

## DA RECEPÇÃO, OU NÃO, DO ART. 47 DA LEI 6880/80 E A RESISTÊNCIA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

*Arlindo Eduardo de Lima Júnior*

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado.

**Resumo:** Promulgada a Constituição em 1988, agora com natureza jurídica e não mais política, houve a necessidade, por parte de toda ordem jurídica, de adequações. Também ocorrera a recepção de várias normas pretéritas, porém não conflitantes com a ordem inaugurada, ao menos em tese. O problema observado e apresentado, neste artigo, explora a perpetuação do Art. 47 da Lei 6880/80 que possibilita a Regulamente cercar a liberdade de um indivíduo em evidente afronta à ordem expressa decorrente do Art 5º, Inc LXI da Carta Magna.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. Direito administrativo militar. Sujeição especial. Recepção.

**Sumário:** 1. A constitucionalização e o direito administrativo. 2. Há diferença entre o direito administrativo “civil” e o “militar”? Em que pontos? A questão da sujeição 3. O fenômeno da recepção constitucional. 4. A “hierarquia e disciplina” em duas facetas: da Constituição para o resto do ordenamento. 5. A contribuição da jurisprudência para a manutenção da não constitucionalização do direito administrativo. Considerações finais

## INTRODUÇÃO

A questão, aparentemente tranquila, do debate em torno da recepção do art. 47 da Lei 6880/80, se não desperta, na maioria dos juristas, uma mínima curiosidade sobre as consequências de sua manutenção como ruído desagradável, deveria despertar uma série de dúvidas sobre o que se poderia chamar de constitucionalização do direito.

Questões como: deve a norma infraconstitucional adequar-se à constitucional? Pode a lei confrontar-se diretamente com a Constituição? O Judiciário deve intervir para harmonizar a ordem jurídica? Todas estas questões estão presentes nesse debate, e com respostas nada animadoras.

Não estando o leitor diante de nenhum grande doutrinador do direito administrativo, e, sim, de um estudante, só se vê em condições de garantir a franqueza nos argumentos e impressões aqui apresentados. Ainda assim, espera-se que este possa ter conteúdo suficiente para despertar a mesma dúvida em outros estudiosos para que reflitam sobre a desarmonia que habitualmente apresentam os professores nas aulas.

Nestas breves linhas, tratar-se-á de assunto não muito abordado que é o direito administrativo militar. Os lentes, por hábito, tendem a abordar de um tudo, menos este ramo, tão importante quanto os demais para a ordem jurídica.

É um bom começo apresentar o Artigo da Constituição, que é ponto de partida para o debate, nestes termos:

“Art. 5º 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:

...

LXI - **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;**” (grifos nossos)

Na sequência o Artigo da Lei 6880/80 que disciplina os casos de cerceamento de liberdade no direito administrativo militar, como se observa:

**“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.**

**§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.”** (grifos nossos)

Tal fenômeno, o alinhamento da ordem infra à constitucional, ocorreu em vários setores, mas, nesse (direito administrativo militar), parece haver uma omissão voluntária quanto ao enfrentamento direto do tema. Enquanto isso, a ditadura que acabou para os cidadãos civis do país, segue quase sem freios dentro dos quartéis, apesar de opiniões divergentes de alguns juristas não muito conhecedores da vida na caserna, mas que, com muita coragem, intentam trazer à luz o tema.

#### **1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E O DIREITO ADMINISTRATIVO**

Parece lugar comum, aqui no Brasil, que a constitucionalização do direito ocorreu com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Sobre isso, os juristas festejaram e escreveram, com a intenção de alertar aos vindouros que, a partir daquele momento, toda a ordem infraconstitucional deveria estar alinhada aos ditames editados pelo povo por intermédio de seus representantes.

Sobre o que foi a constitucionalização do direito no Brasil, válidas as lições de José Afonso da Silva:

“Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação

jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”<sup>1</sup>

Nessa esteira, sem desviar em nada desta lição, Celso Antônio, ao discorrer sobre condicionantes negativas do poder de supremacia estatal, assevera, dentre várias, a seguinte:

“a) não podem infirmar qualquer direito ou dever, ou seja, não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes;”<sup>2</sup>

Parece clara, após as citações, que caberia à Constituição alumiar tanto os desajustes, desfazendo-os, quanto os temas não abordados de modo a dar-lhes tratamento digno. Porém, o que se observa, mais de 25 anos após a promulgação, é a resistência do Legislativo em produzir as normas exigidas pela Constituição (como no caso da greve) e do Judiciário em extirpar de vez normas, ainda aplicadas, mesmo em flagrante oposição a comando expreso, ainda mais sobre direitos fundamentais.

Não parece ter havido exceção a nenhum ramo do direito, mesmo o administrativo, que aparece eviscerado na Constituição que delimita sua feição e circunscreve seu campo de incidência. Neste caso, opondo limite idôneo a salvaguardar os princípios inscritos no art 1º, os direitos fundamentais e o interesse público.

