



Forças Armadas na CRFB/88: função militar, hierarquia e disciplina e especificidades do regime jurídico militar

Ranna Rannuai Rodrigues Silva
Advogada
Cursando especialização em Direito Militar

RESUMO: O presente artigo visa trazer à tona aspectos constitucionais no que concerne às Forças Armadas e seus membros, para melhor compreensão do papel dessas instituições no Estado Democrático de Direito, bem como compreensão das particularidades e especificidades que regem a vida na caserna. Para tanto, primeiro será analisado o que a Constituição Federal dispôs acerca das instituições militares, sua missão e desdobramentos atuais. A seguir, é necessário destacar os princípios basilares que a própria Carta Magna atribui à tais instituições e entender sua importância e fundamentos, assim como seus limites e ponderações. Por último, e de suma relevância, as singularidades constitucionais referentes aos direitos e garantias do indivíduo militar. O regime jurídico deste, distinto do regime do cidadão comum, será justificado. Entretanto, sem se olvidar que os cidadãos de farda são, antes de tudo, cidadãos como todos os outros e, assim, seu regime jurídico especial deve ser progressivamente adequado para estar em mais consonância com os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal de 1988, buscando-se o equilíbrio entre as particularidades necessárias ao cumprimento das atividades militares e a dignidade da pessoa do militar.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Militar. Forças Armadas. Missão Constitucional. Hierarquia e Disciplina. Militares. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The purpose of this Article is to bring to the fore constitutional aspects regarding the Armed Forces and its members, for a better understanding of the role of these institutions in a democratic State of law, as well as understanding of the particularities and specificities that govern life in the barracks. In both cases, the first will be analyzed what the Federal Constitution had about the military institutions, their mission and current developments. Next, it is necessary to stress the basic principles that the Federal Constitution attaches to such institutions and understand its importance and foundations, as well as its limits and weights. Finally, and of utmost importance, the constitutional traits regarding the rights and guarantees of the individual in the military. The legal arrangements, other than the common citizen, will be justified. However, without forgetting that the citizens in uniform are, first of all, citizen like everyone else and, thus, its special legal regime should be progressively appropriate to be in greater harmony with the personal rights and guarantees provided for in the Federal Constitution of 1988, looking for the balance between the features necessary for the fulfilment of military activities and the dignity of the person in the military.

KEYWORD: Military Law. Armed Forces. Constitutional Mission. Hierarchy and Discipline. Military Personnel. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Função Militar das Forças Armadas – 3. Os princípios da hierarquia e disciplina – 4. Especificidades constitucionais do regime jurídico dos militares das Forças Armadas – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de a Justiça Militar ser a mais antiga do país, o Direito Militar, até hoje, é pouco estudado. Não só do ponto de vista jurídico, mas a sociedade civil brasileira, em geral, parece desconhecer quem são os militares e a função das Forças Armadas, o que gera um distanciamento e incompreensão no que tange às particularidades do âmbito da caserna.

Talvez pelo passado político recente do país, que foi governado pelos militares de 1964 a 1985, a sociedade se distanciou e criou uma espécie de má impressão do segmento militar. Agora, passados mais de 50 anos da instauração do referido governo e mais de 26 anos de vigência da Constituição cidadã, que superou tal período, é chegada a hora de desmistificar a palavra militar e todas as características que ela traz, bem como dissociar um período político das instituições nacionais, regulares e permanentes previstas na Constituição Federal de 1988 para garantir a soberania do Brasil e o próprio Estado Democrático de Direito: as Forças Armadas.

Dessa forma, o presente artigo visa trazer à tona o que a CRFB/88 dispõe acerca das Forças Armadas e seus militares, suas implicações, justificativas e cenários atuais, na tentativa de esclarecer a figura do militar, a missão das Forças Armadas e o porquê das peculiaridades que permeiam essas instituições. Na esperança de aproximar o cidadão que não veste farda daquele que a veste para garantir o país e seu povo.

Em razão das peculiaridades das atividades militares, principalmente a missão constitucional de defesa da Pátria, as Forças Armadas são regidas pelos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, e os membros das Forças Armadas estão submetidos a um regime jurídico

específico e mais severo, que baliza o acesso aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Ao militar são cerceados direitos e exigido sacrifício da vida pessoal, em nome da dedicação à sua missão, que é muito mais que uma profissão. Por todas essas requisições e empenho, é necessário um ramo do Direito especializado que estude, compreenda a vivência dentro das organizações militares e que dê segurança ao militar de que seus atos serão bem avaliados e julgados por aqueles que entendem adequadamente seu dia a dia.

Analisar-se-á que todas as peculiaridades da vida militar estão justificadas pela missão, pela finalidade de existência das Forças Armadas e que, assim, todas as disposições constitucionais destinadas a essas instituições foram previstas a fim de assegurar tal missão. Ademais, verificar-se-á uma tendência de maior aproximação dos dispositivos militares infraconstitucionais com o que preconiza a CRFB/88, acerca dos direitos e garantias fundamentais, o que demonstra que a Justiça Militar, o Direito Militar e as instituições militares, como um todo, têm sim capacidade de estarem bem inseridas no Estado Democrático de Direito e zelando por sua garantia.

2 A FUNÇÃO MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS

A Constituição de 1988, em seu Título V, que trata da defesa do Estado e das instituições democráticas, reserva tópico especial às Forças Armadas, ressaltando sua importância na estrutura do Estado, bem como sua especial missão de proteger e servir à nação. Elas são integradas por militares: assim chamadas as pessoas físicas que exercem a função militar e estão vinculadas ao Estado, como agentes públicos, sob o regime do Estatuto dos Militares.

