

reve de militares, anistia e diálogos constitucionais

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar
Especialista em Direito Militar

RESUMO: O direito de greve é vedado aos militares. Entretanto, nos últimos tempos, o Poder Legislativo tem proporcionado a possibilidade de anistia a militares grevistas, com a elaboração de leis que se deseja, neste artigo, demonstrar serem inconstitucionais. Para tanto, será utilizado um precedente do Tribunal Constitucional Alemão e analisada a sua compatibilidade com o direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Greve. Anistia. Militares. Inconstitucionalidade.

ENGLISH

TITLE: Military strikes, amnesty and constitutional dialogues.

ABSTRACT: The military are denied the right to strike. However, in recent years, the Legislative Powers have granted the possibility of amnesty for striking military personnel thus creating laws that are considered to be unconstitutional. This article will prove that this is unconstitutional by

employing a German Constitutional Court precedent and analyzing its compatibility with Brazilian Law.

KEYWORDS: Strike. Amnesty. Military. Unconstitutionality..

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 204) – 2 O controle de constitucionalidade no Direito Alemão e a força normativa da Constituição (p. 206) – 3 A disciplina constitucional da greve dos militares no Brasil (p. 213) – 4 O precedente BVerfGE 10, 234 e a inconstitucionalidade da anistia (p. 217) – 5 Conclusão (p. 228)

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira deposita confiança e tributos nas instituições militares federais e estaduais como forças garantidoras da paz social e fontes de equilíbrio em relação ao avanço da criminalidade nas grandes cidades. Assim, o serviço policial é de natureza essencial, conforme já decidido fartamente pelo Supremo Tribunal Federal¹, que definiu que nenhuma atividade policial pode exercer direito de greve, incluindo nesse âmbito todos aqueles pertencentes ao rol do art. 144 da Constituição Federal.

No entanto, sob o manto de uma suposta reivindicação de melhores salários, policiais militares de diversos Estados têm promovido “greves” nos últimos anos e, assim, contribuído para o caos social. Essas “greves” infelizmente têm sido “referendadas” pelo Poder Legislativo, que, ao arrepio da vedação constitucional desse instituto para os militares, inclusive

¹ ARE 654432/GO, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 05/04/2017; MI 774 AgR/DF, Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/05/2014; Rcl 11246 AgR/BA, Min. Dias Toffoli, julgado em 27/02/2014; Rcl 6568/SP, Min. Eros Grau, julgado em 21/05/2009.

os Estaduais, tem aprovado leis de anistia dessas condutas. Com isso, a possibilidade de sanção penal pelos crimes militares decorrentes desses fatos fica afastada, com a conseqüente impunidade e evidente estímulo à reiteração dessas paralisações.

A hierarquia e a disciplina são valores essenciais e típicos da vida castrense. Malgrado alguns preconizem a desmilitarização das polícias, fato é que esse binômio auxilia na manutenção da ordem e da eficiência nas instituições militares estaduais. Já no âmbito federal, hierarquia e disciplina adquirem importância ímpar como princípios reinantes no cotidiano militar. Em ambos, essa disciplina de matriz constitucional mais recrudescida e as especificidades do militarismo fundamentam a existência de uma justiça especializada – a Justiça Militar – e adequada a tutelar os bens penalmente relevantes para as instituições militares. Essa tutela específica também ensejou, em nível constitucional, a vedação à greve, com vistas à defesa da sociedade e de seu direito fundamental denominado “segurança”.

O presente artigo tem a finalidade de realizar a abordagem da inconstitucionalidade de qualquer lei que vise anistiar militares estaduais ou federais pelo exercício de greve, com apoio no direito comparado, especificamente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o chamado *Bundesverfassungsgericht*, ou simplesmente BVerfG.

Será empregado um único precedente do BVerfG – nem por isso de pouca relevância – que apresenta um importante pressuposto para a constitucionalidade de leis de anistia penais. Malgrado se trate de análise de constitucionalidade em relação à Lei Fundamental de Bonn (a Constituição da República da Alemanha – *Grundgesetz* ou GG), a principiologia semelhante nos dispositivos constitucionais empregados – das Constituições Alemã e Brasileira – permite a harmonização com nosso ordenamento jurídico.

Este trabalho não tem por fito esgotar o assunto nem aprofundar as questões atinentes à inconstitucionalidade da anistia neste caso – com todo respeito às opiniões diversas. Sem embargo de críticas, talvez o

presente artigo possa servir de singelo alerta ao legislador que, por vezes, passa ao largo das especificidades da vida castrense e do direito à segurança.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O direito alemão forjou o que hoje se conhece por Neoconstitucionalismo. Os antecedentes remetem ao pós-Segunda Guerra Mundial, época em que a Alemanha se encontrava sob a tutela de Estados Unidos da América, Inglaterra, França e ex-União Soviética. Na então Alemanha Ocidental, em 1949, houve o ressurgimento de um Estado com a entrada em vigor da Lei Fundamental. Até então, a fragmentação das instituições germânicas estava em tal nível que Hans Kelsen chegou a afirmar, em 1945, que a Alemanha havia deixado de existir como Estado Soberano.

A Lei Fundamental de Bonn nasceu comprometida em “servir à paz mundial” e com a “consciência de responsabilidade perante Deus e os seres humanos”, trazendo em si o respeito à dignidade humana como seu valor mais essencial². É a reação ao totalitarismo desvairado do regime anterior, que levou a Alemanha à guerra e promoveu a morte de milhões de pessoas e a destruição do Estado Alemão. Ingo Sarlet esclarece que a afirmação da dignidade como inviolável foi uma reação a um modelo de positivismo jurídico até então existente³:

² Artigo 1º (Dignidade da Pessoa Humana)

A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.

O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário.

³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 62.