Sobre este, afirma Isabelle de Baptista ser o interesse do povo (da coletividade) e não qualquer outro imaginado pelo Estado. O interesse público para o Estado deve ser efetivar os comandos da Constituição que lhe dá vida. A autora faz o contraponto, nos seguintes trechos:

“O princípio da supremacia do interesse público adentra o ordenamento jurídico brasileiro nesse espírito de imposição de uma superioridade *a priori*, não para fins de realização das razões de Estado, mas para o exercício de uma desigualdade

1 Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª Ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo 2009

2 Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª Ed. Malheiros Editores São Paulo. 2009

frente aos interesses particulares, apenas para a imposição e satisfação dos direitos e garantias fundamentais, inseridos na atual ordem constitucional, como legítimos interesses públicos.

...

Todavia, parte-se da premissa de que a satisfação do interesse público secundário não efetiva diretamente direitos fundamentais e, nesse caso, a Administração Pública não está constitucionalmente autorizada a exercer o tratamento pautado na desigualdade para fins de efetivar interesses patrimoniais do Estado. Em caso de conflito entre o interesse privado e público secundário, deve prevalecer o interesse do primeiro, sob pena de violação ao núcleo essencial da Constituição.”<sup>3</sup>

Apesar de ser complicado conceituar o que seria o interesse público, há apontamentos de alguns estudiosos, como Celso Antônio que leciona:

“O que fica visível, como fruto destas considerações, e que existe de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas, singularmente consideradas -, e que, de par com isto, existe também o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. Pois bem, é este último interesse que nomeamos de interesse do todo ou interesse público.”<sup>4</sup>

Para Alice Borges seria:

“O interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou man-

3 Baptista, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à Luz dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito. Revista TCE/MG. jan.|fev.|mar.|2013| Doutrina

4 Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo.

ter em sua própria esfera de valores.”<sup>5</sup>

Da mesma autora parte o seguinte alerta, que muitos estudiosos do direito não têm dado a mínima atenção:

“É preciso não confundir a supremacia do interesse público, - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo, - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática.”<sup>6</sup>

Estabelecidas as balizas para a boa acomodação da ordem administrativa militar à ordem constitucional vigente, que se passe ao direito infraconstitucional.

## **2. HÁ DIFERENÇA ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO “CIVIL” E O “MILITAR”? A QUESTÃO DA SUJEIÇÃO**

Aqui se está diante de um ponto no qual os autores se apegam para fundamentar a discriminação existente entre a ordem administrativa castrense e a civil. Mesmo concordando, em alguma medida, com os argumentos apresentados, há que se reconhecer que, ao menos em um ponto, ambas são iguais em essência: nenhuma das duas pode estar em oposição à Constituição do país.

É uma obviedade, considerando a constitucionalização do direito pátrio, levada a efeito com a promulgação da Constituição de 1988.

Aqui, em duas etapas de exame sobre o que viria a ser a sujeição sobre a qual pendulam os juristas, poder-se-á verificar a má compreensão, ou não, a respeito do ponto examinado.

Em um primeiro plano, apartam a sujeição comum de um particular e a sujeição, esta especial, do servidor público em relação ao poder público constituído. Enquanto neste há uma relação hierárquica, nos moldes da empregatícia, naquela não há. Trocando em miúdos:

5 Borges, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Número 26 – maio/junho/julho - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861

6 Op. Cit.

“As relações de sujeição geral são aquelas existentes entre o Estado e os administrados em geral, independente de qualquer vínculo de aproximação. A sujeição geral decorre direta e unicamente do poder de império estatal, de sua posição privilegiada em relação aos cidadãos.

...

Há, também, relações em que se estabelecem entre indivíduos e o Estado que são marcadas por um especial vínculo específico decorrente ou não da vontade do indivíduo, em que há redução da liberdade do indivíduo e, de outro lado, há majoração das prerrogativas estatais. À restrição da liberdade geral tendo como oposto o aumento das prerrogativas gerais estatais em razão de uma dada relação jurídica dá-se o nome de relação especial de sujeição ou relação especial de supremacia.”<sup>7</sup>

Neste segundo passo, há que se responder à seguinte pergunta: os servidores públicos, tanto civis quanto militares, mantêm uma relação de sujeição especial com o poder público para o qual trabalham? Há alguma diferença nesta sujeição especial? Uma deve estar alinhada à Constituição e a outra, não? Resumindo: há uma sujeição especial para o servidor civil e outra para o servidor militar?

Há dois trabalhos muito interessantes nesta seara, sendo um deles de Farlei Martins Riccio de Oliveira que, apesar de desconsiderar totalmente a questão sobre a recepção, ou não, do Art. 47 da Lei 6880/80, sem a mínima fundamentação, trata da sujeição especial que em nada difere do tratamento dado por Miriam Wimmer.