As Forças Armadas são constituídas por Marinha, Exército e Aeronáutica, reunidas pelo Ministério da Defesa, sob o comando supremo do Presidente da República, conforme artigo 84, inciso XIII, da Constituição Federal¹, sendo este assessorado pelo Conselho Militar de Defesa e pelo Ministro de Estado da Defesa. Compete ao Presidente da República a iniciativa de lei para fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas (CF, art.61, parágrafo primeiro, inciso I) e iniciativa para as leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva (CF, art.61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea f). No artigo 142 da Constituição Federal, está positivado que as Forças pela Lei Complementar nº 97, de 9/6/1999, a qual dispõe sobre normas gerais de organização, preparo e emprego das Forças Armadas são instituições nacionais, permanentes e regulares; organizadas com base na hierarquia e na disciplina e que se destinam à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Estão, também, as Forças Armadas regulamentadas pela Lei Complementar nº 97, de 9/6/1999, a qual dispõe sobre normas gerais de organização, preparo e emprego das Forças.

Sobre as características supras, atribuídas pela Carta Magna às instituições militares, explica Oliveira²:

¹ *In verbis*: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99).

² OLIVEIRA, F. M. *Sanção Disciplinar militar e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 12.

O constituinte ao atribuir a característica de instituições “nacionais” teve dois objetivos: proibir os estados de terem instituições dessa espécie e, embora integradas ao Poder Executivo, o dever de servir à nação. A afirmação de caráter ‘permanente’ veda a supressão de qualquer uma delas, bem como impede a sua transitoriedade. E o atributo da ‘regularidade’ foi com o intuito de impedir que fossem assimiladas às Forças Armadas quaisquer tropas irregulares, ou seja, que não estejam previstas em seu quadro de efetivos.

A defesa da pátria, primeira e nobre missão das Forças Armadas, tem em seu âmago, a ideia de manutenção da soberania nacional. A soberania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º da Lei Maior pátria, aparecendo no mesmo rol de importância dos outros fundamentos da República: cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político³. A soberania é elemento da formação de um Estado, ao lado de território e povo, e elemento de sobrevivência daquele, pois para se perpetuar precisa impor sua supremacia de poder estatal frente à comunidade internacional, bem como a grupos sociais internos. Para fazer valer sua vontade nacional, ou seja, a vontade do povo, representada pela supremacia do poder estatal, um estado soberano precisa de um poder coercitivo, um instrumento de força, para proteger seu território, seu povo e manter sua soberania. As Forças Armadas, assim, são necessárias para a própria subsistência e integridade do Estado Democrático de Direito.

³ *In verbis*: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Brasil, país vasto territorialmente e com abundância de recursos, precisa ser forte e constantemente impor sua soberania nacional, pois, se, por um lado, é agraciado com muitas riquezas naturais e muitos quilômetros quadrados, por outro, se mal protegido, torna-se muito vulnerável e suscetível de abalos, seja no seu espaço físico, seja na sua força de se impor como autoridade soberana. Em seu escrito sobre as Forças Armadas e a soberania do Estado, o Vice-Almirante (RM1), Elia (2008, p. 4) traz a expressão “vulnerabilidade estratégica” criada por um de seus pares: “A este ponto, cabe uma referência ao alerta de outro almirante estudioso dos problemas nacionais, Armando Amorim Ferreira Vidigal, que cunhou a expressão ‘vulnerabilidade estratégica’, a qual, em certas circunstâncias, pode substituir o estratégico conceito de ameaça”. Acerca disso, afirma o almirante Vidigal: “A posse de um bem de grande valor, sem os meios necessários para garanti-la, é, sem dúvida, uma vulnerabilidade” (VIDIGAL *apud* ELIA)⁴.

No âmbito interno, as Forças Armadas garantem os poderes constitucionais, mantendo a estrutura jurídica vigente, com todas as suas características democráticas e de direito, cuidando da estabilidade das instituições, bem como da autoridade dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, para que o estado possa dar consecução aos seus fins e objetivos, estabelecidos na Carta Magna, em seu artigo 3º.

Assim, as Forças Armadas existem, necessariamente, como instrumento de coerção, para servir ao direito e assegurar a paz social, garantindo a independência e harmonia dos três poderes e, logo, mantendo a organização e estrutura política do estado democrático de direito.

⁴ VIDIGAL *apud* ELIA, Rui da Fonseca. *As Forças Armadas e a integridade do Estado democrático*. 12 dez. 2008. Disponível em: <http://www.mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/Documentos/AsFAeaintegridadedoEstadodemocratico.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

A Constituição conferiu às Forças Armadas a função e missão de defesa da pátria⁵, de garantir os poderes constitucionais e, em *ultima ratio*, a garantia da lei e da ordem. Quanto às funções militares observamos que, em primeiro lugar, como função primária, cabe às Forças Armadas a defesa da pátria contra ameaças estrangeiras, garantindo-lhe sua independência, integridade e soberania. Função secundária é a previsão de garantir os poderes constitucionais, impondo respeito à Constituição e, por fim e, subsidiariamente, garantir a lei e a ordem internamente. Esta última cabe, primeiramente, às forças de segurança pública e, por isso, só é exercida pelas Forças Armadas em caráter temporário e se necessário para o devido restabelecimento da ordem.

O jurista José Afonso da Silva⁶ assim explica sobre a função das Forças Armadas:

[...] de tal sorte que sua missão essencial é a da defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, o que vale dizer defesa, por um lado, contra agressões estrangeiras em caso de guerra externa e, por outro lado, defesa das instituições democráticas, pois a isso corresponde a garantia dos poderes constitucionais, que, nos termos da Constituição, emanam do povo (art.1º. parágrafo único). Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é de competência primária das forças de segurança pública, que compreendem à polícia federal e às polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal.

A missão destinada às Forças Armadas, em *ultima ratio*, de garantia da lei e da ordem, é subsidiária e excepcional, uma vez que essa função, de manutenção da convivência social, incumbe às forças de segurança

⁵ A defesa da pátria é matéria disciplinada no Decreto Federal Nº 6703, publicado em 18 de dezembro de 2008.

