

A (in)constitucionalidade dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas

Mauro Machado Guedes

Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal

Especialista em Direito da Administração Pública (UFF)

Mestrando em Direito (UNICEUB)

RESUMO: Não é recente e tampouco conclusivo o debate acerca da constitucionalidade dos regulamentos disciplinares dos militares federais – Decretos nº 88.545/83 (Marinha), 4.346/2002 (Exército), e 76.322/75 (Aeronáutica). Há argumentos consistentes de ambos os lados (constitucionalidade *versus* inconstitucionalidade). A proposta veiculada no presente artigo é analisar a evolução histórica dessa dicotomia, sistematizando os pontos de contraste e lhes acrescentando novas referências, tanto no plano doutrinário (sistema de direito disciplinar militar), como no jurisprudencial (temas de Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal).

PALAVRAS-CHAVE: (In)constitucionalidade. Regulamentos disciplinares das Forças Armadas. Decretos *versus* leis em sentido estrito. Dicotomia histórica. Sistematização. Novas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

ENGLISH

ABSTRACT: The debate on the constitutionality of the disciplinary regulations of the federal military – Decrees No. 88.545/83 (Navy), 4.346/2002 (Army), and 76.322/75 (Aeronautics) is not recent and not conclusive. There are consistent arguments on both sides (constitutionality versus unconstitutionality). The proposal published in this article is to analyze the historical evolution of this dichotomy, systematizing the contrast points and adding new references to

them, both in the doctrinal plane (military disciplinary law system), as well as in the jurisprudential (themes of General Repercussion within the Supreme Federal Court).

KEYWORDS: (In)constitutionality. Disciplinary regulations of the Armed Forces. Decrees versus laws in the strict sense. Historical dichotomy. Systematization. New doctrinal and jurisprudential references.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Soberania do país depende da disciplina militar: legitimidade dos regulamentos – 3 O panorama normativo disciplinar das Forças Armadas e as críticas que lhe sobrevieram – 4 Em defesa da constitucionalidade: a juridicidade do sistema de direito disciplinar militar – 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A existência de regulamentos disciplinares para as Forças Armadas se justifica pela necessidade de operacionalidade (organização, preparo e emprego) das tropas e do caráter dissuasório – em face de ameaças externas e internas à Soberania Nacional – que consequentemente subjaz a essa condição operacional.

Tanto a possibilidade iminente de hostilidades internacionais quanto os riscos que eventuais insurgências intestinas representam para esse sensível axioma evidenciam a relevância e atualidade do tema.

Ocorre que seu tratamento normativo está longe de ser pacífico, haja vista a forma como a temática foi inserida no ordenamento jurídico – por meio dos Decretos nº 88.545/83 (Marinha), 4.346/2002 (Exército), e 76.322/75 (Aeronáutica). Disso exsurtem contestações – na doutrina e jurisprudência – no sentido de exigir a veiculação do assunto, obrigatoriamente, por meio de lei em sentido estrito.

A proposta veiculada no presente artigo é analisar a evolução histórica dessa dicotomia, sistematizando as posições dialéticas e lhes acrescentando novas referências, tanto no plano doutrinário, como no jurisprudencial.

No tópico subsequente, é a realizada a análise sobre a aludida relação de dependência entre a Soberania Nacional e a vigência dessas normas cuja compatibilidade constitucional ora se rediscute. Hierarquia e Disciplina não seriam, assim, os únicos bens jurídicos legitimadores do Direito Disciplinar militar, nem os mais importantes, posto que apenas instrumentais à tutela de algo bem mais valioso: a segurança interna e externa do Estado Democrático de Direito e a respectiva normalidade da vida em sociedade.

Em seguida, passa-se ao escrutínio do panorama normativo disciplinar propriamente dito¹, regente das Forças Armadas, e das vozes que lhes são contrárias, principalmente pela forma como vieram ao mundo (jurídico). Com efeito, seja sob o aspecto formal, seja no material, tanto pelo ponto de vista do controle concentrado de constitucionalidade, quanto pelo prisma difuso, não há calmaria nas águas desbravadas pelas linhas a seguir.

Chega-se então ao ponto de defesa da constitucionalidade, que não deixa de ser a tese até aqui vencedora do embate, haja vista o estado de vigência das normas desde a sua publicação até os dias atuais. Para além do tecnicismo formal, ganha relevo nesse recorte temático, a essência axiológica dos regulamentos disciplinares, permeáveis a conhecimentos oriundos de outras disciplinas jurídicas, como também de ciências humanas interdisciplinares, viabilizando um sistema de direito disciplinar militar.

Em arremate, as conclusões finais revelam a solução jurídica à qual nos filiamos e os desdobramentos possíveis dessa opção.

2 A SOBERANIA DO PAÍS DEPENDE DA DISCIPLINA MILITAR: LEGITIMIDADE DOS REGULAMENTOS

Tão antiga quanto a própria condição humana e o seu conjunto de relações entre si (vida em sociedade) é a situação extrema na qual os grupos humanos se enfrentam até chegarem ao ponto de se matarem, vulgarmente conhecida como guerra.