Igualmente emblemática e vinculada ao contexto histórico, além de sem precedentes no constitucionalismo pretérito (à exceção de algumas manifestações isoladas, mas situadas em outras partes da Constituição e com outra expressão literal), a afirmação consignada já no primeiro artigo da Lei Fundamental, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana. Tal afirmação, de resto, foi também manejada como resposta a um determinado modelo de positivismo jurídico, buscando resgatar a importância de uma ordem de valores não necessariamente adstrita ao direito formalmente positivado, sem prejuízo de uma referência assumida ao jusnaturalismo, ainda que a decisão ao positivismo jurídico e o seu peso para a tentativa de justificação de atos praticados no âmbito do sistema jurídico e judiciário sob a égide da ditadura nazista – especialmente a escusa da “mera aplicação da lei” – sejam bastante controversos, aspecto que aqui não será objeto de exame.

Os países que ocupavam a Alemanha foram responsáveis por algumas diretrizes antes da elaboração da Lei Fundamental: forma federativa, regime democrático e respeito aos direitos fundamentais. Todavia, não houve interferência na elaboração do texto. Ainda segundo Sarlet, o nome “Lei Fundamental” se deve ao fato de que o texto deveria ser provisório e somente após a unificação da Alemanha é que seria elaborada uma Constituição⁴, o que nunca ocorreu, dada a grande legitimidade do texto para o povo alemão e suas instituições. A Lei Fundamental erigiu o homem como a razão de ser dos Poderes Estatais, vedando qualquer funcionalização do ser humano em prol do Estado. A fim de que não se constituísse em norma puramente programática, seu texto definiu os direitos fundamentais como vinculantes para os Poderes do Estado.

A criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) em 1951 consolidou, ao longo do

⁴ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 64.

tempo, a força normativa da Constituição Alemã. O BVerfG é dotado de competência concentrada e vinculativa para afirmar a supremacia da Lei Fundamental e é guardião da dignidade humana e dos direitos fundamentais. As mais de cinquenta leis de alteração da Lei Fundamental (equivalentes às emendas constitucionais no direito brasileiro) lograram êxito (com poucos casos de questionamento dessas “emendas” perante o BVerfG) em modernizar o texto maior, sem que sua essência fosse alterada. Tal comprometimento com a força normativa da Constituição só é possível pela grande legitimidade do texto com o povo alemão e pelo seu sólido sistema de controle de constitucionalidade. Assim arremata Sarlet, apresentando os motivos para o sucesso da Lei Fundamental⁵:

Mas se é correto afirmar que um bom texto, suficientemente aberto e representativo dos projetos e anseios de determinada sociedade política, constitui uma das garantias para o sucesso de uma ordem constitucional, também é correto afirmar que sem a correspondente “vontade da Constituição” (Hesse) e sem o labor fecundo dos órgãos constitucionais, com destaque para a jurisdição constitucional (sem que aqui se esteja a desconsiderar o peso da estabilidade econômica e institucional, bem como do processo político), o texto constitucional tende a se tornar obsoleto ou mesmo acaba destituído de normatividade efetiva. É, portanto, um conjunto de diversos fatores que explica o sucesso ou fracasso de uma ordem constitucional, razão pela qual se assume aqui o ônus da simplificação.

O sucesso da Lei Fundamental não se afere, todavia, apenas pelo seu significado para o Estado e para o povo da Alemanha (ainda que se queira discutir o quanto é possível falar em um autêntico “patriotismo constitucional alemão”), mas adquire um sentido mais abrangente, quando se avalia a influência do constitucionalismo alemão contemporâneo sobre outras ordens jurídicas – nesse particular, sem prejuízo de evidente

⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 69.

importância da Lei Fundamental para um expressivo número de outros Estados Constitucionais (o que se identifica tanto em termos de direito constitucional positivo, quanto em termos doutrinários e jurisprudenciais), de tal sorte que, juntamente com o constitucionalismo norte-americano, a Lei Fundamental de 1949 pode ser tida hoje como uma das Constituições mais influentes em termos de direito comparado no âmbito da evolução constitucional contemporânea, influência que se fez e faz sentir também no caso do direito constitucional brasileiro.

Antes de prosseguir no principal objeto de estudo do presente trabalho, cabe esclarecer como funciona o sistema de controle de constitucionalidade na Alemanha e definir que os julgados do BVerfG possuem autoridade suficiente para tutelar os direitos fundamentais mais prezados da sociedade alemã, o que permite seu emprego como direito comparado no presente caso da anistia, em vista da identidade principiológica.

O sistema de controle de constitucionalidade na Alemanha é, portanto, um dos motivos do sucesso do constitucionalismo daquele país, que inaugurou o chamado neoconstitucionalismo e trouxe de volta a ética nas relações jurídicas, sem a excessiva abertura ou incerteza do jusnaturalismo, bem como privilegiou a força normativa da Constituição e promoveu a valorização do homem como fim em si mesmo. Nesse processo, na migração do “dever ser” da Lei Maior para o “ser” da realidade social, busca-se, segundo Luís Roberto Barroso, a máxima efetividade do programa normativo abstratamente estabelecido⁶.

Os princípios são enunciados de baixa densidade normativa que normalmente apresentam alto grau de abstração e definem decisões políticas fundamentais e fins públicos a serem perseguidos pelo Estado. São verdadeiros mandados de otimização. Nesse diapasão, Barroso menciona que são a porta de entrada pela qual os valores passam do plano ético para o plano

⁶ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 216.

jurídico⁷. São exemplos de princípios constitucionais a República, o Estado Democrático de Direito, a Federação, a Legalidade, a Dignidade da Pessoa Humana e a Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, entre outros. A forma de concretização desses princípios é uma das faces da força normativa da Constituição.

Essa expressão “força normativa da Constituição” foi cunhada pelo Professor Konrad Hesse (1919-2005), grande constitucionalista alemão e ex-juiz do BVerfG. Hesse concebeu a força normativa como a capacidade de uma constituição de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, caracterizando-se como um poder de conformação que não se reduz às forças políticas e sociais. Essa pretensão de eficácia e efetividade é assegurada mediante os chamados pressupostos realizáveis, dentre os quais os mais importantes são os que dizem respeito ao conteúdo da constituição, no sentido de tentar corresponder à natureza singular do presente, à interpretação constitucional, que, por sua vez, deve pretender dar realização ótima aos preceitos da constituição e, como pressuposto fundamental, uma práxis constitucional voltada à vontade da Lei Maior⁸. A partir da realização desses pressupostos a constituição ganha força ativa, apta a influenciar e determinar a realidade concreta da sociedade e satisfazer seus anseios⁹, tornando-a cada vez mais legítima perante o povo.