⁶ SILVA, J. A. *Jurisdição Militar no Brasil*. Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Brasília: Coletânea de estudos jurídicos, 2008. p. 85.

pública. Tal atribuição está determinada constitucionalmente a órgãos especiais, no artigo 144, *in verbis*:

Art. 144. A segurança pública, dever do estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

De acordo com Alexandre de Moraes (2010)⁷, a multiplicidade de órgãos de defesa da segurança pública tem dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna. Somente quando insuficientes os órgãos específicos, para a manutenção da estabilidade pública e havendo quebra da ordem interna, poderá ser feita a convocação das Forças Armadas, para atuar com poder de polícia. A convocação deverá ser feita por um dos representantes dos poderes federais, Presidente da Mesa do Congresso Nacional, Presidente da República e Presidente do Supremo Tribunal Federal, para agir em defesa da Lei e da Ordem.

Atualmente, tropas militares realizam operações contra o tráfico de drogas e para implementação de Unidades de Polícia Pacificadora no Rio de Janeiro, com base na Garantia da Lei e da Ordem. Militares do Exército e da Marinha, juntamente com policiais militares e civis, integraram a denominada Força de Pacificação que atuou nos complexos do Alemão, da Penha e da Maré. Ressalta-se também a participação em eventos de grande porte, como a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016. O emprego das Forças Armadas em garantia da lei e da ordem tem respaldo no

⁷ MORAES, A. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

supracitado artigo 142 da CRFB/88, na Lei Complementar nº 97/1999 e o Decreto nº 3.897/2001. Ademais, foi elaborado o Manual de GLO (Garantia da Lei e da Ordem) pelo Estado Maior Conjunto das Forças Armadas, aprovado e veiculado pela Portaria Normativa nº186 do Ministério da Defesa, de 31 de janeiro de 2014.

Nesse contexto, gerou-se uma controvérsia quanto à competência para julgar crimes cometidos por militares no exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas. O parágrafo 7º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, com redação conferida inicialmente pela Lei Complementar nº 117, de 2004 e, atualmente, alterada pela Lei Complementar nº 136, de 2010, dispõe que:

Art.15, §7º – A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal⁸.

A Procuradoria-Geral da República contesta a constitucionalidade de tal norma, com ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5032, vez que entende não ser atividade tipicamente militar as atribuições subsidiárias das Forças Armadas. Destarte, crimes decorrentes dessa atuação não seriam crimes militares passíveis de serem processados e julgados pela Justiça Militar da União e, sim, pela Justiça Comum.

Na referida ação, o Ministério Público Militar ingressou como *amicus curie*. A Advocacia Geral da União, por seu turno, sustenta que o ⁸ *In verbis*: Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único: A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

exercício das atividades subsidiárias pelas Forças Armadas não deixa de configurar atividade militar, vez que está previsto no artigo 142 da Carta Magna, a garantia da lei e da ordem, entre as funções destinadas às Forças Armadas. Portanto, eventuais crimes decorridos dessas atividades são militares, de competência para julgamento pela Justiça Militar da União, conforme art.124 da CRFB/88. Destaca, ainda, que há julgados da Suprema Corte com entendimento de que é atividade militar o emprego das instituições militares federais na garantia da lei e da ordem e, portanto, passível de processo e julgamento pela Justiça Militar. A ADI 5032 ainda aguarda julgamento pelo plenário da Suprema Corte.

Por fim, interessante ressaltar aqui, a atuação destinada às Forças Armadas, pelo artigo 16-A da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, acrescentado por força do artigo 2º, da Lei Complementar nº 136/2010, *in verbis*:

Art. 16 – Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: I – patrulhamento; II – revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e III – prisões em flagrante delito. Parágrafo único. As Forças Armadas, ao zelar pela segurança pessoal das autoridades nacionais e estrangeiras em missões oficiais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, poderão exercer as ações previstas nos incisos II e III deste artigo.

Esse dispositivo permitiu às Forças Armadas atuar de forma subsidiária às polícias judiciárias, repressiva e preventivamente, para o combate de determinados delitos ocorridos em faixa de fronteira. Explica Juliana Gomes, especialista no assunto, em seu artigo científico⁹:

Diante desse quadro é que se conclui que o emprego das Forças Armadas na repressão dos delitos transfronteiriços e ambientais em faixa de fronteira trata-se de nova frente de atuação somada àquelas previstas no artigo 142 da Constituição da República (defesa da pátria, garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem). É certo que, quando se fala em prevenção e repressão a delitos transfronteiriços, trata-se, em última análise de atuação destinada à defesa da pátria, que inclui o controle e vigilância das fronteiras. Porém, trata-se de aspecto diverso do controle e vigilância de fronteiras estabelecidas como diretriz da Estratégia de Defesa Nacional do Decreto nº 6703/2008.

3 OS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

Os militares são membros de instituições diferenciadas, regidas pelos princípios da hierarquia e da disciplina, elementos fundamentais à compreensão da estrutura militar, dispostos no art. 142, caput, da CF/88¹⁰. Assim, os militares, no exercício de suas funções, estão regulamentados por deveres e obrigações, pautados nos princípios

⁹ GOMES, J. S. R. *O poder de polícia das Forças Armadas: atuação na faixa de fronteira contra delitos transfronteiriços e ambientais*. (Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2011.

¹⁰ A Constituição de 1988 recepciona a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), e reafirma o que já estava expresso no Artigo 14, caput, do Estatuto, sobre a hierarquia e a disciplina serem a base institucional das Forças Armadas. Importante ressaltar que o conteúdo do Estatuto, recepcionado pela Constituição de 1988, foi todo aquele que estava disposto de acordo com os preceitos da Carta Magna. Entretanto, por ter sido formulado com base na Constituição Federal de 1967, o Estatuto pode ter dispositivos contrários aos da constituição vigente, devendo tais normas, portanto, serem consideradas como não recepcionadas pela atual constituição.

da hierarquia e disciplina. Isso porque a razão de ser da hierarquia e disciplina está baseada justamente na missão constitucional dos militares e de suas respectivas corporações.