Anthony Giddens ensina que: nada menos do que 14.000 (quatorze mil guerras) foram engendradas ao longo da história da humanidade, com o abominável resultado, apenas no século XX, de 100.000.000 (cem milhões) de mortes humanas, tudo isso sem considerar os inexoráveis prejuízos ambientais e culturais necessariamente advindos da resolução das controvérsias

¹ Desde a sua raiz constitucional, passando pelos supedâneos legislativos, até chegar nas controversas pontas decretadas.

comunitárias pela força². O fato é que, na cronologia do homem, de acordo com o autor, os períodos de paz é que são absolutamente excepcionais.

Inobstante, grassa na ambiência acadêmico-intelectual uma ideologia utópica de pacifismo radical³. Assim, ao arrepio dos fatos⁴, boa parte da comunidade internacional acredita que, por “decreto”⁵, seja capaz de desnaturar a brutalidade humana e toda sorte de gatilhos imprevisíveis (crises econômicas e de abastecimento, pandemias virais ou bacteriológicas, dissensos identitários, religiosos ou étnico-culturais, por exemplos) que possam deflagrar a matança desordenada do homem pelo homem.

O problema, por óbvio, não é a louvável e necessária previsão convencional e tampouco o discurso ideológico em si mesmo, mas sim as consequências práticas que possam advir dos eufemismos, não sendo possível afirmar que todas as guerras são injustas ou desnecessárias⁶, com o consectário lógico de satanização das Formas Armadas.

As “guerras assimétricas” são uma realidade⁷ e, nesse contexto, Lacava Filho pondera que a noção da doutrina de “Guerra Justa” vem ressuscitando a serviço de uma concepção realista (*real polict*) de Direito Internacional Público⁸. É que, por mais belas que sejam as ideias, nem sempre elas resistem ao teste de primazia da realidade.

No Brasil, em alinhio a essa diretriz empírica de raciocínio, não se nega a vocação pacifista e a busca pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (Constituição da República, artigo 4º, incisos VII e IX), mas isso não significa descuidar da relevância estratégica das Forças Armadas Nacionais no cenário internacional, conforme consignado no Livro Branco da Defesa Nacional, publicado em 2012 (Ministério da Defesa, p. 235):

Os riscos da não prontidão para a defesa podem implicar custos maiores. Apesar de possuir uma tradição pacífica, o Brasil não pode ser visto como uma nação indefesa e desarmada. A defesa Nacional representa o “seguro” que o Estado brasileiro deve

² GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Silva e outros. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 1192.

³ HABERMAS, Jürgen. *El Proyecto Kantiano y el Occidente Escindido*, in: *El Occidente Escindido. Traducción de José Luis López de Lizaga*. Madrid: Trotta, 2006, p. 141.

⁴ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 370-371. Ensina o filósofo austríaco que, desde a queda do muro de Berlim, não houve um só dia em que, em algum lugar do mundo, não houvesse guerra.

⁵ Carta das Nações Unidas, artigo 51.

⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 372.

⁷ Também chamada de guerra de 4ª geração trata-se de uma evolução dos conceitos de batalha campal (1ª geração), guerra de trincheira (2ª geração) e conflito com operações táticas (3ª geração), até chegar à guerra assimétrica, conflito no qual uma das partes, dotada de uma força implacável, trata de destruir a outra, infinitamente mais débil, que combate de maneira não convencional e irregular. (conforme VISACRO, Alessandro. A guerra na Era da Informação. São Paulo: Contexto, 2018, p.110-201).

⁸ FILHO, Nelson Lacava. *Bases do Sistema de Direito Penal Militar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 134.

renovar permanentemente, com estabilidade e previsibilidade, de forma a garantir um ambiente favorável ao pleno desenvolvimento econômico e social.

Nas palavras de Lacava Filho⁹:

não que o estado brasileiro entenda, no que diz respeito à defesa, que deve utilizar-se da guerra como alternativa à diplomacia, mas fica claro que há uma preocupação no sentido de que o País esteja preparado para um eventual conflito de grandes proporções e, mesmo que este não ocorra, deve a preparação de suas Forças Armadas demonstrar força tal que eventuais inimigos sejam dissuadidos de um eventual ataque à soberania brasileira.

Com efeito, evidenciado o prisma pelo qual as hostilidades alienígenas não sejam uma realidade tão distante quanto se prometa ou se queira acreditar, justifica-se a existência de um aparato jurídico-disciplinar hábil a assegurar, de forma imediata, a operacionalidade das Forças Armadas e, de forma mediata, a própria Soberania nacional.

