segurança. Neste caso, não há divergência e o seu cabimento é pacífico, toda vez que a punição disciplinar resultar de abuso ou excesso de poder, capaz de violar direito líquido e certo do acusado ou punido.

4. OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Questão não menos discutida, porém mais recente, é a da validade dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas usados como instrumentos normativos de previsão, classificação e punição das faltas disciplinares.

Após a promulgação da atual Constituição de 1988, o debate veio a lume, quando do surgimento do atual Regulamento Disciplinar do Exército criado sob a forma de decreto (Decreto nº 4.346, de 26.08.2002).

A referida norma provocou o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, a quem:

o simples exame do arcabouço normativo que regula a matéria em apreço é suficiente para demonstrar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002. Com efeito, se a Constituição de 1988 determinou que os crimes e transgressões militares fossem definidas por lei, não é possível a definição de tipos penais via decreto presidencial. Assim, o ato normativo impugnado violou o art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna.

A ofensa constitucional torna-se ainda mais clara a partir do exame do princípio da recepção de normas pela Constituição. Segundo esse princípio, toda a ordem normativa proveniente de regimes constitucionais anteriores é recebida pela Carta Magna em vigor, desde que com ela materialmente compatível. Considera-se, nesse caso, que a norma recepcionada passou a revestir-se da forma prevista pelo texto constitucional para a matéria.

O elemento fundamental para a recepção da norma, nesse passo, é a sua compatibilidade material. O clássico exemplo de recepção normativa pela Constituição de 1988 é o Código Tributário Nacional, aprovado como lei ordinária (Lei nº 5.172/1966), mas recebido com o *status* de lei complementar (art. 146 da Constituição c/c 34, § 5º, da ADCT).

Simulação similar ocorreu com o Decreto nº 90.608/1984.

Ao estabelecer o Regulamento Disciplinar do Exército, essa norma não colidiu materialmente com a nova ordem constitucional. Houve, pois, sua recepção pela Constituição de 1988, com força de lei, nos termos do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição, que fixou a reserva legal para dispor sobre transgressões disciplinares e respectivas penas.

Assim, o Regulamento Disciplinar do Exército, muito embora aprovado por decreto presidencial, ganhou, com a Carta Magna vigente, o *status* de lei ordinária. Esse paradoxo entre a força material (lei) e a forma infralegal (decreto) suscita a grande dificuldade: qual o procedimento adequado para se alterar essa norma no novo regime constitucional?

A doutrina é pacífica em admitir que o procedimento a ser seguido é o estabelecido pela Constituição vigente. Assim, se uma norma é recebida como lei pela nova ordem constitucional, deve prevalecer o procedimento por esta estabelecido para a alteração legal, independentemente da forma com que originariamente entrou em vigor. Em outros termos: se é recepcionada como lei ordinária, somente poderá ser alterada contra lei de igual hierarquia.

Com essas considerações, constata-se que o Regulamento disciplinar do Exército, estabelecido pelo Decreto nº 90.608/1984 e recepcionado como lei ordinária pela Constituição de 1988, somente poderia ter sido alterado por outra lei de igual hierarquia. O Decreto nº 4.346/2002, porém, revogou aquele ato normativo (art.74), violando a reserva da lei estabelecida no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal⁹.

Como resultado, o Supremo Tribunal Federal não conheceu da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo que dentre os dez Ministros presentes, sete decidiram não julgar o mérito da ação porque a petição inicial não detalhou quais os dispositivos do decreto seriam inconstitucionais, e segundo eles, a ação apresentava a questão de forma genérica.

A tese trilhada pela Procuradoria Geral da República à época representa o pensamento de parte da jurisprudência, para quem os Regulamentos Disciplinares editados na forma de Decreto, antes da nova Constituição, foram por esta recepcionados e ganharam assim o *status* de lei ordinária, em virtude do mandamento constitucional contido no art.5º, LXI, da Carta Magna. Desta forma, após a Constituição de 88, não se permitiria mais a disciplina da matéria por meio de Decretos, e sim somente através de lei ordinária, que seria o instrumento normativo hábil e capaz de revogar os Decretos surgidos anteriormente a CF/88.