As Forças Armadas são garantidoras da existência do próprio Estado Democrático de Direito, salvaguardando suas instituições democráticas, bem como, subsidiariamente, a lei e a ordem. Os militares que as compõem estão direcionados na defesa da pátria, em prejuízo da própria vida. Essa defesa contra o inimigo, externo ou interno, da pátria envolve o manejo de vários indivíduos, ordenados em tropa, fortemente treinados e operando os mais diversos tipos de armamentos. Essa tropa tem que estar constantemente supervisionada e direcionada para os fins a que se destina. Observa-se, então, a razão de ser da hierarquia e disciplina como pilares estruturais das instituições militares, visto que servem para manter a coesão do organismo militar e prevenir desvirtuamento das condutas dos militares: indivíduos fortes, treinados e com manejo de armamentos. Nessa esteira, Carvalho (2005) explica:

Sua base institucional está estruturada na hierarquia e na disciplina militar, sem as quais seria de todo impraticável a realização da sua missão e todas as guerras estariam perdidas sem que fosse necessário disparar um tiro sequer. São, ainda, parte inalienável do Estado Democrático de Direito e, muito além disso, são, *ultima ratio*, os garantes materiais da sua própria sobrevivência, como bem explicitado na Carta Constitucional, que lhes atribuiu a defesa da pátria como missão maior¹¹.

¹¹ CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7301>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

Para melhor compreensão do assunto, cabe trazer à tona a definição dos conceitos de hierarquia e disciplina que constam no Estatuto dos Militares¹²:

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

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Ainda Carvalho (2005)¹³, ensina que:

Hierarquizadas formam uma pirâmide quanto ao comando, regendo cada escalão superior, todos os inferiores, como é necessário para as manobras e operações bélicas. Disciplinadas formam um arcabouço de certeza operativa, que se traduz na eficiência da pronta-resposta aos comandos recebidos do escalão superior. Se assim não o fosse, se cada ordem pudesse ser contestada ou discutida, diante do perigo real ou

¹² BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – Coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012, p. 283.

¹³ CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7301>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

iminente, as tropas sucumbiriam pela inércia ou pela desordem e falta de coesão nas ações.

Dessa forma, é possível visualizar que a hierarquia e a disciplina formam dois princípios e dois pilares íntimos, um em relação ao outro, visto que se destinam a uma mesma finalidade. Portanto, a hierarquia é a base para que a tutela disciplinar funcione, bem como a disciplina sem a hierarquia não conseguiria ser implementada. Coexistem, pode-se dizer, em simbiose. Desses valores, que são o alicerce da estrutura militar emanam o dever de obediência e subordinação do militar, próprios da atividade castrense.

Interessante frisar que algumas características das organizações militares, como: princípio da unidade de comando, princípio de direção¹⁴ e a escala hierárquica, contribuíram para o estudo das teorias da Administração. Acerca da hierarquia, Chiavenato¹⁵ explica que:

O conceito de hierarquia na organização militar é tão antigo quanto a própria guerra. No século XVIII na Prússia, para aumentar a eficiência do exército, o imperador Frederico II, o Grande (1712-1786), criou um estado-maior (*staff*) para assessorar o comando (linha) militar. Os oficiais de assessoria (*staff*) cuidavam do planejamento e os de linha, da execução das operações de guerra. Os oficiais formados no estado-maior (*staff*) eram transferidos para posições de comando (linha) e novamente para o estado-maior, para assegurar experiência nas funções de gabinete, de campo e novamente de gabinete.

¹⁴ Chiavenato ensina sobre o princípio de direção: “A organização militar utiliza o princípio de direção, segundo o qual todo soldado deve saber o que se espera dele, aquilo que deve fazer. Napoleão nunca deu uma ordem sem explicar o objetivo e certificar-se de que haviam compreendido corretamente, pois a obediência cega nunca leva à execução inteligente”.

¹⁵ CHIAVENATO, I. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, edição compacta, 3. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

A hierarquia se expressa em relações escalonadas entre postos e graduações, formando uma cadeia de comando dos superiores hierárquicos para inferiores. Por seu turno, a disciplina é a obediência inquestionável dos círculos inferiores às ordens e diretrizes emanadas pelos círculos de comandos superiores.

Farlei Oliveira¹⁶ explica, acerca da obediência irrestrita às determinações superiores, que

as ordens e determinações legais devem ser bem e fielmente cumpridas, sem ampliação ou restrição ao exato sentido da ordem determinada pelo superior hierárquico, a menos que sejam ordens manifestamente ilegais. Ausente essa hipótese, o descumprimento ou retardamento da ordem pode ensejar falta disciplinar ou crime funcional (prevaricação), previsto e tipificado no Código Penal e no Código Penal Militar. (Grifo nosso).

Frisando que as ordens de comando devem sempre estar pautadas nos limites legais, pois não pode haver ilegalidade e arbitrariedade. Assim como, os princípios da hierarquia e disciplina, mesmo que de suma importância para a estrutura militar, não podem ir de encontro aos demais princípios constitucionais.

Observa-se que a preservação das Forças Armadas, instituições militares, erigidas e sustentadas com base na hierarquia e na disciplina militar, exige um rol legislativo próprio com regras e sanções específicas aos bens tutelados especificamente pelo círculo castrense. Tais regramentos são divididos de acordo com a gravidade em:

¹⁶ OLIVEIRA, F. M. *Sanção Disciplinar militar e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

a) crimes militares e suas respectivas sanções penais militares;
b) transgressões disciplinares e suas sanções disciplinares.

No domínio da Administração Militar, o Estatuto dos Militares, regula a situação, obrigação, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas, sendo a principal legislação administrativa na tutela da hierarquia e disciplina militar. Determinou, ainda o Estatuto que cada Força Armada iria elaborar seu regulamento disciplinar¹⁷. Destarte, a disciplina é conduzida pelos regulamentos disciplinares, os quais determinam os ilícitos administrativos, também denominados transgressões disciplinares, bem como determinam as sanções administrativas ou punições disciplinares.

Assim, foram elaborados o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer)¹⁸, o Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM)¹⁹ e o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4)²⁰. Ademais, a Administração Militar também tutela a hierarquia e a disciplina, quando exerce atividade policial judiciária militar, conforme artigos 7º e 8º do Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

¹⁷ In verbis: Art. 47. 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.