Nesse mesmo sentido são os dizeres de Miranda Teles¹⁰:

O art. 142 da CF indica a hierarquia e disciplina como princípios basilares e sustentáculos das forças Armadas. Sem a incidência de tais preceitos, as Forças se assemelhariam a bandos ou milícias. São essenciais à sobrevivência e coesão das três Forças e, durante um conflito armado, são elas que garantem a possibilidade de sucesso e minimizam riscos de perdas humanas militares e civis. Os dois princípios foram erigidos à condição de enunciados normativos e se espraiam por toda a legislação aplicável ao Direito Militar, inclusive na esfera penal militar, cujos tipos incriminadores, mesmo que de forma reflexa, tutelam esse binômio quando o sujeito ativo é militar. Cabe ainda ressaltar que, tal qual os demais enunciados de igual estatura, a hierarquia e disciplina não são princípios inafastáveis e absolutos, comportando mitigação quando, no caso concreto, são confrontados com outros princípios e regras que valorizem a dignidade humana.

Não é por acaso, portanto, que a Soberania assumiu lugar de destaque – artigo 1º, inciso I - na Constituição da República de 1988. É que sobre essa viga de fundação se erige toda a arquitetura constitucional brasileira contemporânea (fundamentos, Poderes, objetivos fundamentais, princípios nas relações internacionais, direitos e garantias fundamentais).

Mas não é somente sob o ponto de vista externo que tão nobre desiderato é colocado em situação de risco, sendo também possível vislumbrar ofensas à Soberania na vigência do “tempo de paz”.

Assim é que, conforme Lacava Filho, *“para além do viés tradicional de emprego das forças armadas “guerra-dissuasão”, a realidade política e social brasileira, bem como o preceito constitucional estabelecido no artigo 142 da Constituição da República, tem imposto às*

⁹ Ibidem, p. 137.

¹⁰ MIRANDA TELES, Fernando Hugo. In: *Estatuto dos Militares Comentado*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 77.

*Forças Armadas um emprego diverso do tradicional (...)*¹¹. Trata-se das Operações de Paz, das ações de garantia da Lei e da Ordem, do Policiamento de Fronteira e das Ações Subsidiárias.

Esse é um cenário, não exclusivamente nacional, decorrente da Nova Ordem Mundial, estabelecido a par da já mencionada situação de combate assimétrico. A complexidade que subjaz à vida social contemporânea – conforme ideia preconizada pela famigerada expressão “Sociedade de Risco” – exige dos militares um treinamento adequado não só para o eventual enfrentamento bélico, mas também (e principalmente) para a minimização de problemas sociais¹². O certo é que combate mudou com a evolução social.

No Brasil, a Lei Complementar nº 97/1999 chancelou expressamente a possibilidade de insuficiência de recursos dos entes da Federação para fazer frente às suas responsabilidades de segurança pública e outras atividades de assistência social e defesa civil como pedra de toque para esse emprego anômalo das tropas militares federais. Nesse diapasão, ao dispor sobre as normas gerais quanto à operacionalidade das Forças Armadas (organização, preparo e emprego), indica-lhe uma fisionomia diversa daquela que lhe é originalmente atribuída: os militares federais assumem o controle operacional da segurança pública¹³ e exercem outras atribuições subsidiárias¹⁴, quando esgotados os meios tradicionalmente previstos para esses fins.

Nesse contexto de (re)organização das atribuições estatais, o ponto que interessa ao presente trabalho é o seguinte: se o problema social é grave o suficiente para que ocorra o chamamento das Forças Armadas para atuar na espécie, é perfeitamente possível que a situação evolua a ponto de colocar em xeque a Soberania Nacional. Há, inclusive, vozes autorizadas no sentido de que sejam aplicadas, a tais comoções intestinais, as regras inerentes ao Direito Internacional Humanitário, viabilizando o uso letal da força em ataques contra objetivos militares legítimos¹⁵.

¹¹ FILHO, Nelson Lacava. *Bases do Sistema de Direito Penal Militar*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 160.

¹² RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 24, ano XXXIX, p. 22, nov. 2014.

¹³ Como exemplo, é possível citar a atuação conjunta das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) em comunidades carentes do Rio de Janeiro, como a Favela da Maré e Morro do Alemão, a fim de retirar tais complexos do domínio do tráfico de drogas e garantir a segurança e o direito ambulatorial da população.

¹⁴ Policiamento na faixa de fronteira, por exemplo, entre outras situações previstas na LC nº 97/1999.

¹⁵ CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. Quando haverá um conflito armado no Rio de Janeiro: os cenários cariocas e o marco legal aplicável à violência de fato vivenciada na cidade. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 31, ano XLIV, p. 44, nov. 2019. Na mesma edição da Revista, é possível encontrar artigos com a sustentação de posição intermediária (ampliação do conceito de legítima defesa, sem o uso letal da força nos moldes do DIH – Carlos Frederico de Oliveira Pereira) e de posição diametralmente oposta (aperfeiçoamento normativo de institutos jurídicos já existentes no direito penal interno, sem qualquer possibilidade de aplicação do DIH – Najla Nassif Palma).