A partir daí, necessário se torna a transcrição do art.5º, LXI, da CR/88, que assegura que: “ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, **definidos em lei**”. (grifo nosso)

Dúvida alguma existe de que “definidos em lei” se refere tanto a transgressão militar como ao crime militar, já que esses além de figurarem no singular estão separados de definidos por uma vírgula, aparecendo esta palavra, logo após no plural.

Outro ponto importante no que tange ao mandamento constitucional acima indicado é que este se situa no Capítulo I, do Título II, da Constituição Federal (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), considerado, pois, cláusula pétrea. Trata-se assim de dispositivo constitucional de plena eficácia e aplicação imediata,

⁹ FONTELES, Cláudio. Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn 3.340 – Rel. Min. Marco Aurélio, protocolada no Supremo Tribunal Federal em 08.11.2004, atendendo solicitação do Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro Fábio Elizeu Gaspar.

não se permitindo sobre ele nenhum tipo de interpretação, que não a literal, como também nenhum tipo de exceção ou “abertura de brecha”. Por esta razão, a lei a que se refere o dispositivo constitucional é aquela propriamente dita e compreendida no seu sentido estrito, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Poder Executivo, conforme processo legislativo previsto na Constituição.

Apesar disso, há aqueles que entendem pela perfeita constitucionalidade do Decreto 4.346/02, já que o princípio da reserva legal estatuído também no art.5º, LXI, da Lei Maior, alcançaria tanto a lei formal em sentido estrito como os decretos regulamentares, devido ao art.47 do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), que segundo eles, autorizou de forma expressa e legal a edição de regulamentos pelo Poder Executivo.

Eis o que diz o art.47 do Estatuto dos Militares, *in verbis*:

Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Dessa forma, os defensores dessa corrente sustentam ainda que através desse dispositivo legal oriundo de uma lei federal propriamente dita, o Poder Legislativo haveria autorizado assim a edição de decretos regulamentares sobre a matéria pelo Executivo, em uma verdadeira espécie de delegação legislativa.

Há, contudo, parte da doutrina e jurisprudência que entendem pela inconstitucionalidade não só do Regulamento Disciplinar do Exército vigente, mas de todos os outros regulamentos disciplinares das Forças Armadas instituídos por decreto, mesmo que anteriores a Constituição atual.

Segundo esse entendimento, em virtude do princípio da reserva legal, visto no art.5º, LXI, da Constituição da República, não houve recepção pela Constituição a nenhum regulamento disciplinar, vez que a própria Constituição, assim como no caso dos crimes propriamente militares, passou a exigir que tais transgressões militares fossem definidas em lei.

Para esta corrente, é correto afirmar que a única forma válida para criação de Regulamento Disciplinar no âmbito das Forças Armadas é através de lei em sentido estrito e nada mais, até porque, a regra constitucional prevista no art.5º diz

respeito à garantia fundamental limitadora de direito individual e, por isso, não cabe extensão para definição de lei ou interpretação em seu sentido amplo.

Sob esse prisma, tanto o Regulamento Disciplinar da Marinha baixado pelo Decreto 88.545, de 26.06.1983, com as alterações introduzidas pelo Decreto 1.011, de 22.12.1993 e o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica instituído pelo Decreto 76.322, de 22.09.1975, seriam inconstitucionais, em conjunto, com o Regulamento Disciplinar do Exército, seja ele o de 1984, seja o último de 2002.

Essa senão foi a posição do Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Santa Maria/RS, em sua sentença datada de 28.09.2004, na qual declarou a inconstitucionalidade do Decreto 4.346/02, por entender que a edição do referido regulamento ocorreu em violação ao art.5º, LXI e também do art.25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que expressamente revoga delegações concedidas ao Poder Executivo em matéria de competência atual do Congresso Nacional, o que o fez concluir assim pela não recepção do art.47 da Lei 6.880/80 à luz da Constituição de 1988.

Vale destacar trecho da r. sentença, *verbis*:

reconhecida a inconstitucionalidade do Decreto 4.346/02, não há que se falar em repristinação do Decreto 90.608/84. Este regulamento padece dos mesmos vícios de validade de seu sucessor, quais sejam, fundamentam-se em norma não recepcionada pela Constituição de 1988 e contrariam expressamente o art.5º, LXI, da Constituição, que preceitua que sejam os crimes e transgressões militares previstos em lei. (habeas corpus nº 2004.71.02.005966-6 TRF 4ª Região/RS)

5. CONCLUSÃO

Conforme visto, a hierarquia e a disciplina são elementos essenciais à existência da instituição das Forças Armadas. O poder disciplinar é assim ato de suma importância para o resgate desses valores, quando violados, possibilitando a manutenção da ordem no seio da tropa, bem como o regular desempenho das missões militares.

