

A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO MILITAR À LUZ DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS¹

JEFFERSON AUGUSTO DE PAULA²

CARLOS EDUARDO O-REILLY CABRAL POSADA³

RANKA DIRIÁNGEM SANDINO DA GAMA⁴

ROBSON LUIZ SELLETI⁵

EDUARDO HENRIQUE TITÃO MOTTA⁶

MARINSON LUIZ ALBUQUERQUE⁷

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar o direito militar - nos seus subsistemas: *administrativo, penal e processual*, através da Constituição Federal de 1988.

Após, um período autoritário que se viu no Brasil, a Constituição de 1988, conhecida como “cidadã”, trouxe novas luzes, concretizando *direitos fundamentais*, e elevando o país a um *status* de Estado Democrático de Direito.

¹ O presente trabalho é resultado do Grupo de Estudos em Direito Militar realizado na Academia Brasileira de Direito Constitucional no anos de 2010/2011.

² Mestre em Direito Constitucional pela UNIVALI. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela ABDConst. Pós-Graduado em Direito Criminal pela UNICURITIBA. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Militar da ABDConst. Advogado.

³ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Pós-Graduado em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

⁴ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Pós-Graduado pela Escola da Magistratura Federal. Advogado.

⁵ Bacharel em Segurança Pública, pela Academia Policial Militar do Guatupê. Bacharel em Direito pela Universidade Campos de Andrade. Pós-Graduado em Direito Militar pela Universidade Anhanguera-UNIDERP-LFG. Capitão QOPM/PR.

⁶ Bacharel em Segurança Pública, pela Academia Policial Militar do Guatupê. 2º Tenente QOPM/PR.

⁷ Estudante de Direito na Faculdades de Araucária. Soldado QPM 1-0 da PMPR.

Lenio Luiz Streck, analisa este contexto constitucional dizendo:

“A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado a realização dos direitos fundamentais. É desse limite indissolúvel que surge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito”⁸

Passados mais de duas décadas da promulgação da nossa Lei Maior, vivenciamos um crescimento exponencial do conhecimento da população sobre os seus direitos e um conseqüente aumento da efetividade da Carta Magna.

No âmbito do direito militar, esta caminhada ainda não está correndo a passos largos, porém as mudanças são visíveis e extremamente necessárias, haja vista que tal campo jurídico não pode ser uma “ilha” no ordenamento jurídico nacional, mas sim, estar em harmonia com os preceitos constitucionais e seu conteúdo principiológico.

Embora a *hierarquia* e *disciplina* sejam pressupostos basilares na administração militar, suas leis, normas e regulamentos devem passar por um processo de filtragem constitucional, para verificação da sua sobrevivência no mundo jurídico, vislumbrando a sua real aplicabilidade.

Durante o trabalho, analisaremos a necessidade de uma releitura do direito militar à partir da Constituição, citando as mais diversas formas de interpretação normativa, elencando uma série de princípios que entendemos serem perfeitamente aplicáveis à todas as esferas do direito militar, bem como a sua efetivação em benefício do militar.

1. A NECESSIDADE DE UMA RELEITURA DO DIREITO MILITAR

O tema proposto, não tem como fim, esgotar a discussão em torno da matéria, mas sim, alavancar o interesse no meio acadêmico e dos operadores do direito, na construção de uma dogmática jurídica voltada a uma interpretação *conforme* a Constituição Federal, especificamente, nas searas do direito *administrativo* militar, e, também, do direito *penal* e *processual* militar.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p 37.

O militar, seja ele estadual ou federal, possui obrigações específicas, e, esta carga obrigacional é tratada por **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**⁹, em um estudo, inserido na obra “Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana”, onde assim consta:

“A disciplina e hierarquia são princípios organizativos estruturados em valores bem sedimentados de honra, coragem, honestidade, coesão, companheirismo e cumplicidade entre aqueles que, em cumprimento da missão, aceitam voluntariamente sacrificar a própria vida em defesa da comunidade formalizada em torno do conceito de Pátria”.

Sua manifestação, embora realizada com o fim de fundamentar seu raciocínio na defesa da manutenção dos Tribunais Militares num Estado Democrático de Direito, possui também importância em nosso trabalho, pois, é desta classe de agentes públicos que, infere toda a essência de nossa construção dogmática jurídica.

Por este vértice, é certo que, essa classe - *militar*, vem sofrendo, às duras penas, o reflexo de uma ordenação jurídica penal – formal e material, chancelada nos idos de 1969, quando imperava um regime ditatorial com poderes absolutos, advindo do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, cessando seus efeitos, somente em 13 de outubro de 1978 quando a Emenda Constitucional nº 11 foi promulgada, revogando todos estes atos institucionais arbitrários, contrários ao interesse da Constituição Federal de 1967.

Note-se que, os integrantes das forças militares (federal e estadual), acabaram sendo submetidos a uma legislação especial, decretada no início desse poder absoluto, pois, a codificação material e processual vigente até os dias de hoje, continuam sendo, os Decretos - Leis nº 1.001/69 e 1.002/69, ambos, pontificados em 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, respectivamente.

Para consubstanciar a necessidade de uma releitura do direito militar, temos que, mesmo em pleno século XXI, ainda vivenciamos, magistrados e operadores do direito, defenderem às cegas, a aplicação irrestrita, da regra do art. 2º do Código de Processo Penal Militar – concernente à interpretação literal de suas expressões.

9 PINTO, Eduardo Augusto Alves Vera Cruz. “Os Tribunais Militares e o Estado de Direito Democrático”. In: **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 57.