O fato é que, na dinâmica tessitura social hodierna, nacional e internacional, não mais se admite que a vida castrense seja vista de forma completamente autônoma com relação à vida civil. Essa noção perfunctória de alijamento é incapaz de capturar a real dimensão do militar atual, não apenas como um homem das armas, mas também como um policial e um operador social¹⁶.

Se esse tecido fino a qualquer momento pode se rasgar, junto com a Soberania (que é a base), sucumbem os próprios direitos e garantias individuais e coletivos. Quem garante esse sutil equilíbrio de bens jurídicos constitucionais são as Forças Armadas. E o que assegura seu bom funcionamento são os respectivos regulamentos disciplinares.

Assentadas as premissas quanto à legitimidade contemporânea – externa e interna - não só das Forças Armadas, como também das normas disciplinares que lhes viabilizam as características de operacionalidade (organização, preparo e emprego) para a defesa da Pátria¹⁷, necessária se faz a incursão analítica sobre esse panorama regulamentar propriamente dito.

3 O PANORAMA NORMATIVO DISCIPLINAR DAS FORÇAS ARMADAS E AS CRÍTICAS QUE LHE SOBREVIERAM

A Constituição da República, em seu artigo 5º, LXI, dispõe de forma categórica 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.”*

Essa é a norma fundamental sobre a qual se erigem as regras disciplinares das Forças Armadas. O fundamento de validade desses regulamentos, portanto, não só tem assento constitucional, como também é alocado no seletor rol de direitos e garantias individuais e coletivos expressamente dispostos na Lei Maior (artigo 5º).

Portanto, é dessa pedra angular que defluem, em primeiro lugar, as Leis nº 5.774/1971 e 6.880/1980, e, em seguida, os Decretos nº 88.545/83, 4.346/2002 e 76.322/75, que extraem fundamento de validade daquelas Leis. Por isso, vale a pena transcrever o dispositivo legal específico que corrobora essa assertiva¹⁸:

¹⁶ FIANDACA, Giovanni. *Quale specialità per il Diritto Penale Militare. Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, p. 1063, jul/set. 2008.

¹⁷ Não se pode olvidar que o vocábulo Pátria (grafado com inicial maiúscula) só aparece uma única vez no texto constitucional, justamente no dispositivo que define as Forças Armadas (*caput* do artigo 142).

¹⁸ Artigo 47 da Lei nº 6.880/1980 – Estatuto dos Militares.

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.

Jorge César de Assis ensina que “*ao se referir à transgressão disciplinar, o dispositivo constitucional está admitindo a existência de um Regulamento Disciplinar, já que são exatamente os Regulamentos que contêm o rol das transgressões disciplinares militares*”¹⁹.

Ocorre que a forma como tais normas vieram ao mundo não as imunizaram de críticas. Muito pelo contrário. A maior evidência sintomática dessa linha de raciocínio foi o ajuizamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3340, em 2004, hostilizando a constitucionalidade formal do Decreto nº 4.346/2002 (RDE²⁰) e seu anexo I, tendo em vista o disposto na expressão “*definidos em lei*” prevista no aludido artigo 5º, LXI, da Constituição da República.

A ação constitucional tinha como fundamento o princípio da recepção de normas pela Constituição, desde que observada a compatibilidade material entre a norma submetida ao filtro da Lei Maior e o seu conteúdo axiológico, do que resultaria uma “convalidação”, *rectius*, recepção, do vício formal inerente à norma testada.

O Supremo Tribunal Federal (STF), todavia, não conheceu dessa medida de controle concentrado de constitucionalidade, na forma do artigo 3º da Lei nº 9.868/99, deixando de apreciar o mérito em razão da ausência de exatidão na formulação da ADI nº 3340 quanto às disposições e normas violadoras deste suposto regime de reserva legal estrita.

Não obstante, há quem defenda²¹ que a decisão prolatada na ADI nº 3340 deva ser interpretada como um apelo ao legislador²² para que providencie a adequação necessária, devendo o vício formal do RDE ser extirpado do ordenamento jurídico brasileiro, como solução de manutenção da coerência interna das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Há quem sustente, ainda, não se tratar de defeito meramente formal, espraiando-se então a crítica para os regulamentos das outras Forças (Decretos nº 88.545/83 e 76.322/75). Nessa

¹⁹ ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar* – da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2018, p. 108.

²⁰ Abreviatura referente à expressão “*Regulamento Disciplinar do Exército*”.

²¹ No Seminário de Direito e Processo Administrativo Militar, realizado na sede da Procuradoria Geral de Justiça Militar nos dias 09 e 10 de março de 2020, o palestrante Mário André da Silva Porto, Promotor de Justiça Militar, defendeu que o problema não se restringe ao âmbito jurídico, havendo um cenário histórico de iniquidade pela hipertrofia do Poder Executivo, que acaba por gerar no Poder Legislativo um desprezo quanto à necessidade de legislar sobre o tema.

