

JUSTIÇA CIDADANIA &

revistajc@revistajc.com.br - www.revistajc.com.br

A igualdade entre
homens e mulheres

*A igualdade e as ações
Afirmativas*

*A democracia
exigente*

*Editorial:
A Lei de Moisés*

Ministra Ellen Gracie:

**Os ônus e responsabilidades
da tarefa árdua de julgar**



Punição disciplinar militar e cabimento de Habeas Corpus no caso de aparente antinomia entre normas constitucionais

Juiz Federal Cassio Murilo M. Granzinoli

A Constituição da República Federativa do Brasil preconiza em seu art. 142, §2º, de forma expressa, que "não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares".

A interpretação literal desse dispositivo deixa antever que, em hipótese alguma, caberá a ação de caráter constitucional de habeas corpus em face de punições disciplinares aplicadas a servidores militares, sejam federais (militares das Forças Armadas) ou estaduais (militares das chamadas Forças Auxiliares).

Realmente, essa é a regra preconizada pela Lei Maior, cuja *ratio* é justamente a de salvaguardar a hierarquia e a disciplina, basilares das organizações militares e que as fazem subsistir ao longo dos séculos.

Por certo que o Poder Judiciário, como acontece com qualquer ato administrativo, somente anula atos ilegais, não podendo revogar atos inconvenientes ou inoportunos, desde que formal e substancialmente legítimos, eis que essa atribuição é exclusiva da própria Administração.

Todavia, existem algumas hipóteses excepcionais em que o ato administrativo emanado da administração pública, no caso uma organização militar, através da autoridade competente, pode ser revisto pelo Judiciário, sem que com isso possa-se afirmar que a Lei Maior esteja sendo violada.

O caso mais comum e mais conhecido é quando o ato punitivo¹, como espécie de ato administrativo, está eivado de alguma ilegalidade, vale dizer, não obedeceu a algum dos requisitos vinculados do ato administrativo,

como, por exemplo, a falta de competência por parte da autoridade que emitiu o ato ou a inobservância da forma prescrita em lei.

Outra hipótese de anulação judicial do ato seria em caso de inobservância do devido processo legal, incluído neste o direito à defesa prévia, instituto de cunho constitucional. Exemplo disso seria a aplicação de uma sanção disciplinar militar ao servidor militar sem dar a conhecer de antemão a este a imputação que lhe é feita e o direito de tentar justificar sua conduta. Lógico que não estamos a preconizar aqui a

É que o militar, conforme prevêem o Regulamento Disciplinar de cada uma das Armas das Forças Armadas e os Regulamentos das Milícias Estaduais, para prestar um concurso público, objetivando alçar o exercício de outra profissão, tem que pedir autorização à autoridade militar competente, pena de cometer transgressão disciplinar se não o fizer.

necessidade de defesa técnica, através de advogado, em casos de transgressões disciplinares que não dessem ensejo a punição de maior gravidade. Fazer apologia disso seria estar colaborando para jogar por terra a própria organização militar, instituição secular e que possui inúmeras qualidades e incontestes utilidades. Poderia haver, sim, necessidade de

defesa técnica em casos em que a sanção aplicável fosse de maior gravidade, como a que pudesse gerar a exclusão do militar da respectiva Corporação.

Mas o objetivo principal do presente estudo não é o de tratar de casos concernentes à anulação do ato administrativo por inobservância de algum requisito essencial e, em termo lato, por ilegalidade do ato. Referida análise já foi exaustivamente feita, e de forma bem mais elaborada e fundamentada, pelos administrativistas.

No caso presente tratar-se-á de uma outra questão, até então pouco aventada pela doutrina e jurisprudência pátrias - sobretudo no que pertine às transgressões disciplinares militares -, que é a do aparente conflito entre normas constitucionais.

Como já dito no início destas linhas, a Constituição da República Federativa do Brasil preconiza em seu art. 142, §2º, de forma expressa, que "não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares". Essa mesma Constituição, todavia, prevê em seu art. 5º, XIII, que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer".

Logo, o que fazer para solucionar o conflito aparente de normas resultante da prisão disciplinar de um militar que não pede autorização administrativa de seu comandante para prestar um concurso público?

Já se sabe que os métodos tradicionais para solução de antinomias não são suficientes para resolver o aparente conflito de normas constitucionais, conforme se vê: o critério cronológico não satisfaz, pois as duas normas surgiram juntas, por força do constituinte originário; o critério hierárquico também não, eis que ambas as normas são constitucionais e, portanto, possuem a mesma densidade normativa e, ainda, insuficiente o critério da



especialidade uma vez que, no caso, não há relação de especialidade entre referidas normas, pois ambas emanam do mesmo diploma legal, que é a própria Constituição.