Nesse contexto, buscando diferenciar e justificar a importância da classe dos militares no âmbito do Estado Democrático de Direito, **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**¹⁰ no trabalho acima citado, pondera:

“Por isso, os povos que, decidindo querer ter Forças Armadas, desejam viver em sistemas democráticos no âmbito de Estados de Direito exigem disciplina aos elementos das forças armadas no quadro de obediência à sua hierarquia e em respeito das normas legais e regulamentares que pautam a sua actividade de serviço. A Comunidade, através das leis, confere à hierarquia militar a garantia de que a disciplina é mantida pela aplicação de normas aprovadas por ela, através dos seus representantes”.

No que concerne às legislações castrenses, o mais adequado seria uma completa reformulação das normas vigentes em nosso ordenamento, entretanto, por ser uma idéia futurista e ainda, por acreditar que, nunca chegaríamos ao fim proposto, é que se faz necessário uma busca incessante de uma dogmática jurídica emancipadora, visando a proteção destes indivíduos que, por voluntariedade:

“(…) é pedido um serviço público de interesse geral que pode ir até o sacrifício da vida e ele é treinado para o uso legítimo da violência através da aplicação de um conjunto concatenado de armas letais. Essas particularidades, únicas e caracterizadoras do exercício da função militar impõem um estatuto jurídico próprio da função militar, não diretamente da condição militar, e a aceitação de adaptações a princípios e institutos jurídicos quando aplicado aos militares”.¹¹

Mesmo reconhecendo que tais características peculiares, impõem um estatuto jurídico próprio, isto não conduz a inobservância de interpretações advindas e coadunadas com a Constituição Federal como no caso a *interpretação conforme*.

Com esse objetivo, eis a manifestação de **Paulo Ricardo Schier**¹²:

“(…) o fenômeno tomado como objeto de estudos refere-se a que, diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e jurisdição constitucional.

10 Idem, p. 60.

11 Ibidem, p. 58.

12 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica. Porto Alegre: Safe, 1999, p. 24/25.

Tal processo de filtragem constitucional decorrente da força normativa da Constituição, inaugura certamente, no âmbito infraconstitucional, um momento de releitura do Direito, mormente em sua dimensão tecnológica (visando a orientação e decidibilidade dos problemas concretos). Isto porque, a partir da perspectiva da filtragem constitucional, surge a necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos no pacto fundador diante do direito infraconstitucional (fenômeno conhecido como constitucionalização do direito infraconstitucional)”.

O referido autor, ao se posicionar em relação ao enfrentamento da normatividade e seu sistema – Constituição de 1988¹³, expõe:

“(…) Será preciso compreender cada uma das Constituições à luz de sua história, de sua geografia, de seu lócus social e político. Isto, certamente, não significará decretar-se o fim de uma “Teoria da Constituição”, mas, sim, que os seus dados devem ser lidos à luz da história e das especificidades de cada povo. E daqui advém, sempre, a exigência de uma qualificação do discurso constitucional (referido a um tempo e espaço). Fala-se, por tais razões, a partir de agora, não de qualquer Constituição, nem de qualquer tempo ou lugar. O discurso em andamento no Brasil, posteriormente ao seu processo de redemocratização, culminando pela elaboração da Constituição Federal de 1988, reconhecidamente vinculante, compromissória, democrática e dirigente.”

Extrai-se, portanto, a impossibilidade de se falar em *interpretação conforme* a Constituição, se desprezarmos o momento histórico e todo o seu processo de promulgação.

Sob esta ótica, se conclui que é impossível se abster de garantir tais proteções à classe dos militares, se nossa Carta da República, tivera sua essência na libertação do poder absoluto do Estado em relação aos cidadãos, maximizando a dignidade da pessoa humana, como fundamento, já em seu art. 1º, III.

Neste trilhar, **Luigi Ferrajoli**¹⁴, registra:

“(…) la “validez” de las normas (...) em el Estado constitucional de derecho (...) incluye también normas substanciales, como el principio de igualdad y

13 Idem, p. 91/92.

14 FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias**: La ley del más débil. Trota, 1999, p. 20/21.

los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma – por exemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad – por más que tenga existência formal o vigência, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste com una norma substancial sobre su producción.”

Prossegue o autor¹⁵:

“(...) Por outro lado, si se asume que son fundamentales todos los derechos universales, es decir, reconocidos a todos en cuanto personas o ciudadanos, entre ellos están comprendidos también los derechos sociales, cuya universalidad no está excluída (...).”

Diante dessa constatação, temos que, antes de ser por opção um *militar*, jamais perdera sua qualidade de *ser humano*. Sua farda não encobre seu *eucidadão*, ao contrário, por suas características próprias, a sociedade, por intermédio de seus operadores do direito, deve ter como fim em contrapartida de sua abnegação, uma releitura do direito militar sob a ótica *garantista* da Constituição de 1988.

2. INTERPRETAÇÃO CONFORME E OUTRAS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico brasileiro tem suas bases calcadas principalmente na Escola Positivista, de codificação e hierarquização de normas.

Por muito tempo a hermenêutica jurídica brasileira pautou-se pelos métodos tradicionais (literal, sistemático, histórico, etc.), porém, o modelo formalista e positivo veio perdendo seu valor e abrindo espaço para o pós-positivismo através de doutrinadores contemporâneos como Dworkin e Alexy, dando mais importância à aplicação de princípios. Sobre isto, **Ana Paula de Barcelos e Luís Roberto Barroso** dizem: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do

15 Idem, p. 47.

positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação¹⁶.

Interpretação, antes de tudo, é uma ação de reflexão, na qual o aplicador do direito visa dar sentido ao conteúdo da norma, aplicando-a em um fato concreto. A atividade hermenêutica é a que dá condições para a concretização e eficácia de uma norma.

Apesar de diversas técnicas clássicas de interpretação constitucional, tais como a interpretação gramatical, sistemática e histórica, o aplicador do direito procurou modernos mecanismos diferentes de controle de constitucionalidade para subsidiar seu trabalho e garantir sua conformidade com a Constituição. Daí nasce à necessidade de aplicar um método mais satisfatório à interpretação da norma.