²² Conforme leciona o eminente professor Dirley da Cunha Júnior em seu Curso de Direito Constitucional (Editora Juspudivm – 11ª Edição), a técnica do apelo ao legislador implica em decisão de rejeição da inconstitucionalidade, vinculada, contudo, a uma conclamação ao legislador para que este entabule as medidas corretivas ou de adequação necessárias. Na hipótese de o legislador não satisfazer a exortação do Tribunal, a lei declarada ainda constitucional considerar-se-á válida até que, devidamente provocado, venha o Supremo Tribunal Federal proferir nova decisão.

toada de inconstitucionalidade material, o ataque se dirige à incompatibilidade entre o conteúdo dos regulamentos e os preceitos que tratam dos direitos e garantias do cidadão²³.

Em consonância com tal linha de pensar, Eliezer Pereira Martins aponta que a anomalia de privação da liberdade por infração disciplinar é situação séria o suficiente para ser tratada em lei propriamente dita, do que decorre a inconstitucionalidade material dos regulamentos disciplinares²⁴.

Nem mesmo o outrora consolidado princípio da recepção de normas pela Constituição restou imune aos ataques, com a utilização recorrente em demandas ajuizadas na Justiça Federal de piso, como forma de denegrir a tese da impossibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade formal superveniente, do disposto no artigo 25, I, do ADCT, *verbis*: “*Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa*”.

E foi assim que o tema chegou novamente ao STF, inobstante as novas roupagens que lhe sobrevieram.

No Recurso Extraordinário nº 610.218/RS, houve irresignação quanto à aplicação concreta de punição disciplinar a servidor público militar, sob o fundamento de exigência de lei em sentido formal para instituir punição disciplinar imposta a militar. A questão da legalidade das punições previstas no Decreto Estadual nº 43.245/2004, editado pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, todavia, foi considerada pelo STF como sendo de natureza infraconstitucional, pelo que foi reconhecida a ausência de Repercussão Geral quanto ao **Tema 270** (decisão prolatada em 29/04/2010).

Já no Recurso Extraordinário nº 603.116/RS, interposto contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do indigitado artigo 47 do Estatuto dos Militares, com a consequência lógica de reconhecimento do vício do plano de validade subsequente, com a ilegalidade do RDE, houve o reconhecimento de que o tema é eminentemente constitucional, não se confundindo com o tema anterior (270), extrapolando os interesses subjetivos das partes e, portanto, sendo de repercussão geral (**Tema 703**, reconhecido em 07/03/2014)²⁵.

²³ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003. p. 57.

²⁴ MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade*. Leme: Editora de Direito, 1996, p. 87.

²⁵ Os autos estão conclusos com o Ministro relator Dias Toffoli, desde 15/10/2018.

Exposto o pano de fundo normativo que subjaz à temática veiculada no presente artigo, com as vastas e consistentes críticas que se lhe apresentam, cumpre então analisar os possíveis contrapontos que, por via de consequência, corroboram o plano de validade da normatividade estabelecida.

4 EM DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE: A JURIDICIDADE DO SISTEMA DE DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

A par da solidez argumentativa subjacente às concepções que defendem a exigência de lei em sentido formal para a veiculação dos regulamentos disciplinares dos militares federais, existem apreciações, não menos densas, quanto à constitucionalidade do estado atual de coisas no ordenamento jurídico-militar brasileiro.

Com proeminência, Jorge César de Assis parte da premissa de que “*a Carta Magna não possui dispositivos antagônicos entre si; qualquer contradição aparente implica o esforço necessário para a conciliação das normas estabelecidas em dispositivos constitucionais diversos a serem considerados*”²⁶. Nessa linha de raciocínio, a norma constitucional basilar da presente controvérsia – artigo 5º, LXI – deve ser interpretada de forma restrita, de modo que haja compatibilização de seu conteúdo com outras normas, de mesma hierarquia constitucional, incidentes sobre a matéria, quais sejam: estruturação das Forças Armadas com base na hierarquia e disciplina (*caput* do artigo 142), submissão das Forças Armadas ao comando supremo do PR (artigo 84, inciso XIII)²⁷, competência deste agente público para editar decretos visando à fiel execução das leis (artigo 84, inciso IV) inadmissibilidade de HC em face de transgressões disciplinares (artigo 142, §2º).

Ora, todo esse arcabouço normativo deve ser levado em consideração pelo exegeta constitucional a fim de extrair o real significado da norma inculpada no artigo 5º, LXI. Assim é que, apesar de ambos os tipos de ilícito militar – penal e disciplinar – estarem consignados no mesmo dispositivo, certo é que não possuem a mesma carga axiológica, e esse evidente *discrímen* se manifesta na forma pela qual tais injustos se apresentam no mundo exterior (leis, no primeiro caso e decretos, no segundo).