Farlei Martins faz a seguinte colocação, diferenciando a sujeição especial da comum:

“Com efeito, o regime especial de sujeição abrange as pessoas que mantêm com o ente estatal vinculação jurídica, que dá ensejo a um regime específico, caracterizado por uma sujeição mais estreita do particular perante o Estado. Ao contrário do regime de sujeição geral, decorrente do poder de império estatal, atinge a todos os indivíduos que se encontram sobre o

<sup>7</sup> Puccetti, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. São Paulo. 2010.

território do Estado, indiscriminadamente.”<sup>8</sup>

Especificamente sobre a sujeição especial militar, declina o seguinte:

“As precedentes considerações doutrinárias demonstram, a toda evidência, que o militar encontra-se na categoria de especial sujeição estatal, com a agravante dos deveres de obediência aos princípios da hierarquia e disciplina, das vedações constitucionais, e dos deveres e obrigações previstas no seu estatuto funcional.”<sup>9</sup>

Cabem algumas breves observações. Primeiro, ele não vislumbra uma sujeição especial, ao menos em primeiro plano, para os dois grupos de servidores; apenas assevera a existência de prescrições específicas sobre o a hierarquia e disciplina, insertas na própria Constituição. Então, os efeitos do enunciado do Art. 142 da Carta espraia-se para o ordenamento castrense, mas em nada afetaria, ou conflitaria, com os direitos fundamentais, esses que são tidos como cláusulas pétreas e superiores até ao princípios castrenses.

O trabalho de Miriam Wimmer, ao contrário, concentra-se em investigar a própria natureza da sujeição especial; já se pôde observar que não há natureza distinta dessa em relação aos dois grupos. Ambos se espraiam da constituição, só que com naturezas distintas em relação aos servidores que regerão.

O resumo do trabalho já apresenta, em linhas gerais, tanto o percurso do instituto, quanto o entendimento da autora, bem como sua advertência sobre a (in)adequação da sujeição especial, importada da Alemanha, à ordem constitucional brasileira pós-1988, a saber:

“Ao final, busca-se demonstrar que a categoria das relações especiais de sujeição é, em sua formulação original, incompatível com a teoria constitucional contemporânea; e, em sua formulação moderna, um instrumento a ser usado com extrema cautela, em virtude de seus inerentes riscos antidemocráticos.”<sup>10</sup>

8 Oliveira, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do Exército (decreto 4346/2002). Revista SJRJ, Rio de Janeiro, p. 57-77, 2010.

9 Op. Cit.

10 Wimmer, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. DIREITO PÚBLICO Nº 18 – Out-Nov-Dez/2007 – DOUTRINA BRASILEIRA

Em outra passagem do texto, ela se depara com o mesmo problema que se estar a investigar, modestamente e sem a qualidade exigida: a falta de maior zelo na investigação que desemboca na aplicação de instituto proveniente de outro país sem a adequação aos ditames vigentes, da seguinte maneira:

“Há, no Brasil, um certo consenso doutrinário e jurisprudencial de que os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, podendo, desde que respeitadas as normas constitucionais, sofrer restrição em face a razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades. Todavia, não há ainda um esforço doutrinário no sentido de estabelecer limites e traçar parâmetros para tais restrições nos casos em que o indivíduo se encontra inserido numa relação especial com o Estado.”<sup>11</sup>

Prosseguindo, ela faz a seguinte constatação, que seria excelente se ocorresse em todas as vertentes do direito administrativo, dando seguimento:

“Nada obstante, as decisões de nossos tribunais tendem a rechaçar a tese de que seria possível o afastamento da incidência dos direitos fundamentais, do princípio da reserva legal em matéria sancionatória e do controle jurisdicional com fundamento num pretensão “poder especial” da Administração Pública. Na verdade, tem-se entendido que embora em alguns casos sejam admissíveis (i) restrições a direitos fundamentais, (ii) uma menor exigência quanto à densidade normativa da lei e (iii) uma incidência reduzida do controle jurisdicional, a intensidade das restrições ou minorações deve ser razoável e proporcional à luz do nosso sistema constitucional e face aos fatos concretos sob análise.”<sup>12</sup>

Realmente, verificando que apenas o julgado do TRF da 4ª Região, bem como o Ministro Cezar Peluso, como se verá, pronunciaram-se pela não recepção do art. 47 da Lei 6880/80, parece inconteste concluir que o restante do poder judiciário não atinou para tão grave e relevante questão. O que não se entende é o motivo de tal atuação não ocorrer em relação, justamen-

11 Op. Cit.

12 Op. cit.

te, à preservação do Art. 5º, Inc LXI, que protege um direito fundamental daqueles que por este país caminham: a liberdade de locomoção.

### 3. O FENÔMENO DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL

É justamente neste ponto nevrálgico no qual os juristas, que resolvem escrever sobre a “constitucionalidade” dos regulamentos militares, costumam praticar uma espécie de “salto em distância” jurídico. Isto no sentido de não abordar o tópico e concluir após “exame” sobre a recepção, que o Art. 47 teria sido albergado pela nova ordem vigente.

Dando seguimento, será verificável, ao final deste tópico, se eles abordaram o tema da recepção adequadamente, e, em caso afirmativo, se o resultado seria a recepção.