Um dos institutos adotados pelo direito pátrio, advindo do direito alemão, é o da *interpretação conforme*. **André Gustavo C. de Andrade**, em estudo sobre o tema, afirmou: “Sob perspectivas diferentes, a interpretação em conformidade com a constituição pode ser vista como princípio hermenêutico, como princípio de controle da constitucionalidade, como princípio de conservação de normas e como técnica de decisão”.¹⁷ Tal mecanismo leva em conta as normas constitucionais de conteúdo aberto, que contém diversas possibilidades de interpretação.

2.1 Técnicas tradicionais de interpretação

Primeiramente, não há que se confundir métodos de interpretação com técnicas tradicionais. Aqueles, a exemplo do método hermenêutico-concretizador são métodos de compreensão enquanto essas são submissivas da realidade à norma, elementos de um caso concreto. Na interpretação tradicional não é facultado ao operador fazer qualquer análise que reduza, especifique ou aumente o sentido da norma em consonância com a Constituição.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. *In: A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Constitucionais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336.

¹⁷ ANDRADE, André Gustavo C de. **Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição**. Disponível em tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/dimensoes_da_interpretacao_conforme_a_constituicao.pdf. Acesso em 29 set 2010.

Todavia, tais técnicas não podem ser aplicadas individualmente. De maneira sintética pode-se enumerar as seguintes técnicas de interpretação:

2.1.1 Interpretação Literal

Nesta modalidade, também conhecida por gramatical ou textual, trata da análise filológica. São analisadas questões léxicas, relativas à conexão entre as palavras e obedecidas as exigências gramaticais da língua.

2.1.2 Interpretação Sistemática

Nesta forma de interpretação busca-se a ordem hierárquica da norma no ordenamento jurídico e, segundo **Tércio Sampaio Ferraz Jr.**, foca-se na vontade e espírito do legislador e vontade da norma¹⁸. Este modelo de interpretação, amplamente aceito, é incisivamente criticado por autores contemporâneos e desprezado quando se trata de modernas técnicas de interpretação por ser considerado subjetivo demais e por tentar avaliar a idéia de um suposto legislador e o espírito da época.

Lenio Streck após apresentar algumas características atribuídas por outros autores ao “legislador”, como singular, onisciente, consciente, permanente, coerente, onicompreensivo e econômico, incisivamente se pergunta: “Pode alguém, ainda, acreditar em tais ‘propriedades’ ou ‘características’ do ‘legislador’?”¹⁹

2.1.3 Interpretação Histórica

Esta interpretação também é chamada de atualística, visa analisar a disposição da norma no contexto histórico e aplicá-la com eficácia no contexto social presente. Este é um modo mais atual de interpretação que tenta contextualizar a norma, porém há a possibilidade de ferimento das normas constitucionais.

2.2 A interpretação conforme a constituição

Lenio Streck, afirma: “As palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há

¹⁸ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 267.

¹⁹ Streck, *op. cit.*, p. 88.

possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico.”²⁰ Desse modo, podemos concluir que o sentido de qualquer texto depende do contexto jurídico-social do tempo em que foi escrito e a época considerada para sua análise.

A atividade interpretativa e a hermenêutica constitucional, apresentam, portanto, uma abordagem diversa - semiótica - a fim de contrariar os métodos interpretativos analíticos não contextuais. Mister se faz então analisar diferentes formas de interpretação, fugindo do tradicional e ultrapassado método, por vezes não aplicável à luz da Carta Magna.

A interpretação conforme a Constituição encontra sua raiz no princípio da supremacia da Constituição, que visa equilibrar o poder normativo face a disposição constitucional.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, já se destacava o voto do Ministro Moreira Alves: “A interpretação da norma sujeita a controle deve partir de uma hipótese de trabalho, a chamada presunção de constitucionalidade, da qual se extrai que, entre dois entendimentos possíveis do preceito impugnado, deve prevalecer o que seja conforme à Constituição.” (STF - Representação de Inconstitucionalidade N° 1417-7- DF, rel. Moreira A lves, 1987).

Há ainda aqueles que entendem a atividade interpretativa como sendo o Poder Judiciário legislando positivamente e colocando normas em vigor, pelo contrário, trata-se de fator de autolimitação e controle da constitucionalidade, na medida em que o judiciário afasta a interpretação inconstitucional da norma.

Luiz Vergílio Dalla-Rosa enfatiza: “Sob análise discursiva, pode-se observar o caráter limitador da ação sob o discurso constitucional, atuando sob a credibilidade em nível de possibilidade, fixando os limites mínimo e máximo de trânsito discursivo.”²¹

A norma só deve ser considerada nula em ultimo caso, portanto, procura-se evitar a declaração de sua nulidade por causar um vazio normativo até edição de

²⁰ Idem, p.239.

²¹ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O Direito como Garantia**: Pressupostos de uma Teoria Constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.149.

nova norma que discipline o assunto, buscando o princípio da economia e aproveitando ao máximo a norma jurídica.

Importante se faz, ainda, expor a questão levantada pelo art. 23, I, da CF, que em sua primeira parte que afirma ser competência comum da União, dos Estados e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição, colocando num mesmo patamar todos os Poderes Executivos como responsáveis. Determina assim um poder-dever de suas instituições e de seus servidores, em analisar e aplicar a lei de acordo com o que preceitua nossa Magna Carta.

2.3 A interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto.

A lei nº 9.868/99 que trata da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade carrega em seu texto a possibilidade da utilização da interpretação conforme a Constituição e da declaração de nulidade sem redução de texto e regula seus efeitos no parágrafo único do artigo 28:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Importante salientar que ambas são técnicas de decisões constitucionais. A interpretação conforme a Constituição determina os possíveis sentidos de interpretação adequados aos ditames constitucionais.