O sistema de controle de constitucionalidade no Direito Alemão é concentrado, ou seja, a competência exclusiva para seu exercício é do BVerfG e seu efeito é vinculante, ainda que seja oriundo de um caso concreto. Dessa forma, um juiz não poderá negar aplicabilidade a uma lei ainda não declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal, sendo, pois, diferente do sistema difuso, como ocorre no Brasil. Assim, todo juiz alemão deve verificar a inconstitucionalidade de uma norma, independentemente

⁷ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 203 e s.

⁸ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 196.

⁹ HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*, p. 14-15.

de iniciativa da parte, mas não lhe pode negar vigência sem que o BVerfG tenha declarado sua incompatibilidade com a Lei Fundamental¹⁰.

Esse sistema concentrado reveste o BVerfG de uma autoridade que lhe permitiu ser ativo até mesmo quando a instância política foi omissa, fazendo crescer em si um poder cujo desiderato não é outro além de privilegiar a força normativa da Constituição e tutelar os direitos fundamentais. Esta é a vocação do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Sem embargo da crítica que é feita ao Tribunal em vista da interferência em pautas políticas e na atividade legislativa, fato é que o BVerfG, diante da autoridade e dignidade que possui e que adquiriu até hoje, não se omite na tutela dos bens mais prezados pela sociedade alemã, mesmo que seja necessário “legislar” positivamente em face da omissão normativa (vide BVerfGE 88, 203 – constitucionalidade da criminalização do aborto)¹¹.

O controle abstrato é provocado somente pelo Governo Federal, pelos Governos Estaduais e por no mínimo um terço de membros da Câmara Federal (*Bundestag*), conforme o Art. 93 I, nº 2 GG (*Grundgesetz* ou Lei Fundamental). O objeto do controle abstrato é amplo e compreende a legislação federal e estadual, decretos e regulamentos (autônomos ou não), normas constitucionais estaduais e até leis orçamentárias¹². A despeito de ter sido provocado por um dos três legitimados a executar o controle abstrato de uma norma, mesmo que haja a desistência do proponente (a doutrina entende não se tratar de autor, por se entender que não se trata de procedimento com contraditório), o Tribunal prosseguirá na análise dessa norma. A doutrina menciona que o BVerfG prolatou relevantes decisões em controle abstrato, de modo que entre 1951 e 2002 foram julgados apenas 89 processos de controle abstrato. Assim, cada decisão foi elaborada com extremo esmero e com a intenção de privilegiar a força normativa da

¹⁰ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 36.

¹¹ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 38 e s.

¹² SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 46/47.

Lei Fundamental¹³, como na inconstitucionalidade de lei que praticamente retirava a proteção ao nascituro pela descriminalização do aborto (BVerfGE 39,1) ou na decisão que definiu parâmetro para a constitucionalidade ou não de leis de anistia penal (*Platow Amnestie* – BverfGE 10, 234).

No controle concreto de constitucionalidade, o juiz não pode deixar de aplicar a norma ainda não julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal; deve, assim, suspender o processo e levar a questão a essa Corte Suprema, a quem a Lei Fundamental concedeu competência exclusiva para declarar uma norma inconstitucional ou não, de modo diverso do sistema brasileiro ou estadunidense.

O apertadíssimo filtro de admissibilidade das questões a serem apreciadas pelo BverfG; as decisões cuidadosamente elaboradas de modo a privilegiar a dignidade humana e os direitos fundamentais (individuais e coletivos, como a segurança pública); e o imenso respeito aos programas definidos pelo Constituinte (o que levou o BVerfG, ao longo do tempo, a inclusive suprir omissões do Legislativo) são aspectos que privilegiam a chamada força normativa da constituição. O Tribunal busca, por intermédio da interpretação constitucional, promover a aproximação entre o ser e o dever-ser e, assim, ao mesmo tempo, realizar os ideais propostos pelo constituinte originário e conceder, cada vez mais, legitimidade à Lei Fundamental.

Após estabelecer a autoridade do Tribunal Constitucional Federal como defensor da força normativa de sua constituição e dos direitos fundamentais, bastará empregar um de seus precedentes mais importantes e mostrar sua aplicabilidade ao ordenamento constitucional brasileiro, em vista da identidade principiológica no caso concreto da anistia, o que será feito posteriormente no capítulo 4 do presente trabalho.

¹³ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 48.

3 A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA GREVE DOS MILITARES NO BRASIL

O direito de greve é a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Esse direito é consubstanciado no art. 9º da Constituição Federal, para os trabalhadores em geral, e no art. 37, VII, para os servidores públicos. Em ambos, o constituinte remete à lei o tratamento da questão, especialmente no que tange aos serviços ditos essenciais. A Lei 7783/89 regula o direito de greve, mas infelizmente não inclui a segurança pública e a defesa da pátria no rol supostamente taxativo do seu art. 10, e existe uma justificativa para tal. Cumpre transcrever o que a mesma lei dispõe nos arts. 10 a 12:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
II – assistência médica e hospitalar;
III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
IV – funerários;
V – transporte coletivo;
VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
VII – telecomunicações;
VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
X – controle de tráfego aéreo;
XI – compensação bancária

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Art. 12. No caso de inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis.

Observa-se que, no art. 11, a própria lei considera a segurança e a sobrevivência da população como “necessidades inadiáveis”, de modo que, mesmo em greve, os trabalhadores ficam obrigados a prover as atividades envolvidas nessas necessidades. Já no art. 12, a lei determina que o Poder Público assegurará a prestação desses serviços indispensáveis caso os trabalhadores grevistas não o façam.