Sobre o que deveria ser, ou não, recepcionado interessante a seguinte citação:

“Se e quando houver ruptura na cadeia de sustentação do sistema – no caso de uma revolução vitoriosa, por exemplo -, a velha ordem, globalmente considerada, desaparecerá porque terá sido trocada a norma básica que lhe conferia atributos de juridicidade – fundamento, eficácia e vigência -, passando a vigorar, como direito novo, com o mesmo fundamento de validade, não apenas as normas editadas pelo poder recém-constituído, mas também aquelas que, embora positivadas, antes do fato revolucionário, e em consonância com os valores então prevalentes, admitam recepção pelo sistema emergente ou leitura conforme a nova ordem estabelecida.”<sup>13</sup>

Válidas são as lições de Bobbio acerca do que seria, em linhas gerais, a recepção, quando esta aconteceria, a seguir:

“O fato de o novo ordenamento ser constituído em partes por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento,

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed. Ver. Atual. – São Paulo. Saraiva. 2009

mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não e simplesmente permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma.”<sup>14</sup>

Ao que tudo leva a crer, não fora feita uma análise sobre o que teria sido, ou não recepcionado pela nova ordem jurídica a partir de 1988 e, neste mesmo sentido, a assertiva de Menaged:

“No entanto, tal verificação é impossível, praticamente, fazendo com que, pelo fenômeno da recepção, se entenda que as normas infraconstitucionais, caso não sejam expressamente declarados como incompatíveis com a constituição, sejam automaticamente recepcionados.

As normas e atos infraconstitucionais materialmente (em seu conteúdo) compatíveis com a nova Constituição são automaticamente recepcionados. Já aqueles que forem materialmente incompatíveis, segundo o Supremo Tribunal Federal, não são recepcionados, acarretando sua revogação...”<sup>15</sup>

A impressão é de que a recepção aconteceu da seguinte maneira: como não há como realizar estudo prévio, que se considere tudo como recepcionado *prima facie*, para, posteriormente, conforme forem sendo suscitados os casos, o STF fará os devidos ajustes. Ver-se-á, no momento apropriado, que, sobre o tema examinado, o próprio Excelso Pretório já tivera a oportunidade de tomar posição sobre a tal “recepção”.

Normalmente, atropelando a investigação, partem da premissa que fora recepcionado e pronto.

Antes de tratar do Direito Administrativo propriamente dito, deve o jurista, por questão de zelo, fazer incursão em outras searas a fim de perscrutar sobre a viabilidade do trabalho produzido. Neste caso, deveria fazer uma

14 Bobbio, Norberto. A teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Revisão Técnica Cláudio de Cicco. Brasília. Universidade de Brasília. 6ª Edição. 1995.

15 Menaged, Marcelo. O fenômeno e as formas de controle de constitucionalidade das leis. Série Aperfeiçoamento de magistrados. 2. Curso de Controle de Constitucionalidade. [http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_168.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_168.pdf). acessado de 20 de abril de 2014.

análise, anterior, da constitucionalidade da norma que pretende defender.

O comando constitucional é expresso em afirmar que as hipóteses de prisão por transgressão ou crime militar serão tratadas por lei; se ordinária ou complementar é outra questão, porém é claro que se trata daquela que passa pelo crivo do poder legislativo e posterior sanção presidencial.

O parágrafo anterior pode ser tido como irrelevante para o debate, visto que as disposições sobre o cerceamento de liberdade em razão de transgressões disciplinares é disciplinada pelo Decreto 4346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército), ou seja, em total descumprimento ao exigido pela Carta Cidadã de 1988.

Porém, o Art 47 da Lei 6880/80, ao delegar a Regulamento disciplinar a matéria sobre o cerceamento de liberdade, estabelecendo seus limites, delega uma competência que ele mesmo não tem, em razão de confrontar diretamente seu fundamento de validade na nova ordem, a Constituição da República Federativa do Brasil.

Sobre a inadequação do exposto no parágrafo anterior, válidas as lições de José Afonso:

“Outra diferença importante entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva de lei (legalidade específica) está em que o primeiro envolve primariamente uma situação de hierarquia das fontes normativas, enquanto o segundo envolve questão de competência. Starck, numa linha, disse-o com precisão: “Estas reservas especiais garantem, como normas de competência, que o legislador será quem regule tudo o que afeta os direitos fundamentais”.

...

É absoluta constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei complementar organizará”, “a lei criará”, “a lei poderá definir” etc.”<sup>16</sup>

Poder-se-ia acrescentar, sem dificuldades dentre as reservas absolutas, a fórmula: “definidos em lei”, como se verá.

Aqui cabe uma pequena digressão sobre a distinção entre norma e lei. A importância de tal apresentação, ainda que breve, é esclarecer que: da

16 Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª Ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo 2009

reserva de lei decorre para o Estado a produção de Lei de acordo com o devido procedimento legislativo; já da reserva de norma seriam cabidos outros atos como regulamentos, decretos, etc.

Sacha Calmon Navarro Coelho, sobre a diferença entre norma e lei, ensina:

“De tudo quanto vimos, sobraram-nos algumas verdades: as normas não são de um só tipo, e o esboço de uma tipologia servirá para situar a norma tributária. Além disso, as normas jurídicas não se confundem com as leis e os costumes que compõem o universo legislativo.