É que vigora entre nós o princípio da "unidade hierárquico-normativa" da Constituição², ou seja, desde o prisma formal, todas as normas constitucionais residem no mesmo patamar hierárquico. A solução das eventuais antinomias dá-se através da utilização do "princípio da concordância prática"³ ou da "cedência recíproca"⁴.

Portanto, não há hierarquia entre normas constitucionais, tampouco entre as insertas no ADCT. No caso de aparente antinomia, deve-se buscar uma interpretação sistemática e harmonizadora entre elas para que todas possam ter validade.

Por outro lado, não há que se falar entre nós de normas constitucionais inconstitucionais, como chegou a defender na Alemanha Otto Bachof, em sua aula inaugural na Universidade de Heidelberg, onde sustentou existir uma hipótese em que a norma da Constituição pode afigurar-se inconstitucional: quando dita norma contrariar princípios transcendentais supralegais, positivados no texto da Constituição, o que o Tribunal Constitucional alemão chegou a admitir, ao menos em tese, em casos

excepcionais.

É que, em sentido oposto a essa tese, já julgou o Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADIn nº 815-DF, Relator Min. Moreira Alves: "Não podendo, pois, o Supremo Tribunal, em controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, fiscalizar o Poder Constituinte originário, quer em face do direito suprapositivo não positivado na Constituição, quer diante do direito suprapositivo positivado na Carta Magna, quer com base em normas constitucionais que seriam de grau superior ao das demais, não pode ele, com base no princípio da igualdade (que a própria Constituição limita, como se vê, por exemplo, do disposto no artigo 5º, I) e de seus consectários segundo os termos da inicial, conhecer da presente ação direta, por impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, o de declarar a alegada inconstitucionalidade parcial dos §§ 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal, que dizem respeito ao sistema representativo que é disciplinado nos termos da Carta Magna, como está determinado no parágrafo único do artigo 1º, que traduz o fundamento mesmo da democracia: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição". Em face do exposto, e acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral da República, não conheço

da presente ação, por impossibilidade jurídica do pedido."

Portanto, para o deslinde da questão há necessidade de socorrer-se a outros métodos, como o da ponderação de bens. Segundo este método, devem ser analisadas todas as normas e valores envolvidos no caso concreto, sendo o objetivo maior do intérprete o de lograr, dentro do possível, a 'concordância prática' entre eles, de modo a restringir cada um apenas no limite necessário.

No dizer de Canotilho, referido método "impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros"⁵.

Em outras palavras: na análise da hipótese ora aventada - punição disciplinar do militar que não pede autorização a seu comandante para prestar concurso público e vem a ser punido administrativamente por esse fato ou se vê na iminência de que isso aconteça - existe uma aparente colisão entre a norma inserta no art. 142 § 2º "não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares" e a norma do art. 5º, XIII "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", aliada ainda

à norma do art. 5º, XXXIV, a, que prevê que “são a todos assegurados o direito de petição em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, normas essas todas emanadas da Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988.

E para solucionar tal impasse só mesmo socorrendo-se ao princípio da ponderação de bens e interesses, de grande aplicação no direito tedesco, uma vez que os critérios tradicionais de solução de conflitos no caso de concurso de normas não resolvem o problema.

É que o militar, conforme prevêem o Regulamento Disciplinar de cada uma das Armas das Forças Armadas e os Regulamentos das Milícias Estaduais, para prestar um concurso público, objetivando alçar o exercício de outra profissão, tem que pedir autorização à autoridade militar competente, pena de cometer transgressão disciplinar se não o fizer.

Ora, para os que têm um conhecimento mínimo do meio militar, essa situação é bem conhecida, deixando a pessoa numa situação denominada popularmente de “ficar entre a cruz e a caldeirinha”, ou seja, se pede a referida autorização e não é aprovado no concurso público, corre o risco de ficar ‘mal visto’ frente a seus superiores hierárquicos, o que só acontecer. Se é aprovado e não pediu autorização para prestar o concurso, incide na hipótese ora aventada, ou seja, de vir a ser punido administrativamente por não ter solicitado a referida autorização.

Voltando ao método da ponderação dos bens, que está intimamente ligado ao princípio da proporcionalidade, temos que um dos limites que a doutrina impõe na adoção desse método é justamente o respeito ao chamado ‘núcleo essencial dos direitos fundamentais’.

No caso em concreto, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é direito individual, fundamental, bem como o direito de petição, cujas garantias não podem ser obstaculizadas pela própria Constituição.