Pode-se inferir desses três dispositivos que a segurança pública e a defesa da Pátria não foram incluídas no rol de serviços essenciais no art. 10 da Lei 7783/89, porque não são atividades privadas e possuem o monopólio estatal (em vista da possibilidade do uso da força). Também não caberia a regulamentação da atividade de segurança pública e de defesa da Pátria na mesma lei (pós-CF88) em que há referência aos sindicatos dos trabalhadores grevistas (art. 11), eis que há mandamento de matriz constitucional vedando a sindicalização dos militares federais e estaduais, a quem incumbem aquelas duas atividades essenciais supracitadas.

No que se refere aos servidores públicos, o STF já decidiu que, ante a ausência até hoje de regra específica, podem ser aplicados os dispositivos da Lei 7783/89 para o serviço público, porém com as restrições mais amplas dos serviços essenciais. No que concerne ao serviço prestado pelas polícias, o Supremo Tribunal Federal já decidiu diversas vezes sobre a equiparação à disciplina de vedação imposta aos militares. É o que consta dos seguintes precedentes: MI 774 AgR/DF, Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/05/2014; Rcl 11246 AgR/BA, Min. Dias Toffoli, julgado em 27/02/2014; Rcl 6568/SP, Min. Eros Grau, julgado em 21/05/2009.

Já recentemente, o STF negou a possibilidade de greve de qualquer servidor relacionado à segurança pública, militar ou não. Faz-se mister transcrever um trecho do ARE 654.432, do STF, julgado em 5 de abril de 2017:

O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. É obrigatória a participação do

Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil (CPC), para vocalização dos interesses da categoria. Com base nessas orientações, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário com agravo interposto contra acórdão que concluiu pela impossibilidade de extensão aos policiais civis da vedação do direito à greve dos policiais militares. Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes. Para ele, a interpretação teleológica dos arts. 9º, 37, VII, e 144 da Constituição Federal (CF) veda a possibilidade do exercício de greve a todas as carreiras policiais previstas no citado art. 144. Não seria necessário, ademais, utilizar de analogia com o art. 142, § 3º, IV, da CF, relativamente à situação dos policiais militares. Esclareceu que a Constituição tratou das carreiras policiais de forma diferenciada ao deixá-las de fora do capítulo específico dos servidores públicos. Segundo o ministro, as carreiras policiais são carreiras de Estado sem paralelo na atividade privada, visto que constituem o braço armado do Estado para a segurança pública, assim como as Forças Armadas são o braço armado para a segurança nacional. Diversamente do que ocorre com a educação e a saúde — que são essenciais para o Estado, mas têm paralelo na iniciativa privada —, não há possibilidade de exercício de segurança pública seja ostensiva pela Polícia Militar, seja de polícia judiciária pela Polícia Civil e pela Polícia Federal, na União. Em outras palavras, não há possibilidade de nenhum outro órgão da iniciativa privada suprir essa atividade, que, por si só, é importantíssima e, se paralisada, afeta ainda o exercício do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário. Por isso, considerou que a segurança pública, privativa do Estado, deve ser tratada de maneira diferenciada tanto para o bônus quanto para o ônus. Observou, no ponto, que uma pessoa que opta pela carreira policial sabe que ingressa num regime diferenciado, de hierarquia e disciplina, típico dos ramos policiais.

[...]

Ponderou não se tratar, no caso, de um conflito entre o direito de greve e o princípio da continuidade do serviço público ou da prestação de serviço público. Há um embate entre o direito de greve, de um lado, e o direito

de toda a sociedade à garantia da segurança pública, à garantia da ordem pública e da paz social, de outro. [...]

Portanto, a prevalência do interesse público e do interesse social na manutenção da ordem pública, da segurança pública, da paz social sobre o interesse de determinadas categorias de servidores públicos — o gênero servidores públicos; a espécie carreiras policiais — deve excluir a possibilidade do exercício do direito de greve por parte das carreiras policiais, dada a sua incompatibilidade com a interpretação teleológica do texto constitucional, em especial dos arts. 9º, § 1º; e 37, VII da CF. Ademais, para o ministro, é viável conciliar as previsões constitucionais sem aniquilar o direito de greve dos servidores públicos. Frisou que a CF prevê a possibilidade de greve do gênero servidores públicos. E, mesmo assim, a lei pode estabelecer restrições e limites, sejam parciais ou, para determinadas carreiras que são espécies dos servidores públicos, totais. [...]

A manutenção da segurança pública e a defesa da vida, da incolumidade física, do patrimônio de toda a sociedade, da atividade de polícia judiciária, a alavancar a atividade do Ministério Público e da própria Justiça criminal, são, “prima facie”, necessidades inadiáveis da comunidade (CF, art. 9º, § 1º). [...]

O texto é esclarecedor e materializa a justificativa plausível e razoável para que se vede o direito de greve pelos órgãos de segurança pública, da mesma forma que já é vedado aos militares pelo que dispõe os arts. 42, § 1º (para Policiais Militares e Bombeiros Militares) e no art. 142, § 3º, IV (para as Forças Armadas), ambos da Constituição Federal. Essa vedação impõe a obrigação de o Estado jamais desproteger os comandos normativos mencionados, que são expressos.

A hierarquia e a disciplina compõem o binômio que fundamenta a existência e a manutenção ordeira dos militares, sejam federais ou estaduais. Não há vida castrense sem esses dois pilares, cuja guarda é garantida pelos regulamentos disciplinares militares e pelo Código Penal Militar, este em *ultima ratio*. Abrir mão de qualquer um desses componentes transforma instantaneamente uma Força Armada ou Auxiliar em milícia armada ou bando

armado. A sociedade atualmente se ressentida da ineficácia do Poder Público na área de segurança pública e, se é certo que a população é carente da presença do Estado nesse setor, aos seus agentes policiais também devem ser assegurados instrumentos de reivindicação sem que a sociedade pague alto preço por essa manifestação (ação judicial específica para tutelar o direito a recomposição salarial, por exemplo). Todavia, esses meios de reivindicação não passam pela greve. Por outro lado, a paralisação também impõe um excessivo ônus à sociedade e até mesmo aos próprios agentes de segurança pública, eis que várias consequências decorrem da greve dos policiais militares:

- a) o cumprimento pelas Forças Armadas do papel que seria destinado à Polícia Militar, embora tenha apenas uma doutrina adaptada à GLO (Garantia da Lei e da Ordem);
- b) o aumento repentino na incidência de crimes violentos após a greve de policiais militares, face à ausência momentânea da prevenção e repressão, o que, posteriormente, gera excesso de trabalho para aquele órgão de segurança pública na retomada das atividades.