...

Para nós, com supedâneo na teoria da norma jurídica, é absolutamente necessário distinguir, isto sim, o plano da lei do plano da norma. A lei é um ente positivo. A norma é um ser lógico. Pode até haver coincidência entre lei e norma, caso raro. Normalmente a norma decorre de um conjunto de leis.”<sup>17</sup>

O STF, ao julgar o HC 85060/PR/2008, debruçou-se sobre a questão, porém vale ressaltar que relevante ao estudo foi o debate em torno da expressão “em virtude de lei”. Se ela significaria exigência de Lei *stricto sensu* ou se seria a Lei mandando fazer; neste caso, a norma, que poderia ser resultado de outras fontes normativas diversas da Lei (regulamentos, decretos, entre outros).

O caso, da seara penal, apontava possível ofensa ao princípio do juiz natural tendo em vista que a especialização de algumas subseções foi feita por meio de Resolução (o princípio do Juiz Natural não fora afetado visto apenas ter ocorrido especialização nas subseções, isto permitido por Lei). Impositivo observar que o caso estudado neste trabalho é o cerceamento de liberdade por Regulamento.

Após debate em torno do ponto já citado, não fora observado consenso em torno da questão se a expressão “em virtude de lei” possibilitaria regramento somente por intermédio de Lei *stricto sensu*, ou se franquearia a regulamentos e decretos disciplinar o comando inserto no art. 5º, Inc II.

Relevante mesmo, ao menos nisto eles concordam, é que há dispositivos da Constituição que exigiriam a produção de Lei para disciplinamento de

17 Coelho, Sacha Calmon Navarro. Norma jurídica e lei são figuras teóricas diferentes. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 98, jul./dez, 2008

condutas, apresentando como exemplos os artigos 150, inc. I e 170, parágrafo único. O Relator, a fim de discriminar as hipóteses nas quais caberiam Lei *stricto sensu* ou Regulamentos ou Decretos, por exemplo, trata de reserva absoluta, para a primeira, e reserva relativa para a segunda.

Este estudo interessa-se pela reserva absoluta, tal como tratado pelo Relator. Citando os artigos 5º, inc. XXXIX, 150, inc. I e 170, parágrafo único, faz a seguinte assertiva: “a Constituição retoma o princípio, então o adotando em termos absolutos: não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica sem lei, aqui entendida como tipo específico de ato legislativo, **que os defina.**”<sup>18</sup>

Em outra passagem, debatendo acerca da relatividade, ou não, da expressão “em virtude de lei”, o Ministro Sepúlveda Pertence, explica: “Penso que “em virtude de lei”, com toda virtude que Vossa Excelência emprestou à lei, é menos do que não haverá crime sem prévia definição em lei.”<sup>19</sup> (grifo nosso)

Feitas essas observações, parece claro que, havendo exigência de Lei *stricto sensu*, isto observável na construção do dispositivo normativo, não há espaço para a tentativa de superação da exigência constitucional por meio de outras fontes como Regulamentos, por exemplo.

Este é o caso do art. 5º, Inc LXI, *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;**” (grifo nosso)

Palpável a conclusão pela não recepção do Art. 47 da Lei 6880/80, ao menos no que autoriza que regulamento discipline as hipóteses, vedadas pela própria Constituição, de cerceamento de liberdade, à luz do Art. 5º, Inc LXI.

Por derradeiro, conseqüentemente, importante ressaltar que há quem pugne pela “represtinação” do Decreto 90608/84 (este não é Decreto-Lei, recepcionado como lei ordinária). Não parece merecer acolhida tal posição, bastando verificar que a não recepção do art. 47 da Lei 6880/80, combinada com a inexistência do decreto autônomo no Brasil já importam em óbices robustos ao êxito de tal intento.

18 HC 85060/PR. Supremo Tribunal Federal. 23 de setembro de 2008.

19 HC 85060/PR. Supremo Tribunal Federal. 23 de setembro de 2008.

#### 4. A “HIERARQUIA E DISCIPLINA” EM DUAS FACETAS: DA CONSTITUIÇÃO PARA O RESTO DO ORDENAMENTO

Muito é ouvido e lido sobre a hierarquia e disciplina, “princípios” basilares de uma organização castrense. Mas aí saltam as questões: a hierarquia e disciplina, às quais os militares estão submetidos, não tem limites? Elas mesmas podem transgredir em relação à Constituição? São estas questões que se tentará dar abertura a respostas produtivas.

Primeiramente, cabido é deitar linhas sobre o primeiro nível de hierarquia e disciplina, assim fica claro para os militares não muito afetos às leis, a jurídica.

Atualmente, com a constitucionalização do direito, parece claro a todos os que entabulam relações com o direito sejam pesquisadores, sejam aplicadores que toda a norma deve estar sob a luz dos comandos constitucionais sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, por via de consequência, fulminadas do ordenamento por incompatibilidade.

Quer dizer, parece claro até alguém se deparar com a postura do judiciário em relação às ações que versam sobre o Art. 47 da Lei 6880/80 e seus desdobramentos como será visto no próximo tópico.