¹⁸ Decreto 76.322, de 22 de setembro de 1975. Altera dispositivos do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D96013.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹⁹ Decreto 88.545, de 26 de julho de 1983. Acrescenta dispositivo ao Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, que aprovou o Regulamento Disciplinar para a Marinha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93665.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

²⁰ Decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002. Atual R-4. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

No âmbito do Poder Judiciário, a Justiça Militar da União tem competência constitucional para processar e julgar crimes militares, previstos em lei, tutelando então, penalmente, os princípios da hierarquia e disciplina militar. Importante destacar aqui, o órgão do Ministério Público Militar (MPM), que exerce suas funções de salvaguarda dos pilares institucionais militares, tanto no âmbito do Judiciário, como da Administração Militar, vejamos:

Art. 116. Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar: I – promover, privativamente, a ação penal pública; II – promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato; III – manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.

Art. 117. Incumbe ao Ministério Público Militar: I – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial-militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; II – exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária militar²¹.

A Justiça Castrense protege então, na seara penal, os valores fundamentais e funcionais das Forças Armadas, hierarquia e disciplina, de acordo com o disposto constitucionalmente, a fim da manutenção da coesão das instituições militares e correta destinação da sua missão constitucional. Essa tutela específica dos bens jurídicos castrenses, como já dito, pautada na Lei Maior, segue e respeita também seus demais valores fundamentais, como é possível verificar pelos julgados do Superior Tribunal Militar e da Suprema Corte brasileira:

²¹ Estatuto do Ministério Público da União – Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp75.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade nem do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia da relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da Corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática, ressalte-se, que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutidos o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas brasileiras. Saltando à evidência

que tais Forças Armadas jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. 3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses, a partir da nova Constituição Federal. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem democrática e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. 4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia a dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143). 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da Caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o

modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as instituições castrenses que se estruturam no âmbito da União. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação” para o melhor serviço da Pátria, sinônimo perfeito desse princípio espiritual que atende pelo nome de “Nação”. 6. Ordem denegada. (Grifo nosso)²².

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. FURTO SIMPLES NA FORMA TENTADA. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA NA MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA. IMPROCEDÊNCIA. A necessidade de manutenção dos princípios da hierarquia e disciplina (alínea e do art. 255 do CPPM), fundamento do qual se valeu a autoridade judiciária para manter a segregação do paciente, deve ser amplamente demonstrada e apoiada em elemento concreto que enseje a violação desses preceitos. Não havendo de ser aceita mera indicação de situações abstratas, tais como a repercussão negativa da conduta no âmbito da caserna, consubstanciada na possibilidade de estímulo de prática semelhante por outros militares em caso de o acusado responder ao processo em liberdade. Todo crime praticado no âmbito das organizações militares, via de regra, atenta contra os princípios da hierarquia e disciplina e nem por isso seus agentes estão sujeitos obrigatoriamente a responderem presos à ação penal. Trata-se de crime patrimonial cometido sem violência à pessoa e ocorrido na forma tentada, além de ausentes os requisitos previstos nas alíneas do art. 255 do CPPM, o que, por si só, garante ao Paciente o direito de responder ao processo criminal em liberdade. Vigê no sistema brasileiro o princípio da não culpabilidade, do qual decorre a garantia da liberdade do cidadão que se encontre indiciado ou acusado em processo

²² STF – HC: 107096 PR. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 29-3-2011, Segunda Turma, Publicado no DJE-165 de 29-8-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627768/habeas-corporus-hc-107096-pr-stf>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

criminal, conforme se verifica no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal. Ordem concedida. Decisão unânime²³. (Grifo nosso)

4 ESPECIFICIDADES CONSTITUCIONAIS DO REGIME JURÍDICO DOS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS

A missão constitucional de defesa da soberania do país pelos membros das Forças Armadas torna os militares uma categoria especial de agentes públicos, uma vez que estes estão compromissados com a integridade da Pátria. Conforme dispõe o Estatuto dos Militares: “Art. 3º – Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares”. Destarte, ser militar significa pertencer a uma classe diferenciada, logo, com um regime jurídico diferenciado, em razão das especificidades da atividade militar²⁴.

As Forças Armadas são estruturadas nas vigas dos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, a fim de garantir sua própria existência e correta execução da sua finalidade: defesa da Pátria e manutenção do Estado democrático de direito. Em razão

²³ STF – HC: 501920127000000 AM 0000050-19.2012.7.00.0000. Relator: William de Oliveira Barros. Julgamento em: 12-4-2012, Publicado no DJE de 24-5-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22206712/habeas-corpus-hc-501920127000000-am-0000050-1920127000000-stm>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

²⁴ Os militares eram considerados como espécie de servidores públicos, pois a própria Constituição lhes dava tal conceituação. Entretanto, com a Emenda Constitucional 18/98, os militares passaram a formar uma categoria a parte de agentes públicos, uma vez que deixou de existir a rubrica “dos servidores públicos militares” e essa categoria passou a ter diposições constitucionais próprias. Assim sendo, deixaram de ser conceituados como prestadores de serviço ao Estado, mantendo com este vínculo funcional, sob o regime estatutário. O que ocorre agora é que, em vez de serem de servidores civis e servidores militares, são separados em agentes públicos administrativos e agentes públicos militares.

disso, a Constituição Federal previu restrições de direitos e garantias individuais aos membros das Forças Armadas.

Da análise da Constituição pátria, resta claro a identificação do tratamento desigual destinado aos militares, em relação ao cidadão comum. A missão constitucional das Forças Armadas retira dos seus membros alguns direitos destinados, pela Constituição, aos demais cidadãos. Fica, então, a indagação: Tal tratamento desigual é de fato necessário para a permanência das instituições militares? Até que ponto o direito dos militares pode ser cerceado no que tange aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de suas atividades específicas? Conforme Canotilho (2010, p. 59 *apud* KINOSHITA 2010 p. 60)²⁵, “O que caracteriza uma relação especial de sujeição é o fato de que determinadas relações de vida são disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, entretanto, deve estar dentro da esfera constitucional e deve estar a ela vinculado”.