Na declaração de nulidade sem redução de texto, busca-se as hipóteses de incidência da norma como forma de torná-la válida, em face sua inconstitucionalidade da forma como foi posta pelo legislador.

Gilmar Ferreira Mendes, as diferencia do seguinte modo:

“Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto, na interpretação conforme a Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem

redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.”²²

Corroborando com o entendimento acima, temos **Virgílio Afonso da Silva** que diz:

“A diferença primordial entre interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial sem modificação do texto consiste no fato de que, a primeira, ao pretender dar um significado ao texto legal que seja compatível com a constituição, localiza-se no âmbito da interpretação da lei, enquanto a nulidade parcial sem modificação de texto localiza-se no âmbito da aplicação, pois pretende excluir alguns casos específicos da aplicação da lei.”²³

Pode-se consubstanciar tal diferenciação como a interpretação conforme atividade interpretativa e a declaração parcial de nulidade a retirada da aplicação inconstitucional da norma, e, em ambos os casos dando, de forma protetiva, estabilidade jurídica ao sistema.

3. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS APLICADAS AO DIREITO MILITAR NAS SUAS SUB-ÁREAS: PENAL, PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO

A Constituição Federal, promulgada em 1988 veio a reformular o ordenamento jurídico nacional e a democratização do Estado, bem como, a proteção e garantia da aplicação dos direitos fundamentais. A luz dessa concepção, **Flávia Piovesan**, afirma: “Infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vem a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro”²⁴.

Neste contexto, a Carta de 1988, buscou (*e ainda busca*) valorar princípios,

²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 324.

²³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Conforme a Constituição**: Entre a trivialidade e a Centralização Judicial. Revista DireitoGV, 2006, p. 206.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**: A Constituição brasileira de 1988 e o processo de redemocratização no Brasil – a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais. 5ª edição São Paulo: Max Limonad, 2002, p 56/57.

enraizando a construção de um Estado Democrático de Direito, combinando com o respeito e a aplicabilidade dos direitos humanos e fundamentais. Dessa forma, as normas militares devem respeito à Constituição Federal, devendo ser regidas e aplicadas dentro de seus ditames.

Luiz Roberto Barroso, a respeito da *aplicabilidade* dos direitos fundamentais, assevera:

“O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a ética – ao qual, no Brasil se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do poder público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos sobre a realidade.”²⁵

Diante dessa realidade, o direito militar, seja ele processual, administrativo ou penal, não pode ser uma “ilha” dentro do ordenamento jurídico nacional, devendo ser coerente com aquilo que a Carta Constitucional determina de acordo com a amplitude de seus princípios.

Neste compasso, trataremos num primeiro momento sobre as considerações da hierarquia e da disciplina para após tratarmos alguns princípios constitucionais, sobre o âmbito castrense.

3.1 Considerações a respeito da Hierarquia e da Disciplina²⁶

De acordo com o disposto nos arts. 42 e 142 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 18/98, a *hierarquia* e a *disciplina* são preceitos basilares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, que são responsáveis pela manutenção da ordem e da segurança pública.

Neste contexto, **Cleber Pires** destaca:

“Apesar da hierarquia e da disciplina não serem exclusivos das instituições militares, é neste ambiente que são potencializados e alcançam relevância,

²⁵ BARROSO, *op. cit.*, p 337

²⁶ Para esse trabalho reconhecemos que a hierarquia e a disciplina são princípios basilares dentro do contexto do regime militar.

pois é o único caso que possui previsão constitucional, que enfaticamente declara que são instituições organizadas com base na hierarquia e na disciplina. Esta situação privilegiada faz com que a disciplina e a hierarquia estejam sempre em destaque em todas as circunstâncias na vida militar. Apesar disso na condição de princípios, devem ser sopesados em cada circunstância concreta, quando demonstrarem incompatibilidade com outros princípios constitucionais”.²⁷

Mesmo para as instituições militares, a hierarquia e a disciplina constituem um fim em si mesmo, sendo meios organizacionais peculiares que podem conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pelas instituições militares para o atendimento de suas missões constitucionais.

A Carta Constitucional atribuiu à lei a competência para normatizar a organização militar. Todavia, a questão de punições militares não pode ser disciplinada tão somente com vistas a manter-se sempre a hierarquia e a disciplina, mesmo porque, acima desses *valores*²⁸ existem normas que em verdade são princípios constitucionais que em qualquer situação devem ser respeitados e atendidos, entre elas a “presunção de inocência”, o “direito ao contraditório e à ampla defesa”, entre outros.

A hierarquia e a disciplina são pressupostos inafastáveis dentro de uma instituição militar, porém sua aplicação, deve respeitar as garantias processuais e os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Mas o fato é que muitos operadores do Direito Militar racionalizam de maneira equivocada por se basearem na premissa de que este se presta à proteção dos princípios da hierarquia e disciplina. Não podem os juizes militares, transformar os princípios organizacionais das instituições militares (meios) em sua missão institucional (fins). Ao Poder Judiciário e àqueles que têm a competência de punir no âmbito administrativo militar, tem o dever de garantir os direitos fundamentais do militar.

²⁷ PIRES, Cleber. **A Colisão entre os Direitos Fundamentais e os Princípios da Hierarquia e Disciplina no Âmbito do Direito Militar**. Definições e relevância na hierarquia e disciplina. Dissertação submetida a Universidade Vale do Itajaí para obtenção do grau de mestre em ciência jurídica. Itajaí. 2006, p 206.

²⁸ Idem.

3.1 Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

O direito administrativo militar é extremamente peculiar, sendo constituído de regulamentos rigorosos, trazendo até a possibilidade do cerceamento²⁹ da liberdade do militar, fato que traz a conseqüente necessidade da existência de normas claras e precisas, que possam permitir ao militar apontado como autor do fato o pleno exercício da ampla defesa e o conhecimento prévio das faltas que se encontra sujeito, afastando assim, a possibilidade do arbítrio.