Tanto é assim que a jurisprudência vem admitindo o uso do habeas corpus em relação a transgressões disciplinares militares, embora sem fazer alusão expressamente ao método da ponderação dos bens, como se defende no presente estudo.

Apontam, sim, doutrina e jurisprudência, pela via oblíqua, a hipótese de a norma do art. 142 §2º não ter caráter absoluto - o que não

esvazia o mérito dessas assertivas -, como o faz, v.g., Vicente de Azevedo: “tal preceito restritivo deve ser também entendido restritivamente e não como proibição absoluta. Cumpre salientar, de início, se a prisão tem a natureza de providência disciplinar e, depois, se é legal(...) e, por fim, se a autoridade não excede ‘dos limites que a lei lhe concede quanto à natureza, forma e duração da prisão’.

Assim, conforme já dito inicialmente, a doutrina e jurisprudência sempre foram concordes no que tange à apreciação judicial do ato por questão de ilegalidade, conforme o excerto jurisprudencial abaixo:

“ Habeas Corpus. Militar. Pena disciplinar. Art. 142§2º da Lei Magna.

- Incabível nos termos do Art. 142§2º da Carta da República, habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

- A restrição, todavia, circunscreve-se ao exame do mérito. Os aspectos extrínsecos do ato que aplicou a punição disciplinar podem, contudo, ser objeto de apreciação pela via do Mandamus.

- Pedido indeferido”.

(Proc. 5397, de 08.04.97,STJ, Rel. José Arnaldo da Fonseca).

Doutrina e jurisprudência, porém, pelo que se tem conhecimento, ainda não enfrentaram a possibilidade de concessão da ordem em ação de habeas corpus para evitar restrição ao direito de ir e vir na hipótese de, como a ora tratada, aparente colisão entre normas constitucionais. Vale dizer, embora aparentemente legal o ato administrativo punitivo, preenchidos os seus requisitos de validade, ainda assim subsiste uma hipótese em que o ato coator pode ser enfrentado judicialmente. E essa hipótese é exatamente a da aplicação do princípio da ponderação de bens para solucionar a aparente antinomia entre normas constitucionais.

Além do que, no caso em apreço - ou seja, punição disciplinar por não pedir autorização para prestar concurso público -, verifica-se que a constrição sofrida pelo militar advém de fato não estritamente ligado à hierarquia e disciplina militares, sustentáculos que mantêm vivas essa organização ao longo dos séculos e em cuja ordem não pode e não deve o Judiciário interferir, tanto que esse é o sentido e essa a razão, a *ratio*, da norma do art. 142 §2º da Constituição.

É que, no caso em exame, a norma disciplinar que exige autorização prévia para realização de concurso público não está a tutelar a hierarquia e a disciplina militares, afigurando-se mais como restritiva e ameaçadora àqueles que não pretendem mais pertencer às briosas fileiras militares, do que de resguardo ao próprio regime militar.

Portanto, em conclusão, pela aplicação do princípio da ponderação de bens em disputa, deve ser afastada no caso concreto a interpretação literal e absoluta do preceito do art. 142 §2º da Constituição Federal, que impede o uso de habeas corpus em face de punições disciplinares militares, para se dar maior aplicação à norma constitucional que garante o livre acesso a qualquer trabalho, ofício ou profissão.

Em outras palavras, do cotejo dos interesses jurídicos em jogo, pelo uso do método da ponderação dos bens, deve se dar prevalência, no estrito caso em concreto, à norma constitucional, inserta entre os direitos fundamentais, que garante o livre acesso a qualquer trabalho, ofício ou profissão, no afã de salvaguardar seu núcleo essencial.

Não se trata, repita-se, de amparar ou de fazer apologia à prática de transgressões disciplinares militares que possam colocar em risco os próprios sustentáculos do sistema militar, ou seja, a hierarquia e disciplina. Trata-se, sim, de garantir a inviolabilidade do núcleo fundamental de norma constitucional, que não pode ser violentada nem mesmo por outra norma de cunho constitucional. ■

Cassio Murilo Monteiro Granzinoli é Juiz Federal no Rio de Janeiro.

1 Atos administrativos punitivos são os que, segundo o inesquecível Hely Lopes Meirelles, “contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos” (in Direito Administrativo Brasileiro, Ed. RT, 1997, p.153)

2 Celso Ribeiro Bastos.

3 José Joaquim Gomes Canotilho

4 Celso Ribeiro Bastos.

5 apud Daniel Sarmento, ‘Teoria dos Direitos Fundamentais’, Ed. Renovar, 1999, p. 55.