As duas situações impõem custo emergencial (não previsto) e de grande monta para o Estado e desvia recursos de áreas em que o povo já é tradicionalmente carente, como saúde e educação.

Portanto, seja sob o ponto de vista da Constituição Federal, seja pelo prisma hermenêutico, a greve é vedada aos militares. No próximo capítulo, será empregado um precedente do BVerfG para subsidiar o entendimento pela inconstitucionalidade das leis de anistia de greves de militares, sejam estaduais ou federais.

4 O PRECEDENTE BVERFGE 10, 234 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA ANISTIA

Foi analisada no capítulo precedente a previsão constitucional acerca da vedação da greve para os militares. Malgrado em certas situações a norma constitucional se distancie da realidade fática (em oposição à eterna busca da aproximação normativo-fática entre o “ser” e o “dever-ser”) e, com isso,

abra espaço para sua mutação ou reforma, no caso em estudo no presente trabalho, a previsão constitucional da vedação à greve pelos militares atende à necessidade da tutela de direitos fundamentais coletivos – a segurança pública e a defesa da pátria – pelo Estado. A partir do momento em que um movimento grevista de militares – federais ou estaduais – deixa ao abandono esses valores de matriz constitucional ao ponto de serem violados seus mínimos existenciais, há que se interpretar o texto constitucional de forma a maximizar a proteção a esses bens valiosíssimos. A própria Constituição Federal estabeleceu essa vedação, que é verdadeira exceção face ao direito de reivindicação dos trabalhadores em geral, justificada pela proteção à sociedade e essencialidade dos serviços públicos de polícia (de todas as espécies) e de segurança da Pátria (esta, pelas Forças Armadas).

A Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de direitos fundamentais próximo àquele previsto na Lei Fundamental de Bonn, a GG (*Grundgesetz*). A tutela dos direitos mais essenciais à vida humana teve inspiração em algumas Constituições, entre elas, a Alemã. Não por acaso, a principiologia guarda semelhanças que permitem o emprego do direito comparado em diversas ocasiões. Aqui, busca-se lançar mão de um precedente do BVerfG para demonstrar a inconstitucionalidade das leis de anistia para greves de militares.

A greve realizada por militares tem consequência penal imediata. Em geral, os grevistas ficam incursos nos crimes de Motim (art. 149 do CPM), Revolta (art. 149, Parágrafo Único do CPM), Conspiração (art. 152 do CPM), Aliciação para Motim ou Revolta (art. 154 do CPM) e Incitamento (art. 155 do CPM). São crimes com sanções severas, que podem atingir vinte anos de reclusão, como no caso da Revolta. Todos esses crimes fazem parte do título que trata dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar.

Infelizmente, o Legislativo, por motivações de natureza política e completamente alheio à disciplina específica do regramento constitucional, estimula a prática desses ilícitos penais militares concedendo anistia para os policiais grevistas. Assim, a despeito de graves delitos que deixaram Unidades da Federação a mercê de criminosos, no momento de o próprio Estado punir

os grevistas sob o prisma penal militar, o Congresso Nacional elabora leis de anistia para essas situações, retroagindo para isentar de processo e sanção militares que deram causa ao caos social.

É o caso da Lei 13.293, de 01/06/2016:

Art. 1º A ementa e os arts. 1º e 2º da Lei nº 12.505, de 11 de outubro de 2011, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Concede anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados de Alagoas, de Goiás, do Maranhão, de Minas Gerais, da Paraíba, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe, do Tocantins, da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina, do Amazonas, do Pará, do Acre, de Mato Grosso do Sul, do Paraná e do Distrito Federal.”

“Art. 1º É concedida anistia aos policiais e bombeiros militares que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e condições de trabalho ocorridos:

I – entre o dia 1º de janeiro de 1997 e a data de publicação desta Lei, inclusive, nos Estados de Alagoas, de Goiás, do Maranhão, de Minas Gerais, da Paraíba, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe e do Tocantins; II – entre a data de publicação da Lei nº 12.191, de 13 de janeiro de 2010, e a data de publicação desta Lei, inclusive, nos Estados da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina, do Amazonas, do Pará, do Acre, de Mato Grosso do Sul, do Maranhão, de Alagoas, do Rio de Janeiro, da Paraíba, do Paraná e do Distrito Federal.” (NR)

“Art. 2º A anistia de que trata esta Lei abrange os crimes definidos no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, e na Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 – Lei de Segurança Nacional, e as infrações disciplinares conexas, não incluindo os crimes definidos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e nas demais leis penais especiais.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Vê-se, portanto, que o Legislativo Federal já havia produzido as Leis 12.191/2010 e 12.505/2011, ambas concedendo anistia a militares estaduais grevistas. Não obstante, ainda elaborou a norma supracitada, ampliando o escopo de anistia para abranger fatos posteriores.

