

Inconstitucionalidade da previsão de transgressões disciplinares militares em decreto

Geisa de Assis Rodrigues

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXI, determina que 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.

A necessidade de previsão em lei formal dos casos de prisão é ressaltada na doutrina insuspeita de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira, v.01, São Paulo: Saraiva, 1994, pg.72): “Há outra exigência, todavia, que é no texto vigente implícita. A prisão não pode ser determinada senão nos casos fixados em lei...A Constituição vigente apenas menciona tal exigência no tocante a transgressão disciplinar e crime militar. Isto não significa que a dispense nos demais casos”.

As normas que permitiam a previsão das transgressões militares e a sua prisão em decretos eram anteriores à Constituição de 1988, tinham como fundamento a lei 6680/1980, e foram recepcionadas com status de lei, fenômeno jurídico comum nos processos de refundação de Estados constitucionais para garantir a estabilidade da transição política e jurídica, reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, o Decreto nº. 1011/1993, que cuida de novas contravenções disciplinares e regras de aplicação de detenção e de prisão na Marinha, assim como o Decreto nº 4346/2002, que deu novo tratamento à questão no Exército, não observaram a exigência constitucional da lei formal.

A Constituição de 1988 exige que a lei seja a fonte única de restrição de direitos dos que guardam relações especiais de sujeição com o Estado, que são aquelas relações que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão, em parte, também direitos especiais, portanto, por exemplo, as relações do funcionário, do soldado, do aluno de uma escola pública- mas também aquela do preso (HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, pg. 259).

Os militares do Exército e da Marinha, bem como os alunos de escolas militares, vivenciam essa relação especial de sujeição e podem ter seus direitos mais limitados do que as demais pessoas, em função da necessidade da hierarquia e dos propósitos das instituições às quais estão vinculados, mas é na lei que deve residir essa limitação.

No caso das transgressões militares e das prisões disciplinares a Constituição é explícita, como já demonstrado, mas ainda que assim não fosse a adequada aplicação do princípio da legalidade com a previsão constitucional da efetividade dos direitos fundamentais forçosamente conduziria ao mesmo resultado, conforme ressalta Clarissa Sampaio Silva: “a conjugação do artigo 5º, II da CF (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei), e do § 1º do art. 5º, que assegura a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, leva à conclusão de que as restrições a eles deve ser feita por lei. Mas ainda: essa lei deve obedecer os cânones do princípio da proporcionalidade, que a despeito de não ser contemplado de forma expressa no texto constitucional, é usualmente acolhido pela doutrina e pela jurisprudência, nomeadamente pelo Supremo Tribunal federal, constituindo forma por excelência de sua manifestação a elaboração de leis restritivas a direitos fundamentais com observância do devido processo legal em sentido material (CF, art. 5º, LV), consoante destacado em oportunidade anterior.”(Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição. O caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.)

Do mesmo modo, Canotilho ressalta que “deverá exigir-se um inequívoco fundamento constitucional-legal, sempre que se trate de limitação dos direitos fundamentais (ex. A restrição do segredo de correspondência dos presos, a limitação do direito de reunião dos militares). Mas, para além disso, nas instituições em que se imponha uma vinculação mais profunda dos cidadãos, esta vinculação deve ser definida, nos seus aspectos essenciais, por lei (Wesentlichkeitstheorie) Assim, por exemplo, as relações nas escolas (os processos disciplinares, a seleção de docentes, a expulsão de alunos, a semana de cinco dias), são pontos que, nos aspectos essenciais, devem ser definidos por lei.”(Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, pg. 644.)

Portanto, os artigos do Decreto nº 4346/2002 e do Decreto nº 1011/1993 que arrolam as infrações disciplinares, que estabelecem sanções, inclusive as privativas de liberdade, e que disciplinam a aplicação dessas sanções violam a Constituição, pois a partir de 1988 a Norma Fundamental exige que as transgressões disciplinares dos militares estejam previstas em lei formal.

Portanto, é importante que se requeira o pedido de declaração de inconstitucionalidade de tais normas, pois a ação direta de inconstitucionalidade nº

3340-9, na qual a Procuradoria-Geral da República postulou a inconstitucionalidade apenas do Decreto 4346/2002, não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal à míngua da indicação específica dos artigos inconstitucionais, o que, ora, pode ser facilmente corrigido.

Lutar pela observância estrita da forma na restrição dos direitos fundamentais vai muito além do mero formalismo, é garantir a plena proteção dos direitos fundamentais, que só podem ser limitados pelo consciente debate da sociedade através de seu Parlamento.