Segundo o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são asseguradas o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sobre esse aspecto, **José Afonso da Silva** afirma que “a prestação jurisdicional quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório e a plenitude do direito de defesa”.³⁰

Se defender no sentido mais amplo e exercer o direito de contraditar, não é somente ter a oportunidade de na mais simples forma escrita, contradizer acusações ou imputações, mas sim exercer (e ter a efetiva possibilidade de exercer) *todos* os meios legais para realizar uma defesa ampla. Nesses termos o militar acusado deve ter a integralidade dos direitos previstos constitucionalmente, sendo de início o direito de ser informado e conhecer todos os atos do processo.

Além da ciência, relativo aos atos do processo, o acusado deve ser informado sobre seus direitos, podendo produzir provas que possam propiciar sua inocência, arrolar testemunhas, além de poder acompanhar suas oitivas e inquiri-lás.

3.2. O Princípio da Presunção de Inocência

A Constituição Federal no art. 5º, inciso LVII, diz que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O Pacto de São José da Costa Rica, no art. 8º, item 2, proclamou “que toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma a sua inocência enquanto não se

²⁹ Cerceamento no contexto desse artigo, significa a restrição de liberdade.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p 432.

comprove legalmente sua culpa”, elencando também as garantias mínimas para promover a igualdade durante o processo; e com fulcro no art. 5º, § 2º da nossa Lei Maior, que viabilizou esse tratado, é aplicado à todos os brasileiros, sejam eles civis ou militares e no seu conteúdo se encontra o princípio da *presunção da inocência* ou da *não-culpabilidade*.

Luigi Ferrajoli salienta: “a presunção de inocência é antes de tudo um princípio político porque exprime uma opção garantista a favor da tutela da liberdade dos inocentes, inclusive mediante o custo da possível impunidade de algum culpável”³¹.

Em ambos os processos, seja ele criminal ou administrativo, o militar, poderá perder sua liberdade, culminando à perda do posto ou da graduação.

Dentro da expectativa de uma prisão disciplinar ou exclusão das fileiras militares, vem a extrema necessidade da aplicação do princípio da presunção da inocência, por mais que se afirme que a administração pública possui poderes especiais e que na dúvida o princípio a ser aplicado é o *in dubio pro administração*.

Com base no princípio do devido processo legal, juízos de valor ou de especulação, não podem ser aceitos como fundamento de uma decisão. A sanção, caso fique configurada a falta disciplinar, deve ser aplicada de forma justa. As provas devem ser concretas, seguras, caso contrário, não se alcançará a justiça, pois a inequidade é incompatível com esta.

O direito administrativo militar, por ser peculiar, possui seus próprios fundamentos e princípios. Tendo estreitas relações com o direito processual penal militar, haja vista que algumas faltas administrativas também podem redundar num processo crime militar. O militar que cometer uma transgressão disciplinar poderá ter o seu *jus libertatis* cerceado por até 30 dias, devendo permanecer no quartel até o cumprimento da punição, conforme consta no Anexo III do Regulamento Disciplinar do Exército – RDE, previsto no Decreto nº 4.346 de 2002.

O processo administrativo disciplinar é instaurado pelo comandante a partir de fatos que lhe são noticiados e que o mesmo por previsão legal determina a um militar que investigue os fatos, os quais devem ser feitos com serenidade e

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 549.

imparcialidade, o que frise-se nem sempre ocorre.

A sábia observação de **Geraldo Prado**, extremamente válida ao direito militar, assevera que “No entanto, o que se constata inevitavelmente é que o modelo de processo penal brasileiro atual balança entre exigências normativas garantistas e práticas autoritárias”³², ou seja, apesar das inúmeras alterações legais e do advento de uma Constituição “garantista”, ainda há a não observação da presunção de inocência do acusado e que a sua mudança de condição somente vem com a condenação final transitada em julgado.

Há de deixar claro que a Constituição Federal garante ao acusado a sua permanência no “rol” dos inocentes até que sua sentença seja transitada em julgado, esgotada as suas possibilidades recursais. Embora o art. 5º, inciso LVII, mencione literalmente em seu final “sentença penal condenatória”, tal princípio não pode de forma alguma ser limitado apenas na esfera penal, pois está intimamente ligado ao preceito de justiça envolto em nossa “Lei Maior”.

No âmbito administrativo, devido ao seu caráter sancionador, é mais que latente a necessidade da aplicação do princípio da presunção de inocência, bem como conforme **Manuel Rebollo Puig** salienta, há de se destacar a proximidade entre a sanção administrativa e a penal:

"Ya que prácticamente se acepta que no hay límites de extensión a la potestad sancionadora de la Administración, como una especie de compensación, se la ha sometido a estrictos límites relativos a su forma y condiciones de ejercicio y a su pleno control judicial. Esto se ha hecho construyendo un Decreto Administrativo sancionador que guarda un cierto paralelismo y toma su inspiración del Derecho Penal e, en cuanto a las garantías formales, del Derecho Procesal Penal."³³

Na seara do direito militar, que assim como o direito penal pode vir a ensejar em restrição de liberdade até mesmo na esfera administrativa, não se vislumbra mais possível haver penalização antes de esgotados todos os recursos cabíveis, aplicando-se por analogia as mesmas garantias incidentes no campo do processo

³² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 4ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 03.

³³ PUIG, Manuel Rebollo. “El Derecho Administrativo sancionador”. *in*: **Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo**. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. São Paulo: Renovar, 2002, p 264.

penal, dada à similitude de circunstâncias, já que em ambos os casos há aplicação de uma penalidade.

A possibilidade de que o militar apontado como autor do fato na esfera administrativa, cumpra a pena restritiva de liberdade - seja ela uma detenção ou prisão - mesmo com recurso interposto ainda em análise, viola ao nosso ver o princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade conforme acabamos de demonstrar.