Há pouco tempo a sociedade brasileira presenciou a quase destruição de várias cidades do Estado do Espírito Santo, motivada pela greve dos policiais militares naquela Unidade da Federação. Em poucos dias, várias cidades se tornaram palcos de homicídios, latrocínios, roubos, furtos, estupros e outros crimes graves, situação que, embora mitigada pela chegada das Forças Armadas, perdurou por vinte e um dias¹⁴. Os jornais deram conta de mais de cem mortes e cerca de trezentos saques a lojas. O Legislativo, insensível à essencialidade da segurança da sociedade, foi pródigo em produzir anistias em casos anteriores. Espera-se que, neste caso do Espírito Santo, não se repita a insensatez do Legislativo. As greves de militares estaduais cada vez tomam proporções maiores, com danos indelévels à sociedade. Antes, no caso da greve de policiais militares no Estado da Bahia, o Procurador-Geral da República, em vista da morte de mais de cem pessoas somente em três dias de paralisações dos policiais, manifestou-se perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, solicitando que fosse comunicado de eventuais *habeas corpus* impetrados e concedidos em favor do principal líder da “greve”, por restar incurso em diversos tipos penais da Lei de Segurança Nacional e o Recurso Ordinário ser da competência do STF (art. 102, II, b da CF)¹⁵.

No âmbito federal, diversos controladores de voo foram processados e julgados por motim e por outras condutas delituosas praticadas durante o chamado “apagão aéreo”, em 2007. Na ocasião, chegou-se a falar em anistia desses militares da Aeronáutica, inclusive inicialmente “prometida” pelo então Presidente da República, mas o Congresso e o Governo

¹⁴ <https://oglobo.globo.com/brasil/termina-greve-da-pm-no-espírito-santo-apos-21-dias-de-caos-inseguranca-20982836>. Pesquisa feita em 21/05/2017.

¹⁵ <http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/noticias-ba/greve-da-pm-ba-pgr-envia-oficio-a-desembargador-do-trfl>. Pesquisa feita em 23/05/2017.

recuaram após pressões políticas e manifestação do Ministro Celso de Mello, do STF¹⁶.

No direito comparado, especificamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a anistia penal é tratada no caso chamado de “*Platow Amnestie*” (Anistia Platow) ou BVerfGE 10, 234.

O referido precedente apresenta um critério para que uma lei de anistia seja reputada constitucional ou não.

O precedente BVerfGE 10, 234 foi um caso de controle concreto de constitucionalidade e se refere à situação em que um jornalista, Dr. Platow, foi condenado criminalmente no início da década de 50 do século passado, por ter revelado, em consequência de sua atividade jornalística no final da década de 40, segredos de Estado. Contra ele tramitava um processo na Primeira Câmara Criminal do Tribunal Estadual de Bonn, mas tanto o Ministério Público quanto a defesa pleiteavam a extinção do processo por conta de uma lei que anistiava os crimes ligados ao trabalho de agência de notícias cometidos antes de 1º de janeiro de 1952. A Primeira Câmara vislumbrou uma violação do Art. 3 I GG e submeteu a questão ao BVerfG, e esta foi julgada no “Primeiro Senado” (o BVerfG é dividido em dois “Senados”: cabe ao primeiro as questões relativas a direitos fundamentais e ao segundo, a organização do Estado).

Na ocasião, o BVerfG decidiu que a lei supracitada era constitucional, mas estabeleceu um parâmetro para se inferir a constitucionalidade de uma norma que concede anistia penal. Assim se pronunciou o Tribunal Constitucional Federal:

O legislador não está, em função do Art. 3 I GG, obrigado a conceder, na promulgação de uma lei de extinção de punibilidade, anistia a todas as ações delituosas e em igual medida. Ele não somente pode excluir totalmente da anistia alguns tipos penais, como também submeter determinadas hipóteses normativas a uma regula-

¹⁶ <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,controladores-de-voo-cometeram-crime-diz-ministro-do-stf,20070402p28634>. Pesquisa feita em 21/05/2017.

mentação excepcional. Somente ele, legislador, pode decidir junto a quais delitos existe, de forma especial, um interesse geral em uma pacificação. Também faz parte de sua liberdade de conformação normativa a decisão sobre em que extensão será concedida anistia junto a tais delitos criminais. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar uma lei de anistia no que concerne à necessidade ou à adequação das regras ali fixadas. Pelo contrário, o Tribunal Constitucional Federal pode somente verificar se o legislador ultrapassou os limites extremos da ampla margem discricionária a ele conferida. Há, então, na lei de anistia uma violação do princípio geral de igualdade somente se a regra especial fixada pelo legislador para alguns tipos penais evidentemente não for orientada pelo pensamento de justiça e se não puderem ser encontradas para ela quaisquer argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria ou que sejam compreensíveis de alguma outra forma (e, destarte, não arbitrários).¹⁷

O Art. 3 I GG, por sua vez, preceitua o Princípio da Isonomia: “todos são iguais perante a lei”¹⁸. Dessa forma, o Tribunal analisou a constitucionalidade da norma pelo ponto de vista do Princípio da Razoabilidade somente sob o prisma da proporcionalidade, já que, quanto à necessidade e à adequação, entendeu a referida Corte que se trata de margem de discricionariedade do legislador. No tocante à análise da proporcionalidade, estabeleceu-se que a norma que concede anistia será inconstitucional, pela violação ao Princípio da Igualdade (ou Isonomia), se a regra especial – de anistia – criada pelo legislador não for orientada por um “pensamento de justiça” e se não puderem ser encontradas para essa norma argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria e que não sejam arbitrários.

¹⁷ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 324/325.

¹⁸ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 954.

Ora, os Princípios da Isonomia e da Razoabilidade são comuns aos ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão. Em ambos a previsão tem matriz constitucional e, na hermenêutica inerente às duas ordens constitucionais, considera-se o Princípio da Razoabilidade como um vetor interpretativo e princípio regente das relações entre Estado e cidadãos. Assim, a análise principiológica empregada pelo BverfG é plenamente aplicável à verificação da inconstitucionalidade das leis de anistia de greves de militares.

Prosseguindo nesse rumo, pontua-se que nas leis de anistia produzidas pelo Legislativo Federal do Brasil não existem argumentos razoáveis para justificar a isenção de processo e pena de militares grevistas, em vista de três aspectos: a especificidade da norma penal militar, a motivação política e a ponderação de interesses.