²⁶ ASSIS, Jorge César de. Curso de Direito Disciplinar Militar – da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2018, p. 111.

²⁷ Esse comando supremo exercido pelo Presidente sobre as Forças Armadas apresenta paralelo em vários ordenamentos jurídicos estrangeiros, o que indica de forma segura constituir um elemento jurídico-estratégico de preservação da Soberania Nacional (Ibidem, p. 117).

O referido autor corrobora sua tese com base em análise doutrinária especializada haurida do direito comparado ao invocar José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto: “*ao comentar o dispositivo constitucional espanhol, ressalta, todavia, que o direito disciplinar está sujeito à reserva da lei (princípio da legalidade: art. 25.1 da Constituição Espanhola), o que não exclui a possibilidade de que as leis contenham remissões a normas (...)*”²⁸.

Dessa forma, o Brasil, tal qual o modelo espanhol, teria adotado um princípio da legalidade ampla para aceitar os regulamentos que definem infrações e penas administrativas na seara militar, nos exatos moldes da norma de remissão prevista no artigo 47 do Estatuto dos Militares.

Indo além, o já mencionado José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto chama a atenção para o perigo de preconizar um transplante de todas as garantias penais e processuais para o âmbito sancionador administrativo. Essa transposição acrítica afetaria o sutil equilíbrio entre as garantias básicas do infrator e as prerrogativas da Administração Pública militar no exercício de sua potestade disciplinar.

Caso tal equilíbrio se desfaça, existe o risco de hipertrofismo da potestade sancionadora estatal, sendo certo que o neoconstitucionalismo é repleto de mecanismos de freios e contrapesos para prevenir tal situação, mas existe aflição ainda maior ante a possibilidade trazida pelo extremo oposto: o inchaço nas garantias do infrator, induzido por um irrefletido efeito mimético de transposição em bloco do processo penal para o administrativo, capaz de menoscabar as prerrogativas da Administração reduzindo-as até quase sua eliminação (tisonando, por consequência, o interesse público que legitima e é resguardado por essas prerrogativas).

Voltando ao terreno prático da celeuma, é possível observar a ausência de uniformidade nas decisões da Justiça Federal de piso que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade dos decretos que regulamentam a disciplina das forças Armadas. Por um lado, há decisões lastreadas no disposto no indigitado artigo 25, I, do ADCT, mas que, em homenagem à segurança jurídica, asseguram o efeito repristinatório da normatividade anterior, qual seja: Decreto 90.608/1984²⁹. Por outro, existem sentenças que fulminam tanto a situação jurídica atual (RDE) quanto essa que lhe antecedeu (Decreto 90.608/1984, convém repetir)³⁰.

²⁸ ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar* – da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2018, p. 113.

²⁹ HC n° 2004.31.00.001279-2 – 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Amapá.

³⁰ Recurso em Sentido Estrito n° 2004.71.02.005966-6/RS – Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Ora, no primeiro caso, se o bem jurídico a ser tutelado é o da segurança jurídica, afigura-se um contrassenso revogar uma norma, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal, para trazer à tona a normatividade anterior, de mesma roupagem (Decreto), muito menos consentânea aos princípios constitucionais do que a norma revogada (RDE, de 2002), mais contemporânea.

No segundo caso, a exacerbação do tecnicismo de controle constitucional produz efeitos ainda mais deletérios: a declaração de inconstitucionalidade formal do RDE produz um vácuo jurídico acerca da matéria, que fica ao sabor das vontades individuais, traduzindo-se, agora sim, em autêntico *Estado de Coisas Inconstitucional*³¹ quanto à garantia de efetividade (operacionalidade das Forças Armadas) de sua viga-mestra: a Soberania Nacional.

Em sede de arremate, Assis ensina que, na verdade, é o artigo 47 do Estatuto dos Militares que foi submetido, com êxito, ao teste de constitucionalidade da CF/88, tendo sido, portanto, recepcionado sem ressalvas³². Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas nada mais são do que desdobramentos lógicos dessa fonte normativa, editados sob decretos no exercício da autoridade suprema do PR, em salvaguarda imediata da hierarquia e disciplina militares e da Soberania Nacional, de forma mediata.

Com efeito, uma diretriz possível para o iminente deslinde da controvérsia – quando da apreciação do mérito do **Tema 703** submetido ao STF em sede de já reconhecida Repercussão Geral - não é o transplante acrítico de garantias penais e processuais para o âmbito sancionador administrativo, do que resultaria uma inexorável exigência de lei em sentido estrito para a previsão dos ilícitos disciplinares, mas sim uma adequação de legalidade num sentido mais amplo.

Superar-se-ia, pois, a fé cega nas leis como solução para problemas complexos da atualidade, como é o caso do objeto do presente artigo. Até porque no contexto pós-moderno de crise da lei, observa-se uma ruptura paradigmática da legalidade como vinculação positiva à lei, passando ao princípio da juridicidade administrativa, conforme valiosa e certa lição do doutrinador Gustavo Binenbojm.