Retornando, haveria que, primeiro, observar o alinhamento entre as normas infraconstitucionais e se ofenderiam, ou não, direitos fundamentais, que são cláusulas pétreas, para só então recepcionar, ou não, total ou parcialmente, as normas provenientes da ordem jurídica pregressa.

Em um segundo nível, a hierarquia e disciplina, como princípios da ordem castrense, em nada confrontam com os direitos fundamentais, bem verdade a estrutura serve para garantir, decorrente da articulação bem ordenada da defesa, a manutenção de tais direitos.

Sobre o que viria a ser a “hierarquia e disciplina” no âmbito das Forças Armadas (creio que são válidas para qualquer lugar onde se tenha um chefe e um subordinado), prestimosos os esclarecimentos de Jorge Luiz Nogueira de Abreu, assim:

“A disciplina militar consiste na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que regem a vida castrense. Materializa-se por meio do perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos membros das Forças Armadas.

...

A hierarquia militar é a ordenação vertical e horizontal da autoridade dentro da estrutura das Forças Armadas”<sup>20</sup>

Parece minimamente claro que ambos os conceitos não conflitam, nem pretendem, com os direitos fundamentais que lastreiam toda a ordem jurídica pátria. A despeito de quaisquer ataques lançados no sentido de usar estes primados da ordem castrense para subtrair os direitos, instituídos como cláusulas pétreas, dos integrantes das Forças Armadas, sob a justificativa de uma “sujeição especial”, esta já examinada.

Assim sendo, a estrutura merece reparos exatamente onde sua ordem ofende os direitos fundamentais garantidos a todos os indivíduos dentro do país, do nacional ao estrangeiro, do rico ao pobre, do civil ao militar, etc.

Reforçando: da hierarquia e disciplina, como princípios castrenses, não deve o jurista tentar fazer ponderações entre estes e as garantias, inscritas como cláusulas pétreas, como as: do devido processo legal, da exigência de lei expressa sobre os casos de prisão por transgressão disciplinar (entendendo, neste caso, todas as hipóteses de cerceamento de liberdade: do impedimento disciplinar à prisão), entre outras.

Se há fundamento para se ponderar entre os princípios que não de incidir apenas sobre o regime castrense de “sujeição especial” e os direitos fundamentais, que seja apresentado.

A primeira defesa que se há de fazer, em um país, é da ordem jurídica, e esta só pode ser tida como feita, quando os poderes instituídos conseguem manter toda a legislação em harmonia com a Constituição e, em caso de divergência, excluindo as infraconstitucionais. Não proteger a soberania é descumprir a constituição, da mesma forma não fazer o mesmo em relação aos direitos fundamentais, entre outros.

Que fique claro! Não se está a defender a ilegalidade total do Decreto 4346/02 e da Lei 6880/80; o que se defende é a não recepção das disposições construídas pela combinação de ambas e que viabilizam hipóteses de cerceamento de liberdade decorrentes de Decreto, quando a Constituição exige expressamente Lei. Resumindo: é exigir o cumprimento da Carta, quando esta exige Lei para disciplinar as hipóteses de prisão por transgres-

20 Abreu, Jorge Luiz Nogueira de. Direito Administrativo Militar. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2010.

são e crime militar, só isso.

## **5. A CONTRIBUIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PARA A MANUTENÇÃO DA NÃO CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR**

Antes de passar ao exame proposto, vale um lembrete, este retirado da obra de Jorge Nogueira, como se segue:

“Adotando os fundamentos doutrinários acima, entendemos que a Constituição (art. 5º, LXI), ao se valer da expressão “definidos em lei”, condicionou o regramento da matéria à reserva de lei absoluta. Portanto, tornou-se defesa, após sua promulgação, a definição de transgressão disciplinar apenada com privação de liberdade por meio de decreto, portaria ou de qualquer outro ato administrativo normativo. Trata-se, na realidade de valorosa garantia fundamental ao direito à liberdade da pessoa humana, ver que impede o abuso e o arbítrio do poder público na imposição de restrições à liberdade de ir e vir.”<sup>21</sup>

Dando início ao tópico, propriamente dito, observável é que, em vários momentos, militares angustiados buscaram socorro na barra dos tribunais e o que observaram: juízes que, por algum motivo, simplesmente faziam o mesmo que alguns “pesquisadores”, partiam da premissa, sem qualquer fundamentação, que teria havido a recepção do Art. 47 da Lei 6880/80, assim reconhecendo a legalidade e vitalidade do Decreto 4346/02 e mantinham tanto o cerceamento de liberdade, quanto reforçavam a legalidade de uma ilegalidade. Tudo por não examinar adequadamente, ou ao menos com boa vontade, os argumentos apresentados.

Em emitir voto no Mandado De Segurança Nº 9.710 - DF (2004/0066791-6), de 6 de setembro de 2004, a Ministra Laurita Vaz, com respeito à inconstitucionalidade suscitada por um paciente preso disciplinarmente, entende ser constitucional a norma aplicada ao caso, sem explicar como o “regime próprio dos militares” poderia superar um direito fundamental expresso na Constituição<sup>22</sup>.