No tocante à especificidade da norma penal militar, já foi mencionado que a hierarquia e disciplina, como dois pilares e sustentáculos das Forças Armadas e Auxiliares, prestam-se como parâmetros norteadores da vida castrense, sem os quais aquelas instituições se tornariam perigosos bandos armados. A anistia estatal se mostra um estímulo a essa prática deletéria, que já é feita pensando-se na futura lei e em “acordos” com o Estado, de forma a impedir tanto a sanção administrativa/cível (por improbidade) quanto a penal.

Em relação à motivação política do legislador federal brasileiro, nota-se que seu pensamento não é orientado por um senso de “justiça” ou para corrigir um excesso (*Übermassverbot*) da norma penal militar (cuja sanção severa é plenamente justificada face à necessidade de manutenção da hierarquia e disciplina), mas simplesmente para que os Deputados e Senadores que votam pela concessão da anistia angariem eleitores perante essas numerosas instituições militares.

Por fim, no que concerne à ponderação de interesses, tem-se de um lado o direito de reivindicação e de liberdade de manifestação e de outro, a segurança pública e até a defesa da Pátria (no caso de uma eventual greve de militares federais) em seu núcleo essencial. Nesse sentido, cabe ainda uma brevíssima imersão no conceito de Mínimo Existencial.

Segundo a doutrina majoritária defendida por vários autores como Luís Roberto Barroso, a Constituição é formada por princípios e regras. Os princípios – já conceituados anteriormente no presente trabalho – são enunciados ponderáveis de baixa densidade normativa que consubstanciam decisões políticas fundamentais e fins públicos a serem perseguidos pelo Estado. Já as regras compreendem enunciados que exprimem mandamentos ou permissões com alto grau de concretude e precisão, de tal forma que, em algumas situações, as regras constitucionais “realizam” os objetivos expostos pelos princípios. Enquanto os princípios são ponderáveis, as regras funcionam por subsunção, ou seja, aplicam-se binariamente (se a situação se enquadra na descrição da regra, esta é aplicada; caso contrário, não será empregada).

Segundo um conceito mais didático, os princípios podem ser representados graficamente por dois círculos concêntricos. A área entre o círculo externo e o círculo interno (“coroa circular”) compreende o espaço de deliberação democrática em relação ao qual o Legislador pode atuar, ampliando ou restringindo a eficácia e alcance desse princípio. É também um espaço destinado ao hermenêuta, que pode dar concretude ao princípio, concedendo-lhe maior ou menor importância em uma ponderação de interesses (eventual colisão com outro princípio), ou maior ou menor eficácia nessa hipótese real. Já a área interna ao círculo menor compreende o chamado “núcleo duro” do princípio, que é inderrogável e irreduzível, sob pena de violar-se a força normativa da Constituição Federal. Caso fosse permitido reduzir a eficácia de um princípio para aquém de seu núcleo essencial, a Carta Federal possuiria um enunciado sem qualquer expressão normativa, praticamente “letra morta”, o que por certo afeta a Unidade da Constituição, que não possui enunciados mais importantes que outros. Dessa forma, conclui-se que o núcleo essencial dos princípios tem a forma de regra, eis que não pode ser ponderado ou mitigado.

Alguns princípios, malgrado possam ter sua eficácia mitigada, caso sejam reduzidos ao seu núcleo essencial, formarão o que se chama

de “*Mínimo Existencial*”. Sobre esse conceito, vale transcrever a lição precisa de Ricardo Lobo Torres¹⁹:

O tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi estudado sobretudo na Alemanha. O art. 19, § 2º, da Constituição de Bonn, ao encerrar o catálogo dos direitos fundamentais (do art. 1º ao art. 18) declarou-os suscetíveis de restrições pelo legislador ordinário, salvo no seu “conteúdo essencial”. Influenciou a Constituição Portuguesa.

O conteúdo essencial é o núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais (da liberdade ou sociais). Constitui limite para a atuação dos poderes do Estado. O tema do conteúdo essencial se desenvolve sobretudo em torno das questões ligadas às restrições a direitos fundamentais.

[...]

Para os adeptos da teoria externa das restrições²⁰, o conteúdo essencial, consistindo no núcleo irredutível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. O mínimo existencial, como “último conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, é irredutível e indisponível: nele coincidem a essência e a existência.

¹⁹ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 87 e s.

²⁰ A teoria externa é defendida por diversos autores na Alemanha (Alexy e Borowski), em Portugal (José Carlos Vieira de Andrade) e no Brasil (Jane Reis Pereira e Virgílio Afonso da Silva) e se baseia na convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial. Alexy os classifica em restrições diretamente e indiretamente constitucionais. As primeiras decorrem de norma de nível constitucional. As últimas são aquelas cuja autorização para limitação do direito fundamental está na Constituição e se processam em norma infraconstitucional. A teoria interna ou imanente foi adotada por Häberle e preconiza que o conteúdo essencial (Wesensgehalt) dos direitos fundamentais se contém em limites imanentes insuscetíveis de ponderação. Para a teoria interna não existe restrição a direitos fundamentais. Adota-se, aqui, a teoria externa, reputada como mais adequada à democracia, eis que permite que o Parlamento delibere com razoável liberdade sobre a ampliação ou restrição de um direito fundamental, como consectário dos fins constitucionais.

Embora parte da doutrina mais importante no assunto (Luiz Edson Fachin²¹ e Ana Paula de Barcellos²²) mencione apenas os direitos sociais como integrantes desse Mínimo Existencial, Ricardo Lobo Torres²³ – e nesse sentido este trabalho assim se posiciona – entende que também a liberdade e a segurança, como direitos fundamentais – e obrigação do Estado – que são, merecem integrar esse conteúdo mínimo e essencial. Ricardo Lobo Torres explica com maestria a questão:

A liberdade tem uma característica que se ausenta dos outros valores: a de ser simultaneamente um valor e um dado existencial. A liberdade do homem, diferentemente do que acontece com a justiça ou a solidariedade, pode ser objeto de ofensas que afetam a própria existência física do indivíduo.

Daí se segue que o mínimo existencial deixa-se tocar pelo princípio da liberdade fática. O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade²⁴.

[...]