A Constituição apresenta o princípio da isonomia ou igualdade, um dos pilares de um estado democrático de direito, no seu artigo 5º, caput, *in verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Esse princípio deve ser entendido como o tratamento igual a todos os indivíduos que se encontram na mesma situação fática, jurídica

²⁵ KINOSHITA, A. *Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação ante os princípios da hierarquia e disciplina*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília.

e social. Visa impedir distinções arbitrárias entre os indivíduos, em razão de preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme art. 3º, IV da Constituição de 1988²⁶. Entretanto, nem todas as pessoas têm ou estão na mesma condição uma das outras, existindo na sociedade indivíduos em diversas condições sociais, jurídicas e econômicas.

Como bem explica Moraes (2010, p. 36)²⁷:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]. (Grifo nosso).

Dessa forma, o princípio constitucional da isonomia/igualdade não impede tratamentos diferenciados, somente os arbitrários e discriminatórios. Pois bem, constitucional é que os militares sejam regidos por disposições específicas, haja vista sua especial condição pela atividade que realizam. Encontram-se regidos pelos princípios da hierarquia e disciplina, também princípios constitucionais, mas que não se destinam ao cidadão comum. A manutenção das estruturas das instituições militares depende das vigas da hierarquia e disciplina e, estas, por sua vez, só podem ser implementadas na prática por certa

²⁶ *In verbis*: “IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²⁷ MORAES, A. Direito Constitucional. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

diferenciação do regime jurídico do militar, em relação ao cidadão comum. Assim é que os agentes públicos militares são restritos em determinadas liberdades e direitos, que em geral são justificáveis pela natureza de sua destinação constitucional.

Verificam-se, a seguir, as disposições constitucionais referentes aos membros das Forças Armadas, começando pelo bem jurídico mais valioso tutelado pela Constituição: o direito à vida. O art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõe no inciso XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. Tais penas de morte estão previstas no Código Penal Militar²⁸. Sendo assim, as únicas penas de morte previstas no nosso ordenamento jurídico são as dispostas no CPM, com respaldo constitucional no art. 5º, inciso XLVII.

Em seguida, outro direito fundamental de suma importância a ser tutelado pelo ordenamento de um Estado democrático de direito é a liberdade. Encontra-se protegido no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição de 1988, *in verbis*: “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”.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra, e a prisão, exceção. Nesses termos, a Constituição permite a prisão dos militares além das únicas duas hipóteses permitidas de cerceamento da liberdade individual, nos casos de transgressões disciplinares no meio militar e crimes propriamente militares, sendo estes, os que só pode

²⁸ BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012, p. 283.

ser cometido por militar. Isso, haja vista a necessidade de uma rápida reação ao desvio de conduta do militar subordinado, a fim de manter a hierarquia e a disciplina na caserna, bem como desestimular que outros militares venham a ter a mesma conduta inadequada. Assim, a Constituição permite, prontamente, que a autoridade militar efetive a prisão, mas exige que os direitos do preso sejam respeitados, sob pena de a prisão ser considerada ilegal, como ocorre nas prisões em flagrante. Pode-se observar aqui a tentativa de se equilibrar o direito fundamental da liberdade com os princípios da hierarquia e disciplina, pois os direitos do preso deverão ser obrigatoriamente respeitados pela autoridade militar que proceder a prisão. Assevera o juiz de direito Paulo Tadeu Rodrigues Rosa²⁹:

A prisão administrativa militar cautelar deve ser usada com moderação pelas autoridades militares. Não basta uma mera justificativa para que o militar seja encarcerado, sendo necessária a existência de indícios que indiquem autoria e materialidade. A prisão indevida do militar traz como consequência a obrigação do Estado de indenizar o administrado pelos danos morais e materiais que foram suportados em atendimento ao art. 37, § 6º, da CF, responsabilidade objetiva do Estado. (Grifo nosso).

Ainda na esteira da liberdade, importante trazer à tona, o que a Constituição dispõe acerca do instituto do *habeas corpus*, remédio constitucional que tutela a liberdade de locomoção³⁰. Está expresso no art. 5º, LXVIII, *in verbis*: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em

²⁹ ROSA, P. T. R. Aplicação dos princípios constitucionais no direito militar. Belo Horizonte: 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textos/juridicos/35500189>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

³⁰ Alexandre de Moraes assevera que o *habeas corpus* “é meio idôneo para garantir todos os direitos do acusado e do sentenciado relacionados com sua liberdade de locomoção [...]”. MORAES, A. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”³¹. Entretanto, a própria constituição no artigo 142, § 2º dispõe que “não caberá habeas corpus em relação às punições disciplinares militares”. Os militares estão sujeitos ao poder disciplinar, bem como às punições disciplinares, quando têm condutas contrárias ao que dispõe seus respectivos regulamentos disciplinares. As punições disciplinares são atos administrativos e a vedação da concessão do *habeas corpus* visa à proteção dos princípios da hierarquia e disciplina.

Em relação a esse aparente conflito de disposições constitucionais, o entendimento da jurisprudência é de que o judiciário não pode adentrar ao mérito do ato administrativo de ordenar uma punição disciplinar. A vedação constitucional ao *habeas corpus* seria para que o mérito administrativo não possa ser avaliado como justo ou injusto pelo judiciário. A apreciação é apenas em relação aos aspectos legais da punição. Não procedendo a análise do mérito do ato administrativo punitivo, mantendo-se assim as razões de decisão do ato da administração militar e sua hierarquia e disciplina. A jurisprudência se mostra pacífica no cabimento de *habeas corpus* em relação à punição disciplinar, entretanto apenas em relação à apreciação dos aspectos de legalidade e legitimidade do ato administrativo. Vejamos julgado da Suprema Corte Federal, nesse sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório1. Recurso