Ao bem da verdade, porém, e por mais nobre que possa ser as atribuições das Forças Armadas, isto não significa dizer que para a consecução de seus objetivos, deva-se permitir ou tolerar o uso da ilegalidade, a afronta a Lei, a mesma lei, que por sinal, devem obediência e proteção (art.142 CF/88).

Não há e não deve haver em um sistema democrático de Direito, poder disciplinar ilimitado e incontrolável em nenhuma esfera do Poder Público, não se justificando para isso o regime disciplinar especial das Forças Armadas e sua função *sui generis*, ainda mais quando o Estado Brasileiro se encontra em pleno estado de paz, com todos os seus poderes funcionando regularmente e sem ameaças.

Por isso, a nosso ver, a melhor corrente é aquela que permite o controle jurisdicional do ato disciplinar militar, mas de forma moderada, não se possibilitando ao Poder Judiciário nenhuma análise ou consideração quanto ao mérito do ato administrativo disciplinar.

Neste caso, por muito mais motivo (art.142, §2º, CF/88), em se tratando de *habeas corpus* deverá o Julgador tão somente verificar se o ato disciplinar praticado se encontra perfeitamente compatibilizado sob a forma e as prescrições legais, ou seja, em outras palavras: se a lei (sentido amplo) permite ou não a produção de determinado ato.

No que diz respeito à constitucionalidade ou não dos regulamentos disciplinares expedidos sob a forma de decretos, nossa posição segue a mesma

ideia do item anterior, ou seja, de forma alguma se deve eleger a ilegalidade para garantir a legalidade.

Em termos de lei, ou melhor, de Constituição, desprezível e injustificável sempre será a política ou a cultura do “jeitinho”, já que não se cria nova regra a partir de situação jurídica já perfeitamente regulamentada pela Constituição.

Isto significa dizer, que a Magna Carta é hialina ao estatuir o princípio da reserva legal tanto para os crimes propriamente militares, como para as transgressões militares, tendo disposto da regra em artigo e tópico próprios (Dos Direitos Fundamentais), justamente, para se evitar qualquer tipo de interpretação ambígua.

Se isso não bastasse, a mesma Constituição prevê ao dispor sobre processo legislativo a iniciativa do Presidente da República (elaboração do projeto de lei) e a competência do Congresso Nacional na aprovação da lei, que disponha sobre: “militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.” (art.61, §1º, II, alínea c, da CR/88)

Insta salientar, ainda, que o argumento baseado no art.47 do Estatuto dos Militares consiste em verdadeira engenharia jurídica para aqueles que defendem a recepção dos decretos pela Constituição. Verifica-se ser no mínimo um contra senso jurídico conceber que uma lei editada oito (8) anos antes da Constituição possa, além de contrariá-la frontalmente, criar espécie de delegação legislativa sob a égide de outra Constituição já valendo para a futura, de maneira a tornar o dispositivo constitucional do art.5º, LXI, da Constituição de 1988, totalmente, inócuo no que se refere às transgressões militares.

Ao que pese o fato de nesse caso a instituição militar acabar por se ver prejudicada em decorrência de antigos problemas que se reinventam, acreditamos que a busca deve se pautar sempre na defesa da lei, a fim de que se possa cobrar dos agentes políticos a mesma observância à lei. Já a Justiça deve maior comprometimento e isenção com esta do que com a política dos outros poderes.

Por fim, vale lembrar o artigo 14, §2º, do Estatuto dos Militares (Lei 6.680/80) _ sem sombra de dúvidas recepcionado pela Constituição _ ao

estabelecer que: “Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis...”.

6. REFERÊNCIAS

BUTRUS, Angelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues. **Curso de Direito Militar: direito constitucional militar e direito disciplinar militar**. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2010.

CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DE ASSIS, Jorge César. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade**. Leme: Editora do Direito, 1996.

PEREIRA, Gerson da Rosa. **O descabimento de *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares**: uma exceção na contramão dos direitos e garantias fundamentais? Monografia apresentada no Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria - Unifra, em 22.12.2004.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança e ação popular**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.