21 Abreu, Jorge Luiz Nogueira de. Direito Administrativo Militar. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2010.

22 Conforme trecho de voto da Ministra Laurita Vaz: “Argúi o Impetrante, preliminarmente

No voto, ela não aclara de onde viria o fundamento da recepção da prisão imposta ao paciente. Mais que isso, faz um contraponto que não existe, a saber: entre os princípios da hierarquia e disciplina entre os militares e o direito fundamental a ter as hipóteses de cerceamento de liberdade definidas em lei, mesmo para crimes e transgressões militares.

Muitos, para afirmar a legalidade, aludem a uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3340) proposta pelo então Procurador da República e que teve negado o seguimento em 3 de novembro de 2005, tendo em vista a generalidade do pedido. Malogram no propósito.

O caso é o seguinte: O Decreto 4346/02 traz, em seu bojo, tanto transgressões punidas com advertência e repreensão em que não há cerceamento de liberdade, quanto hipóteses de cerceamento de liberdade no que toca ao impedimento disciplinar, detenção e prisão. Como o Procurador Geral pedia a extirpação de todo o Regulamento, firmou-se o entendimento pela impossibilidade de seguimento à ação, e não um reconhecimento de legalidade ao dito Regulamento. E mais, o então Ministro Cezar Peluso sustenta posição no sentido de já retirar a legalidade aos comandos destinados a aplicar as penalidades de cerceamento de liberdade já naquela ocasião<sup>23</sup>.

---

te, a inconstitucionalidade da detenção militar, porquanto “não existe base legal para se decretar prisão militar com fundamento em Decreto Presidencial n.º 4.364/02 que contém o Regulamento Disciplinar do Exército” (fl. 14), haja vista depender de lei, consoante dispõe o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. No mérito, alega, em suma, cerceamento de defesa, na medida em que não foi pessoalmente ouvido, conforme previsão normativa, e “por duas vezes solicitou a explicação do que estaria sendo acusado. E nas duas não obteve [...] a resposta para suas indagações” (fl. 25). Assevera, ainda, que faltou a Parte geradora da acusação, que, aliás, considera ter sido genérica, causando-lhe irreparável prejuízo à defesa.

Não há o argüido direito líquido e certo amparável pela via mandamental. Como se sabe, e reconhece o Impetrante, a hierarquia e a disciplina são os pilares que sustentam as Forças Armadas (art. 142, da Constituição Federal, c.c. art. 14 da Lei n.º 6.880/80) cujos integrantes se submetem a regime próprio, distinto dos demais servidores do Estado (art. 3º da Lei n.º 6.880/80).” ADI 3340/STF

23 Conforme trecho de voto do Ministro Cesar Peluso: “A mim me parece que não é possível chegar-se a uma interpretação, pelo menos de maneira satisfatória, da norma do Inciso LXI, sem conjugá-la com a norma prevista no ar. 142, § 2º. Tenho por muito difícil ou impossível superar o obstáculo do texto, quando se refere a “definidos em lei”, para excluir o caso de transgressão militar. O fato de o adjetivo estar no plural não deixa nenhuma dúvida de que a Constituição exige que tanto o crime propriamente militar, como a transgressão militar hão de estar definidos em lei, para o efeito da norma.

Mas a norma não contém proibição de exercício de competência legislativa de caráter geral. A meu ver, prevê, pura e simplesmente, mais uma garantia de liberdade individual, no sentido de que prevê a tutela da liberdade no caso de prisão em flagrante ou de prisão de outra ordem, que deve ser sempre por escrito. Noutras palavras, essa norma não cuida de competência legislativa de caráter geral,

Ao fim, fica decidido negar seguimento ao feito, e não que o pedido tenha sido denegado, afirmando qualquer legalidade à prisão decorrente de regulamento.

Tudo muda com o julgamento do Habeas Corpus N° 2009.04.00.034984-0/RS, julgado em 22 de outubro de 2009, no TRF da 4ª Região, reconhecendo-se a não recepção do Art. 47 da Lei 6880/80. Aqui, o Recurso Extraordinário, interposto pela Advocacia da União no sentido de reverter decisão que declarou a não recepção do artigo pela nova ordem vigente, teve “Repercussão Geral” reconhecida, em virtude do tribunal ter considerado não recepcionado o dispositivo aludido<sup>24</sup>.

Parece que, agora, não há como fugir. Será possível verificar se Cezar Peluso estava certo ou não. Se a Constituição é carta política ou jurídica. Se há, ou não, uma constitucionalização do direito.