3.3 Princípio do Devido Processo Legal

Pode-se afirmar que o princípio do devido processo legal é a norma que orienta toda a atividade processual. Dessa maneira, **Denilson Feitoza** explica que esta garantia “se irradia por todos os demais princípios processuais, pois o cumprimento dele depende da efetiva realização de todos os outros”³⁴.

Para **Barroso**, o referido princípio é tratado como cláusula geral, ou seja, compreendido como “categorias normativas pelas quais se transfere para o intérprete, com especial intensidade, parte do papel de criação do Direito”³⁵. Assim, deve se amoldar ao contexto histórico-social.

No tocante a sua origem, teve seu marco inicial na Magna Carta de João Sem Terra de 1215, documento que tinha por objetivo limitar os poderes da monarquia inglesa da época. Dessa forma, esse princípio é oriundo da expressão, em inglês, *due process of law*.

Atualmente, no Brasil, o princípio do devido processo legal encontra-se elencada no rol dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Fredie Diddier Jr., explica que este princípio possui duas dimensões: uma *formal* e outra *substantiva*.

Assim, o devido processo legal em sentido *formal* é “o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas

³⁴ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed. Niterói: Editora Impetus, 2008, p. 134.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 198.

estas cujo processo de produção também deve respeitar aquele princípio”³⁶. Logo, é o conjunto das garantias processuais básicas asseguradas aos indivíduos tais como a defesa técnica, o de ser ouvido pessoalmente perante o juiz com o desiderato de mostrar sua versão acerca dos fatos, a um pronunciamento judicial devidamente motivado, ao duplo grau de jurisdição entre outros.

Já o devido processo legal em sentido *substantivo* “diz respeito à necessidade de observar o princípio da proporcionalidade com resguardo da vida, da liberdade e propriedade”³⁷, isto é, configura-se o fundamento para o uso do princípio, diga-se implícito, da *proporcionalidade*. Portanto, “trata-se de princípio que torna possível a justiça do caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas”³⁸ e valorando todos os direitos materiais do cidadão.

Destarte, ante ao contexto do Estado Democrático de Direito, sobretudo no que tange ao princípio do devido processo legal, em ambos os sentidos, qualquer dispositivo que resulte na violação das garantias individuais que afaste o ideal do *processo devido*, não poderá ser empregado.

Em que pese o regime jurídico militar seja reconhecido como um regime peculiar é importante ressaltar que ao direito castrense impõe-se a obediência no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais. Nesse ponto em específico, o processo militar (penal ou administrativo) deve seguir o comando do princípio do devido processo legal, assegurando ao militar/indivíduo um conjunto de garantias processuais básicas.

3.4 Princípio da Vedação da Prova Ilícita

No campo da atividade probatória, consubstanciado no código de processo penal militar, o direito castrense adotou o sistema do livre convencimento. Dessa forma, nos termos do art. 297 do referido código “o juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada

³⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed., v. 1, Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 39.

³⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 656.

³⁸ DIDIER JR, *op. cit.* p. 37

prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância”.

Vale dizer que o livre convencimento, dentro da perspectiva do devido processo legal *substantivo*, exige uma respectiva fundamentação. Nesse contexto, ficam afastados tanto o sistema da íntima convicção do juiz – que prescinde de qualquer motivação – quanto o sistema da prova tarifada ou prova legal.

Obviamente, o sistema adotado não pode ser considerado de maneira absoluta, sendo limitado constitucionalmente. De acordo com o art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Portanto, o julgador, ante a sua livre apreciação do plexo probatório colhido, deverá fundamentar a sua decisão com base nas provas lícitas, devendo desconsiderar a(s) prova(s) ilícita(s).

Egon Bockmann Moreira afirma: “não cogitamos de sustentar a possibilidade de a Administração estar apta à produção de provas ilícitas”³⁹. Vale dizer, a norma de inadmissibilidade das provas ilícitas, segundo **Eugenio Pacelli de Oliveira**, cumpre:

‘Uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica’⁴⁰.

Para **Didier Jr.**, a “norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”⁴¹.

³⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 326.

⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 295.

⁴¹ DIDIER JR, *op. cit.*, p. 37

No entanto, partindo-se da premissa de que para alguns “nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de caráter absoluto”⁴², destacam-se três correntes acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas:

A primeira – *inadmissibilidade absoluta* – seria justamente uma interpretação literal do dispositivo constitucional. Convém dizer que essa corrente é criticada na medida em que:

“para nós, desde Einstein não há mais espaço para tais teorias que têm a pretensão de serem ‘absolutas’, ainda mais quanto é evidente que todo saber é datado e tem prazo de validade e principalmente, que a Constituição, como qualquer lei, já nasce velha, diante da incrível velocidade do ritmo social. Logo, a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade”.⁴³

Uma outra teoria – *admissibilidade da prova ilícita consubstanciada no princípio da proporcionalidade* – explica que a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada⁴⁴. Assim, a mitigação dessa garantia constitucional deve ser manuseada de maneira excepcional, isto é, “desde que aplicado único e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se inadmitida a prova ilícita”⁴⁵.

No entanto, observa **Aury Lopes Jr.**, que esta corrente é temerosa uma vez que o “conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor”⁴⁶.

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 228.

⁴³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 564.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNADES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 127.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ LOPES JR, *op. cit.*, p. 565.

Por fim, a terceira corrente – *admissibilidade da prova ilícita pro reo* – pela qual a “prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu”⁴⁷. Assim, “trata-se da proporcionalidade *pro reo*, onde a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova (dessa inocência)”⁴⁸. É importante destacar que esse é o entendimento adotado no presente artigo.