³¹ Expressão utilizada pelo STF, na ADPF 3470 (2015), para reconhecer a situação de violação generalizada a direitos fundamentais pela inércia estatal ante o sistema carcerário brasileiro.

³² A fim de substanciar seu entendimento, o autor indica a construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores ao longo do tempo, indicando, a título de exemplos, o MS nº 9.710/DF (STJ) e o RE nº 600.855 (STF), sendo certo que não houve fato superveniente a ensejar o fenômeno de superação jurisprudencial conhecido como *overruling* e tampouco o ajuizamento de novas ações de controle concentrado de constitucionalidade com o fito de hostilizar os Decretos ou mesmo manifestação do Congresso Nacional para a suposta preservação de sua competência legislativa, na forma do artigo 48, XX, da Constituição da República.

O desprestígio do legislador e a crise da lei formal já se afiguram, hoje, como um fenômeno universal, em trecho do aludido autor cuja transcrição é imperativa³³:

Se a promessa de racionalização do mundo, aspiração mais alentada da modernidade, jamais chegou a realizar-se completamente no plano da organização das sociedades políticas, essa promessa foi frustrada, em larga medida, pelo fracasso da lei formal como projeto jurídico-político. Tal crise é perceptível em todos os países, sendo, todavia, mais evidente em Estados ligados à tradição jurídica romano germânica, nos quais a lei escrita – produto da vontade manifestada por representantes eleitos pelo povo – sempre se reservou o papel de protagonista da criação do direito.

A crença inabalável no mito positivista de completude do ordenamento jurídico não merece, portanto, ser o porto seguro para aporte do presente embate de posições, haja vista a natureza tormentosa das águas pelas quais navega. É que a garantia de operacionalização (organização, preparo e emprego) das Forças Armadas, autêntico suporte à defesa da soberania nacional, deve-se materializar por instrumentos normativos disciplinares capazes de se adequarem a essa fluidez dinâmica.

Esse é o caminho trilhado por Eros Roberto Grau, ao afirmar que “*a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo.*”³⁴ A própria Constituição Federal de 1988 cria amplo espaço normativo primário para o Poder Executivo, que pode legislar por meio de medidas provisórias ou leis delegadas (artigos 62 e 68), além de estabelecer campo regulamentar autônomo no que se refere à organização e funcionamento da Administração Pública quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos (artigo 84, VI, a).³⁵

A regulamentação da disciplina militar federal, por decretos, amolda-se perfeitamente a essas noções hodiernas de juridicidade. As fontes do direito administrativo contemporâneo, diante dos desafios que lhe são impostos pela Sociedade de Risco, são plurais: Constituição, lei, regulamento presidencial e regulamento setorial, em sistemática consolidada pela Emenda Constitucional nº 32/2001.

É missão primordial da ciência do Direito colocar o direito posto em contato com o espírito do seu tempo e reconhecer ou não sua legitimidade a partir desse espírito. Supera-se, pois, a ideia positivista jurídica no sentido de analisar o Direito tão somente sob o prisma formal,

³³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125-126.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 179.

³⁵ Na lição de Eduardo García de Enterría, que se aplica perfeitamente ao Brasil, “a lei não é a única origem do direito para o sistema constitucional” (*Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1ª reimpressão, 1986, p. 93).

buscando analisá-lo sob sua vertente material, conforme vasta e rica produção da dogmática penal alemã de orientação funcionalista³⁶.

No neoconstitucionalismo brasileiro, a reserva de lei assume novos e variados matizes, abrindo-se espaço para um sistema de direito disciplinar militar, nos moldes daquele que foi preconizado por Lacava Filho para o direito penal militar³⁷:

não se pode, portanto, conceber o sistema penal militar somente sob o aspecto da legislação penal, entendê-lo dessa forma seria reduzir a sua complexidade e minorar sua eficácia. Há normas de natureza constitucional, administrativa, de Direito Internacional Público, Humanitário e Processual Penal que permeiam o sistema penal militar que devem ser tidas como referência para a construção do sistema. Não se pode deixar também de analisá-las sob paradigmas de ordem sociológica, filosófica e antropológica da finalidade para a qual esse conjunto de normas é estabelecido, qual seja, a eficiência das Forças Armadas na realização de seus deveres constitucionais.

Esse é o cerne da questão: mais importante do que uma ocupação excessiva com a forma como os regulamentos disciplinares das Forças Armadas ingressaram no ordenamento jurídico é a essência axiológica – da qual depende a Soberania Nacional – desses estatutos, informados não só por saberes hauridos de outras disciplinas jurídicas, como também de ciências humanas interdisciplinares³⁸, viabilizando um sistema de direito disciplinar militar.