A segurança é outro valor de grande complexidade, que interage com os demais valores éticos e jurídicos e que contribui para dificultar a compreensão do mínimo existencial. O relacionamento entre segurança e justiça é “dramático”.

De uma parte aparece como segurança dos direitos individuais, isto é, como apanágio da liberdade. Deve ser garantida em sua extensão máxima. Pode assumir a feição de segurança da existência, expressão também utilizada para o mínimo existencial²⁵.

Nesse sentido, verifica-se que tanto o direito à liberdade (*Freiheitsrecht*) – no contexto de o cidadão ter seu direito pleno de ir e vir sem ser objeto de ofensas penalmente relevantes, quanto o direito à segurança e existência

²¹ FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2006, p. 232 e 278.

²² BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*, 2002, p. 288.

²³ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 114.

²⁴ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 139.

²⁵ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 144.

(*Existenzsicherung*) são componentes do chamado Mínimo Existencial, sem os quais o indivíduo não pode ter uma vida digna.

Portanto, o aspecto protetivo da sociedade, materializado pelo Princípio da Vedação à Proteção Deficiente e pelo mínimo existencial dos direitos à segurança e a vida, deve prevalecer sobre o direito de manifestação e de reivindicação. Qualquer greve de militares vulnera de imediato o mínimo existencial dos direitos à vida, à integridade física, ao patrimônio e à segurança de toda a coletividade. Portanto, também sob o ponto de vista da ponderação de interesses, não prospera a proporcionalidade na concessão da anistia.

A melhor doutrina do membro do Ministério Público Federal Douglas Fischer, em Representação para Inconstitucionalidade de uma determinada lei que previa extinção de punibilidade para crimes tributários (mas perfeitamente aplicável neste caso da anistia), ao analisar critérios para a concessão desse benefício, menciona que

em casos de normas como as ora sob análise, exsurge que o distanciamento entre estes parâmetros, em verdade, tem aumentado, incrementando-se o trato desigual e desproporcional entre os fatos criminosos em relação às suas consequências e em detrimento das diretrizes fundamentais estampadas na Carta Constitucional²⁶.

Assim, as consequências da concessão da anistia a militares grevistas já foram exaustivamente citadas e envolvem o estímulo à periclitização da segurança da sociedade em seu núcleo essencial e a violação do Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, primado este que vem também do direito alemão e é face do princípio da proporcionalidade e do garantismo positivo, impondo ao Estado o dever de prover um mínimo de segurança e de garantia na aplicação da lei penal. Se o Estado vislumbra uma conduta penalmente grave e punível, obriga-se a promover a responsabilidade daqueles que a pra-

²⁶ FISCHER, D. *Representação para Inconstitucionalidade da Lei 11.941/2009*, 2009, p. 29.

ticam, sob pena de violar a devida proteção que deve prover à sociedade²⁷. A anistia impede essa responsabilização, e a lei que a concede deve ser reputada como inconstitucional.

A autoridade que possui o pressuposto exigido pelo BVerfG para que uma anistia seja constitucional (não atendido no caso aqui em estudo), a legitimidade da qual o Tribunal Constitucional Federal é dotado e o respaldo do precedente BVerfGE 10, 234 (como mais um julgado que reafirma a força normativa da Lei Fundamental) formam um conjunto de argumentos que, junto com os demais fundamentos supramencionados, permitem inferir que, no caso brasileiro, as leis de concessão de anistia penal a militares grevistas são inconstitucionais.

5 CONCLUSÃO

Após os breves pensamentos acima consignados, conclui-se sobre a necessidade de conscientização do Poder Legislativo sobre os efeitos deletérios das leis de anistia a militares grevistas, seja porque tais benefícios afetam a proteção ao núcleo essencial dos princípios constitucionais relacionados à segurança dos cidadãos, violados em seu mínimo existencial por essas condutas penalmente ilícitas, seja porque a disciplina constitucional dos militares preceitua a vedação à greve. Não se teve, no presente trabalho, a intenção de esgotar a matéria nem ser “tese” orientadora de qualquer julgado, mas apenas realizar a abordagem o objeto de análise sob o prisma do direito comparado e se prestar como alerta ao nobre leitor sobre a inconstitucionalidade das leis concessivas de anistia de membros das Forças Armadas e Auxiliares que se envolvem em greves.

Atualmente, existe um estímulo para as práticas delituosas coligadas à greve de militares, de modo que são ignoradas as consequências desses atos para a sociedade e até para o próprio Estado. Seja sob o ponto de vista da Vedação à

²⁷ CALABRICH, B. FISCHER, D. PELELLA, E. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*, 2015, p. 39.

Proteção Deficiente, seja sob o prisma do julgado BVerfGE 10, 234, adaptado para a realidade normativa brasileira, a anistia de militares grevistas é mais uma lamentável manifestação do Poder Legislativo, que tanto poderia militar em favor da sociedade e de sua proteção, principalmente por ser detentor de um mandato popular e ter o verdadeiro “poder majoritário”.

Por fim, mostra-se sempre pertinente a lição de Carlos Bernal Pulido, que demonstra existir não só a tradicional dimensão dos chamados “direitos de defesa”, em que o Estado se obriga a não lesionar uma esfera de liberdade do indivíduo, mas também uma nova dimensão positiva, em que se impõe ao Estado uma prestação positiva, abrangendo os direitos de proteção, situando-se neles a segurança e a defesa da pátria²⁸, fatalmente vulnerados por movimentos grevistas de militares.

Acredita-se que, insistindo o Legislativo em conceder anistia nesses casos, o que foi visto que não possui qualquer motivação razoável, somente pelas mãos do STF poderá haver a declaração da inconstitucionalidade dessas leis, consoante os argumentos propostos no presente trabalho ou em outros julgados pertinentes pela Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327 p.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

²⁸ PULIDO, C. B. *El Derecho de los Derechos*. 2005, p. 126.

FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 326 p.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. 34 p.

PULIDO, C. B. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2005.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1472 p.

SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguai, 2005. 993 p.

TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 353 p.