Convém ressaltar, que apesar do código de processo penal militar não dispor *expressamente* sobre a vedação da prova ilícita, este elenca uma regra pela qual se abstrai esse entendimento. Conforme dicção do art. 295, “é admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares”.

Ademais, enuncia outra hipótese de prova ilícita que impõe o respectivo desentranhamento do processo. Trata-se do comando legal contido no seu art. 375 que prescreve: “A correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos, não será admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido junta, para a restituição a seus donos”.

Portanto, em que pese o ordenamento militar não fazer menção expressa à vedação da prova ilícita, destaca-se que a legislação castrense, diga-se infraconstitucional, deve respeito ao mandamento constitucional.

4. A EFETIVAÇÃO DE PRINCÍPIOS EM FAVOR DO MILITAR

4.1 A efetivação do princípio da inocência na seara administrativa

O processo administrativo disciplinar seja ele militar ou não, há que se pautar no respeito ao devido processo legal.

Nelson Nery Junior esclarece:⁴⁹

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

“A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o ***procedural due process***, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.”

Nesta linha de pensamento **André Ramos Tavares** menciona que o “princípio do devido processo legal vale para qualquer processo judicial (seja criminal ou civil), e mesmo para os processos administrativos, inclusive os disciplinares e os militares.”

50

Uma questão de suma importância é relativa à prisão por transgressão disciplinar de que trata o art. 24, parágrafo único do Decreto nº 4.346/2002 (RDE).⁵¹ Nesta hipótese advoga-se que o militar deve ter o direito de defesa efetivamente exercido, e depois de provada a transgressão aí sim, aplicar-se-ia a pena, pois do contrário ocorreria o ferimento do devido processo legal.

Afinal, a manter-se a regra atual do art. 24 do RDE, injustiças poderão ser cometidas, pois, o próprio regulamento assim o reconhece, quando prevê no art. 14, §3º,⁵² que negada a existência ou autoria do fato por sentença criminal, as responsabilidades cível e administrativa serão afastadas.

Ora, se afastada a autoria como ficaria a questão daquele que ao final do processo crime é absolvido, mas cumpriu 30 (trinta) dias de prisão pela transgressão que não cometera? A resposta é simples, a punição disciplinar deveria aguardar a decisão penal!

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 735.

⁵¹ Art. 24. Segundo classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

Parágrafo único. As punições disciplinares de detenção e prisão disciplinar não podem ultrapassar 30 (trinta) dias e a de impedimento disciplinar, 10 (dez) dias.

⁵² Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

§ 3º. As responsabilidades cível e administrativa do militar serão afastadas no caso de absolvição criminal, com sentença transitada em julgado, que negue a existência do fato ou da sua autoria.

4.2 Efetivação do princípio da legalidade.

Um tema que é objeto de grande discussão é o disposto no art. 5º, LXI da Constituição⁵³ ao mencionar a ressalva quanto aos militares em razão de prisão por crime ou transgressão militar definidos em lei, o qual deve ser lido à luz do inciso II do mesmo artigo.⁵⁴

Ocorre que o RDE é um decreto e a Constituição menciona expressamente a necessidade de previsão em “lei”, o que caracteriza o RDE e os decretos estaduais como inconstitucionais pelo vício de origem, o que é defendido por **Paulo Tadeu Rodrigues Rosa**.⁵⁵

Tanto é verdade que vários Estados da Federação editaram leis estaduais para disciplinar as punições por transgressão. Minas Gerais é um destes casos, pois, simplesmente aboliu a prisão disciplinar. Assim fica clara a necessidade de edição de lei para o caso.

⁵³ LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

⁵⁴ II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁵⁵ O texto “Regulamento disciplinar militar e as suas inconstitucionalidades” trata da adequação da legislação castrense aos princípios constitucionais que devem ser observados pela administração pública militar na busca de uma efetiva aplicação da justiça, que é essencial para a construção do Estado Democrático de Direito, como bem observa o autor em suas conclusões finais. “Neste sentido, se a prisão somente pode ser decretada por uma autoridade judiciária militar com base na lei, como o sistema poderá admitir uma prisão administrativa fundada em um ato praticado por autoridade administrativa que justifica a sua decisão em um regulamento disciplinar militar que não foi editado por meio de lei, mas um decreto do executivo? Segundo a doutrina, qualquer modificação ocorrida após a Constituição Federal de 1988 nos regulamentos disciplinares somente poderá ser feita por meio de lei proveniente da Assembléia Legislativa ou do Congresso Nacional, sob pena de nulidade do ato, que poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário em atendimento ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. (...) Os legisladores do Estado de Minas Gerais, preocupados com esta questão, resolveram rever a existência da prisão administrativa nos regulamentos da PM, e decidiram pela sua extinção. A busca da valorização do profissional de segurança é o caminho que deve ser seguido para a melhoria do serviço prestado à população, e a extinção da prisão administrativa é o primeiro passo nesta caminhada, o que não significa que em determinados casos ou em espécies de transgressão disciplinar a prisão disciplinar não possa ser decretada. (...) O art. 24, do Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, disciplina que: “Conforme a natureza, a gradação e as circunstâncias da transgressão, serão aplicáveis as seguintes sanções disciplinares: I – advertência; II – repreensão; III – prestação de serviços de natureza preferencialmente operacional, correspondente a um turno de serviço semanal, que não exceda a oito horas; IV – suspensão, de até dez dias; V – reforma disciplinar compulsória; VI – demissão; VII – perda do posto, patente ou graduação do militar da reserva.” ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar Militar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 135/137.

Para que se efetive o princípio da legalidade neste caso, deve ser argüida a inconstitucionalidade pela defesa do acusado, demonstrando de forma clara as hipóteses de violação, para que o julgador possa declará-la.