Ao se constatar esse desnível de importância, só então será possível que as energias – acadêmicas e institucionais – voltem-se para situações que transcendam tecnicismos formais e atinjam efetivamente a eficácia do ordenamento jurídico militar e seus reflexos no seio da sociedade, como é o caso da necessária expansão de competência da Justiça Militar da União – justamente em razão do alto grau de especificidade subjacente às controvérsias militares no âmbito disciplinar – para também abranger as demandas cíveis contra atos disciplinares, nos moldes de atuação das justiças militares estaduais desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

³⁶ Como obra de referência dessa linha de raciocínio, cuja versão espanhola foi coordenada por Francisco Muñoz Conde, é possível citar: “*La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*”, Valência: Tirant lo blanch, 2004.

³⁷ FILHO, Nelson Lacava. Bases do Sistema de Direito Penal Militar. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 262.

³⁸ A Criminologia e Antropologia se afiguram como importantes ferramentas ao deslinde das questões penais militares, trazendo para o universo jurídico - adequação social da conduta, delimitação do risco permitido, necessidade militar, proporcionalidade etc. - elementos hauridos da realidade empírica da Caserna (conforme FILHO, Nelson Lacava. Da aferição da tipicidade objetiva dos crimes militares: uma defesa da continuidade do julgamento pelo escabinato dos crimes militares cometidos por civis em concurso com militares. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 24, ano XXXIX, p. 189-204, nov. 2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fé cega na lei como solução para todos os problemas é uma postura que já teve razão de ser quando o positivismo jurídico vinha a reboque de um racionalismo que se propunha a descortinar todos os meandros da vida em sociedade. Hoje, ante o reconhecimento da complexidade e fluidez inerente à Sociedade de Risco, informada por parâmetros (neoconstitucionais) que vão muito além das leis, tal postura não mais se sustenta.

Na atual quadra histórica, existem desafios e perplexidades que se impõem à vida militar, ensejadores de significativos esforços para que se chegue às respectivas soluções. Assim é que, inobstante o debate seja salutar para o amadurecimento das ideias, a persistência acrítica de uma posição lastreada na simples crença na panaceia da lei, pode dissipar esses esforços quanto ao enfoque daquilo que realmente interessa.

O ordenamento jurídico pátrio é suficiente para conformar harmonicamente os Decretos que regulamentam a disciplina militar, devendo prevalecer sobre preciosismos tecnicistas que em nada lhe acrescentam axiologicamente.

Mais importante do que hostilizar a forma dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, portanto, é conferir real eficácia ao seu conteúdo e disso depende não só a operacionalidade das tropas federais, mas a própria Soberania Nacional. Essa eminente tarefa não depende da singela vontade do legislador, mas de um arranjo institucional entre um conjunto de órgãos – Presidência da República, Ministério da Defesa, Comandos das Forças, órgãos da Justiça Militar da União e Ministério Público Militar – capazes de promover a adequação, na prática, entre o teor desses regulamentos e a multifacetada realidade social que lhes é superior.

Saberes advindos de outros ramos do direito – constitucional, administrativo, penal, processual penal e internacional público – ademais de outras ciências humanas – antropologia, sociologia, psicologia etc. – são ferramentas fundamentais na consolidação desse arranjo institucional, cujo resultado é o desenvolvimento de um sistema de direito disciplinar militar.

É necessário, pois, avançar, e para tanto se exige calma das águas, viabilizando o desbravamento de situações capazes de atender aos autênticos reclamos da sociedade contemporânea, conferindo competência à Justiça Militar da União para processar e julgar ações cíveis contra atos disciplinares. Essa seria a pedra angular do indigitado arranjo institucional e do conseqüente sistema de direito disciplinar militar, porquanto reúne necessariamente, em suas atividades, manifestações dos respectivos atores sociais. Isso, sim, é real e urgente.

Assim, parafraseando o poeta lusitano para trazer à presente análise de embate de ideias uma noção de contrariedade entre realidade e romantismo, é possível dizer que: “*É preciso ser um realista para descobrir a realidade. É preciso ser um romântico para criá-la.*”³⁹

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar – da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. Quando haverá um conflito armado no Rio de Janeiro: os cenários cariocas e o marco legal aplicável à violência de fato vivenciada na cidade. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 31, ano XLIV, nov. 2019.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Silva e outros. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *El Proyecto Kantiano y el Occidente Escindido*, in: *El Occidente Escindido*. Traducción de José Luis López de Lizaga. Madrid: Trotta, 2006.

FIANDACA, Giovanni. *Quale specialità per il Diritto Penale Militare*. *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, ano LI, jul/set. 2008.

FILHO, Nelson Lacava. *Bases do Sistema de Direito Penal Militar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

³⁹ Fernando Pessoa.

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

MIRANDA TELES, Fernando Hugo. *In: Estatuto dos Militares Comentado*. Curitiba: Juruá, 2019.

RABELLO DE SOUZA, Marcelo Weitzel. As novas missões das Forças Armadas e as lacunas no direito brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, nº 24, ano XXXIX, nov. 2014.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.