³¹ Ilegalidade é quando um ato não está em conformidade com os ditames legais. Já com relação ao abuso de poder, Hely Lopes Meirelles diz que “[...] o abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora tenha competência para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”. MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA. ILEGALIDADE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. No caso em tela, não foi respeitado o princípio da legalidade estrita quanto ao procedimento administrativo disciplinar. Reconhecida a ocorrência de vício insanável, que se traduziu em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Mantida a concessão da ordem no Habeas Corpus. Recurso em sentido estrito improvido. [...] No presente caso, não foi respeitado o princípio da legalidade estrita quanto ao procedimento administrativo disciplinar, visto que não foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo militar para cada fato elencado nas suas Razões de Defesa; o militar não foi pessoalmente ouvido pela autoridade competente para a aplicação da punição disciplinar; o militar recolhido à prisão disciplinar antes de ser comunicado da decisão que não acolheu suas justificativas [...] Conclui-se pelo reconhecimento da ocorrência de vício insanável no processo disciplinar, que se traduziu em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, implicando na manutenção da decisão [...] que concedeu a ordem no Habeas Corpus. 5. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 88.543, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRICÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA A À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a

infrações (art.124, § 2º, da CF). II – A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes. [...] O entendimento relativo ao PAR-20 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia “habeas corpus”, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado a função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no PAR. 2 do ARTIGO 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo QUANTO AO âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a LIMITA ÀS DE natureza militar. “Habeas corpus” até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não” (HC 70.648, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 4.3.1994 grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o acórdão recorrido. 6. No que concerne à alegada contrariedade ao artigo 5º, inc. LIV e LV, da Constituição, este Supremo Tribunal assentou que a alegação de contrariedade ao princípio da legalidade e a verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou, ainda, aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, se dependentes de análise prévia da legislação infraconstitucional, configurariam apenas ofensa constitucional indireta. [...] 7. Nada há, recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do 2011. Ministra CÂRMEN LÚCIA Relatora. (Grifo nosso)³².

Passando para a análise dos direitos políticos, a Constituição Federal, no seu capítulo IV, 14, § 2º, dispõe que: “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar

³² STF – RE: 635785 DF. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 23.3.2011, Publicado no DJE-061 de 31.3.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18572333/recurso-extraordinario-re-635785-df-stf>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

obrigatório, os conscritos”³³. O termo “conscrito” se refere aos cidadãos brasileiros que, ao completarem dezoito anos, devem participar do processo de seleção para o Serviço Militar obrigatório. Observa-se, assim, mais uma diferenciação de tratamento constitucional destinado aos militares, na restrição dos direitos fundamentais, no que tange ao exercício da cidadania.

Adiante, também encontramos vedações aos militares de direitos sociais. O constitucionalista Alexandre de Moraes conceitua os direitos sociais como direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

No artigo 142 da Constituição de 1988, que trata das Forças Armadas, está previsto no inciso IV, incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998, que “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”. Ainda no mesmo artigo, o inciso V, incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998, dispõe que “o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”. O cerceamento desses direitos sociais, assim como as demais restrições, é justificado pela missão constitucional das Forças Armadas: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, subsidiariamente, da lei e da ordem. Também justificado pela manutenção dessas instituições militares, tutelando-se assim, a hierarquia e a disciplina, seus pilares estruturais. Dessa forma, tem-se que a sindicalização e a greve não são conciliáveis com as

³³ Res.-TSE nº 15.850/1989: a palavra “conscritos” alcança também aqueles matriculados nos órgãos de formação de reserva e os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar inicial obrigatório.

singularidades da profissão militar, vez que geraria comprometimento da defesa da pátria, bem como da ordem pública interna. Há, ainda, os que enquadram a greve dos militares como crime de motim, que está previsto no artigo 149 do Código Penal Militar³⁴.

A forma lícita encontrada para a aglutinação e defesa dos interesses desse grupo foi a criação de associações³⁵, para que fossem possíveis as discussões dos assuntos da classe. As associações se diferenciam dos sindicatos, pois não têm poder de representação e negociação, assim, não têm legitimidade negocial coletiva.

Por derradeiro, cabe também trazer à tona algumas restrições de direitos, dispostas infraconstitucionalmente, que vêm sendo questionadas e alteradas a fim de que o regime jurídico dos militares esteja em mais conformidade com os direitos e garantias previstos na CRFB/88.

No parágrafo 3º do Artigo 51 do Estatuto dos Militares, vislumbramos o seguinte texto: “O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado”.

Quando instituído o Estatuto dos Militares (Lei 6880/80), o

³⁴ *In verbis*: “Art. 149. Reunirem-se militares ou assemelhados: I – agindo contra a ordem recebida de superior, ou negando-se a cumpri-la; II – recusando obediência a superior, quando estejam agindo sem ordem ou praticando violência; III – assentindo em recusa conjunta de obediência, ou, em resistência ou violência, em comum, contra superior; IV – ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, ou dependência de qualquer deles, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, ou utilizando-se de qualquer daqueles locais ou meios de transporte, para ação militar, ou prática de violência, em desobediência á ordem superior ou em detrimento da ordem ou da disciplina militar: Pena – reclusão, de quatro a oito anos, com aumento de um terço para os cabeças”.

³⁵ Art. 5º, inciso XVIII, da CRFB/88, *in verbis*: “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

ordenamento jurídico estava sob a vigência da constituição de 1969, que não garantia o acesso à justiça antes de esgotada toda a esfera administrativa. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, esta trouxe consagrado no inciso XXXV, art. 5º, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Então, à luz da nossa Carta Magna vigente, o que o Estatuto dos Militares dispõe, acerca do militar só poder recorrer à justiça após percorrida a via administrativa, vai de encontro ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, o entendimento por parte da jurisprudência é de que tal disposição não foi recepcionada pelo novo ordenamento. Apesar de não ter havido ainda declaração de inconstitucionalidade, o acesso à jurisdição é garantido de forma ampla.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) vem ajuizando ações de controle concentrado, fazendo objeções a normas legais direta ou indiretamente relacionadas aos militares. No ano de 2009, propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 181), tendo por objeto o artigo 51, parágrafo 3º do referido estatuto, sustentando que: “a exigência de esgotamento de instância administrativa é incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior”. Aduz ainda que a exigência de comunicação ao superior hierárquico, antes do ajuizamento da demanda, cria um condicionamento desarrazoado ao exercício do direito de ação, inibindo o militar de recorrer à Justiça. A ação continua em tramitação, sem julgamento até o presente momento.