4.3 Efetivação do princípio do contraditório e da ampla defesa

A Constituição ao assegurar o contraditório e a ampla defesa no artigo 5º, LV, proporciona ao acusado em processo judicial ou administrativo o direito a contraditar, de ser informado, de conhecer as acusações que lhe são imputadas, e de possuir todos os meios de defesa admitidos em direito.

A efetivação deste princípio também se estende aos militares, até porque a Constituição não lhes faz qualquer tipo de distinção como afirma **Renato Luiz de Mello Varoto**⁵⁶ “(...) o contraditório e a ampla defesa não são garantias exclusivas dos servidores civis. Na verdade, pela sua importância e como pilar do devido processo legal, abarcam eles também os servidores militares...”. Mais adiante ainda, referido autor apresenta a decisão no STF, no AGRRE 206775/PE⁵⁷ na qual o Min. Maurício Correia deixa clara a inexistência de distinção.

No caso de processo administrativo disciplinar é imperioso que seja efetiva a participação de um defensor e do acusado em todos os atos, para os quais são intimados sob pena de nulidade. A doutrina também caminha por este sentido conforme **André Ramos Tavares**.⁵⁸

⁵⁶ VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

⁵⁷ “A Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. 1. Alegação de que o policial militar está vinculado a regulamento próprio que permite a aplicação da penalidade de licenciamento ex officio, e, por isso, inaplicáveis as Súmulas 20 e 21, desta Corte. Argumentação insubsistente. **O preceito constitucional inserto no art. 5º, LV, não fez qualquer distinção entre civis e militares. Ao contrário, aos litigantes em geral assegurou o contraditório e a ampla defesa, em processo judicial ou administrativo.** 2. Agravo regimental não provido” (STF, AGRRE 206775/PE, rel. Min. Maurício Correia, DJ 29.08.1997, p. 40.229). **(grifamos)**.

⁵⁸ “Ampla defesa é o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe. Entre as cláusulas que integram a garantia da ampla defesa encontra-se o direito à defesa técnica, a fim de garantir a paridade de armas (par conditio), evitando o desequilíbrio processual, a desigualdade e injustiça processuais. Assim, já teve a oportunidade de decidir o STF que “A presença formal de um defensor dativo, sem que a ela corresponda a existência efetiva da defesa substancial, nada significa no plano do processo penal e no domínio tutelar das liberdades públicas”. STF, HC 71961-9/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 6-12-1994. TAVARES, *op. cit.*, p. 753.

O STF editou a Súmula Vinculante nº 5 por entender que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofenderia a Constituição. Entretanto, com o devido respeito discordamos da Excelsa Corte de Justiça, afinal, o acusado em processo administrativo disciplinar nem sempre possui conhecimentos técnicos de legislação para sua defesa.

A defesa técnica e a autodefesa são desdobramentos da ampla defesa, e a ausência de uma delas, poderá gerar prejuízo, na medida em que ao acusado deve ser proporcionada a defesa de um profissional habilitado, já que nem todos possuem conhecimentos e preparo técnico para se defenderem.

CONCLUSÃO

Diante do que foi dito no presente trabalho, podemos concluir que a Constituição Federal é a norma soberana em nosso ordenamento pátrio, e, como tal, todo o sistema infraconstitucional deve se amoldar aos seus preceitos, inclusive, o direito militar.

Todos os direitos e garantias previstos na Constituição Federal devem ser assegurados aos militares que estejam sendo acusados, seja na seara administrativa, seja na seara processual penal.

Desta maneira, um militar não pode ser obrigado a cumprir uma sanção administrativa, antes de esgotadas todas as vias recursais, assegurando ao mesmo, o efeito suspensivo dos recursos interpostos em todas as instâncias de poder.

Também devem ser assegurados ao militar, a amplitude de sua defesa, com a possibilidade plena do contraditório.

O devido processo legal seja no seu aspecto formal ou material, devem prevalecer, para que a decisão final seja justa, conforme prevê o art. 35 do RDE, que diz:

“Art. 35. O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade”.

As autoridades, em especial as militares, devem compreender que dentro da farda, há um cidadão que possui direitos e nem mesmo o ambiente militar ou a função exercida, lhe retiram tais direitos.

Afinal, chega do autoritarismo, do arbítrio, e momento da democracia prevalecer neste país, e, um dos principais direitos que marcam este novo tempo é a *liberdade* em todos os seus sentidos.

BIBLIOGRAFIA:

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Constitucionais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007

CHAGAS, Fernando Cerqueira: A Relação entre o Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação Conforme a Constituição no Estado Democrático de Direito. *In: A Constitucionalização do Direito: A Constituição Como Locus da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O Direito como Garantia: Pressupostos de uma Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed., v. 1, Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 5 ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias: La ley del más débil**. Trota. 1999.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer *et alli*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNADES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PINTO, Eduardo Augusto Alves Vera Cruz. "Os Tribunais Militares e o Estado de Direito Democrático". *In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PUIG, Manuel Rebollo. "El Derecho Administrativo sancionador". *in: Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Coord. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. São Paulo: Renovar, 2002, p 264.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional: A Constituição brasileira de 1988 e o processo de redemocratização no Brasil – a institucionalização dos direitos e garantias fundamentais**. 5ª edição São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIRES, Cleber. **A Colisão entre os Direitos Fundamentais e os Princípios da Hierarquia e Disciplina no Âmbito do Direito Militar**. Definições e relevância na hierarquia e disciplina. Dissertação submetida a Universidade Vale do Itajaí para obtenção do grau de mestre em ciência jurídica. Itajaí. 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais, 4ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar Militar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª edição São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Conforme a Constituição: Entre a trivialidade e a Centralização Judicial**. Revista DireitoGV, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

VAROTO, Renato Luiz Mello. **Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ANDRADE, André Gustavo C de. **Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição**. Disponível em tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/dimensoes_da_interpretacao_conforme_a_constituicao.pdf. Acesso em 29 set 2010.