Resta clara a importância do judiciário tanto na apreciação da recepção de normas, quanto na preservação da incolumidade dos direitos fundamentais sem usar “princípios implícitos”, “ativismos”, etc. Apenas fazendo

---

mas estatui apenas uma proibição condicionada de restrição à liberdade individual, seja em caso de flagrante delito ou outro caso de prisão, quando a causa dessa prisão, sendo transgressão militar, não se encontre definida em lei. Ou seja, perante a norma, nada impede que o regulamento defina as transgressões militares, mas não é possível que regulamento comine pena de prisão ou preveja prisão em flagrante, se a transgressão não esteja definida em lei.” ADI 3340/STF

<sup>24</sup> Ementa da decisão tomada pelo Tribunal Regional da 4ª Região: “PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. CF, ART. 142, § 2º. CABIMENTO DO *WRIT* PARA A ANÁLISE DA LEGALIDADE DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRISÃO E DETENÇÃO DISCIPLINARES. RESERVA LEGAL. CF, ART. 5º, XLI. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 47 DA LEI Nº 6.880/80. ILEGALIDADE DO ART. 24, IV E V, DO DECRETO Nº 4.346/02.

As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei *stricto sensu* (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição de tais reprimendas.

Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Conseqüentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25).” HC Nº 2009.04.00.034984-0/RS

sua atividade cotidiana.

Aqui, cabe a pergunta: quantos terão sua liberdade cerceada indevidamente até que o judiciário extirpe um dispositivo que nem deveria ter sido admitido no “sistema”.

Neste caso, retornando a Bobbio, não foi que o velho permaneceu no novo, adequadamente e sob nova roupagem; na verdade, ele ficou com suas roupas velhas e influenciando o novo negativamente, é o que parece.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nestas linhas derradeiras, aproveitar-se-á o momento para fazer uma retomada sintética do texto, acreditando terem sido os itens adequados ao propósito, que foi dar uma pequena contribuição para o debate da preservação dos direitos fundamentais no direito administrativo, pensando ser tal desiderato relevante para a estabilidade da própria ordem.

Com a nova ordem jurídica, inaugurada com a Constituição de 1988, houve uma mudança drástica de paradigma que exigira aos estudiosos, em todas as disciplinas, cada uma visando a atender suas necessidades, a utilização de uma nova lente, a da constitucionalização. Ou seja, todo estudioso precisou passar a ser um pouquinho constitucionalista, ao menos para adequar suas investigações.

Ocorre que o direito administrativo, especialmente o militar que é pouco estudado, necessita de maior atenção por parte da comunidade jurídica a fim de alcançar a harmonia desta disciplina sob o pálio da nova ordem constitucional vigente.

Outro tema comentado, porém pouco estudado, foi o da “sujeição especial” que surgira em um contexto muito diverso do existente no Brasil pós-Constituição de 1988. Tal fato exige do jurista ou a “aclimatação” do instituto, ou a escolha de uma designação mais precisa, de maneira que a dúvida sobre as possibilidades de limitações de direitos fundamentais sob tais fundamentos seja extinta.

Quando o legislativo demora em produzir norma, por um lado, impõe ao judiciário construir a boa aplicação do direito e, do outro, uma maneira de compensar falhas - especialmente quando for caso de atentado contra os direitos fundamentais.

Descabido é que regulamentos estabeleçam hipóteses de cerceamento

de liberdade, ainda mais quando o “órgão julgador administrativo” é o acusador.

Vale o alerta de que, no Brasil, impera o princípio da unicidade do judiciário, apesar de ter importado o processo administrativo de inspiração francesa, em que há duas jurisdições. Aqui, o “juiz administrativo” é diretamente interessado no processo, principalmente para punir.

Sendo assim, é incontestável a necessidade de atenção do poder judiciário, não só dele, tendo clara, na mente, a seguinte ideia de que o “julgador administrativo” não há razão para deixar um direito fundamental ao alvedrio da autoridade administrativa. Há que se levar em conta que não pode o judiciário se imiscuir no mérito do ato administrativo. Sabendo disso, continuar permitindo o cerceamento de liberdade, por parte daquelas autoridades, com fundamento em regulamento, em total desrespeito ao direito fundamental à liberdade, não é razoável à luz da ordem jurídica brasileira.

Ao produzir o texto, a maior intenção, até mesmo pelo Recurso Extraordinário 603.116/RS (Com repercussão geral reconhecida em 6 de março de 2014) pendente de julgamento, é aumentar as possibilidades de um debate edificante em prol da efetiva constitucionalização do direito vivo.

#### REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª Ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo 2009

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. Malheiros Editores São Paulo. 2009

PUCETTI, Renata Fiori. **Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos**. Dissertação de Mestrado. PUC-SP. São Paulo. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Ver. Atual. São Paulo. Saraiva. 2009

BOBBIO, Norberto. **A teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos; Revisão Técnica Cláudio de Cicco. Brasília. Universidade de Brasília. 6ª Edição. 1995.

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. Rio de

Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2010.

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à Luz dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p. 55 – 71, 2013.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Salvador, n. 26, 2011.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do Exército (decreto 4346/2002). **Revista SJRJ**. Rio de Janeiro, p. 57-77, 2010.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 18. p. 31 – 53, 2007.

MENAGED, Marcelo. O fenômeno e as formas de controle de constitucionalidade das leis. Série Aperfeiçoamento de magistrados. In: **Controle de constitucionalidade: fundamentos teóricos e jurisprudenciais segundo magistrados do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. EMERJ. p. 168 – 183, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Norma jurídica e lei são figuras teóricas diferentes. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 98. p. 175 – 204, 2008.