Já no ano de 2013, ajuizou a ADPF 290 contra o parágrafo 2º do artigo 144 do Estatuto dos Militares, *in verbis*:

Art. 144. O militar da ativa pode contrair matrimônio, desde que observada a legislação civil específica.

[...]

§ 2º É vedado o casamento às praças especiais, com qualquer idade, enquanto estiverem sujeitas aos regulamentos dos órgãos de formação de oficiais, de graduados e de praças, cujos requisitos para admissão exijam a condição de solteiro, salvo em casos excepcionais, a critério do Ministro da respectiva Força Armada.

A PGR alega que tal vedação confronta o que a CRFB/88 dispõe sobre o princípio da igualdade, sobre a garantia de proteção do Estado à família e sobre a não sujeição do planejamento familiar à coerção por parte de instituições oficiais ou privadas. Por hora, também não há julgamento da ação. Em notícias do Supremo Tribunal Federal³⁶:

O estado civil não pode servir de fator de discriminação para o exercício de nenhuma atividade pública. Não há incompatibilidade entre a manutenção do núcleo familiar e a dedicação à profissão ou ao treinamento. A liberdade de escolha nas relações afetivas não pode ser arbitrariamente tolhida pelo Estado”, salienta a PGR. Ainda segundo a Procuradoria, embora haja na carreira militar relação especial de sujeição, com base nos princípios da hierarquia e disciplina que regem a vida castrense, não há qualquer justificativa para restrição à liberdade de planejamento do núcleo familiar.

Ainda no ano de 2013, a PGR fez objeção ao artigo 235 do Código Penal Militar (CPM) na ADPF 291, alegando que o dispositivo

³⁶ STF. PGR *questiona regra que limita casamento de militares*. Brasília, 16 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248363>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

violaria os princípios da isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana, pluralidade e direito à privacidade. Conforme o artigo, intitulado de “pederastia ou outro ato de libidinagem”, é crime, com pena de detenção de seis meses a um ano, “praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”. Todavia, tal ação havia sido impetrada pela antecessora do atual Procurador-Geral da República (PGR) e este, que possui entendimento em sentido contrário, enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal argumentando pela rejeição da referida ADPF. Sustenta, o PGR, no parecer que “ainda que o art. 235 do CPM tenha redação infeliz, com despicienda remissão à prática homossexual, seu conteúdo normativo em nada é por ela determinado. O que a norma proscreve são quaisquer atos libidinosos em instalações militares ou sob administração militar”. Igualmente às demais ações, seu julgamento pelo plenário do STF também está pendente.

5 CONCLUSÃO

Foi abordado o regime jurídico constitucional diferenciado, no qual os militares, especificamente, das Forças Armadas, estão inseridos; o que a CRFB/88 dispôs como função militar dessas instituições; e os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, que são pilares da estrutura da organização militar.

Haja vista a nobre missão constitucional que lhes foi conferida, fundamentalmente, de defesa da pátria, os militares são regulados por disposições mais severas, imbuídas pelos princípios da hierarquia e disciplina, necessários para a manutenção da existência das Forças Armadas e para êxito das suas atividades particulares. Foi visto que, a Constituição de 1988, consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito, tutelou fortemente os direitos fundamentais individuais e

coletivos, tendo como princípio e fundamento norteador a dignidade da pessoa humana. Aos militares não foram totalmente assegurados tais direitos, contraídos pelos princípios institucionais militares, hierarquia e disciplina, que determinam ao militar a dedicação e o sacrifício pessoal para que as atividades na caserna e a execução dos fins institucionais das Forças Armadas – o bem comum da nação – sejam bem cumpridas.

Todavia, necessário é o equilíbrio entre os princípios constitucionais. Certas disposições restritivas são adequadas, em razão do regime jurídico especial dos membros das Forças Armadas, todavia observou-se que vem sendo discutido se alguns dispositivos estão em consonância com os ditames da CRFB/88, pois o Direito Militar deve acompanhar a tendência de ampliação e proteção dos direitos fundamentais da Constituição Federal.

Por derradeiro, vale lembrar que este estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto. Visto que pouco se conhece e estuda acerca das singularidades e justificativas do Direito Militar, objetiva apenas trazer à tona as peculiaridades da vida na caserna e porque elas são necessárias para a existência das instituições militares, bem como à fiel execução da função militar a que se destinam, o tratamento constitucional diferenciado destinado aos militares, especificamente, os membros das Forças Armadas, e apresentar uma tendência de leitura e estudo do Direito Militar à luz dos preceitos do Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27 ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – Coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012, p. 283.

BRASÍLIA. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – Coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012. P. 277.

CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7301>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

CHIAVENATO, I. *Introdução à Teoria Geral da Administração*. 3. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DA SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GOMES, J. S. R. *O poder de polícia das Forças Armadas: atuação na faixa de fronteira contra delitos transfronteiriços e ambientais*. (Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2011.

KINOSHITA, A. *Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação ante os princípios da hierarquia e disciplina*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2010.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, A. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
OLIVEIRA, F. M. *Sanção Disciplinar militar e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 12.

ROSA, P. T. R. Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 813, 24 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7326>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

ROSA, P. T. R. *Aplicação dos princípios constitucionais no direito militar*. Belo Horizonte, 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3550189>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

SILVA, J. A. Jurisdição Militar no Brasil. Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Brasília: *Coletânea de estudos jurídicos*, 2008. p. 85.

STF. *PGR questiona regra que limita casamento de militares*. Brasília, 16 set. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248363>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

VIDIGAL *apud* ELIA, Rui da Fonseca. *As Forças Armadas e a integridade do Estado democrático*. 12 dez. 2008. Disponível em: <http://mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/Documentos/AsFeategridadedoEstadodemocratico.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

