

DOCTRINA

As forças armadas na Constituição (+)

M. SEABRA FAGUNDES

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO: I — Da coercibilidade como elemento essencial à eficácia da norma jurídica; II — Da posição das forças armadas no sistema coercitivo; III — Instituições nacionais permanentes; IV — Exército, Marinha e Aeronáutica; V — Fixação dos Efetivos; IV — Da hierarquia e da disciplina; VII — Da cláusula constitucional — “Dentro dos limites da lei” —; VIII — Do Presidente da República como chefe supremo das forças Armadas; IX — Da obrigação militar; X — Das polícias militares; XI — Dos militares de carreira.

I — DA COERCIBILIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL À EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

A norma jurídica tem na coercibilidade, quando não o seu elemento especificamente característico, como entende KELSEN, pelo menos elemento essencial à sua eficácia (1). E nas sanções, pontenciais ou atuais, a que dá lugar a sua infringência, que ela encontra os fatores de atuação positiva na sociedade pelo condicionamento de todas as atividades humanas ao seu conteúdo.

O sistema de sanções atua, as mais das vezes, por simples intimidação, bastando a possibilidade da sua incidência sobre o indivíduo (na ordem interna) ou o Estado (nas ordens interna e internacional) para assegurar o respeito á norma jurídica (2). Frequentes vezes, porém, a atuação do sistema de sanções se materializa na aplicação da força, quer para punir o que viola o direito

positivo, quer para impô-lo, materialmente, aos recalcitrantes, fazendo que o procedimento de cada um se acomode ao seu teor.

Todavia, seja como fôr que atue, abstratamente, com caráter intimidativo, ou concretamente traduzindo-se em coerção física, tem o sistema jurídico de sanções as suas bases na força material organizada a serviço da ordem e da paz. Se o indivíduo obedece ao cânone jurídico independente da aplicação atual da sanção física, não o faz senão porque êle se pode tornar efetivo pela força. Esta é a verdade, ainda quando, para generalizá-la, se tenha de buscar as origens desse sentimento de obediência na sedimentação sucessiva, através das gerações, do temor da força material.

II — DA POSIÇÃO DAS FÔRÇAS ARMADAS NO SISTEMA COERCITIVO

2. As Fôrças Armadas constituem, em todos os Estados, o elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito.

Nelas, na eficiência da sua estrutura e na respeitabilidade que as envolva, repousa a paz social pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização dos seus fins. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranqüilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função do seu poderio que se afirmam, os momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania. (3).

(*) Conferência pronunciada, a 28 de agosto de 1946, no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros.

(1) *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, versão espanhola de F. COSTA, págs. 29/37.

(2) HANS KELSEN, *obr. cit.*, págs. 27/30.

(3) Mesmo em face das modificações que se aviznam no sistema internacional de segurança com o Tratado do Rio de Janeiro e a intervenção da O.N.U. nos conflitos entre Estados, as forças ramadas locais não tendem a perder a significação no plano político mundial. Não só se admite

Forças armadas - Constituição 1946

Por isto mesmo na organização política de todos os povos se reserva às Fôrças Armadas posição especial e destacada, desde os seus problemas de estrutura e funcionamento, até os que dizem respeito á sua missão.

3. Com aplicação ao nosso país se pode dizer que o relêvo a elas atribuído é uma constante do seu direito constitucional.

A Constituição Imperial lhes consagrava um capítulo especial. (4).

A primeira Constituição republicana dispunha sôbre as Fôrças Armadas em nada menos de oito artigos. (5).

Na Carta de 1934 se lhes reservava o título "Da Segurança Nacional".

A Carta de 1937, apenas se distancia da anterior no desdobrar em duas secções ("Dos Militares de Terra e Mar" e "Da Segurança Nacional"), o que aquela abrangia tão sómente em uma.

A Constituição vigente reúne, com propriedade, o que respeita à organização, finalidades, aos órgãos diretivos, etc., do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, bem como aos problemas da defesa nacional e ao pessoal militar, em um título especial, — "Das Fôrças Armadas". (6).

III — INSTITUIÇÕES NACIONAIS PERMANENTES

4. A Carta Política de 18 de setembro, no art. 176, conceitua as Fôrças Armadas como "instituições nacionais permanentes", essencialmente constituídas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, "organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei".

5. É a Constituição de 1891 que declara, peremptoriamente, o caráter de *instituições nacionais permanentes* das Fôrças Armadas. (7).

Na Constituição do Império do Exército e a Armada já aparecem como instituições nacionais

a sua intervenção como parte dos planos coletivos de segurança, como as fôrças conjuntas a empregar em favor da paz delas deverão receber os contingentes de que se não de compor.

(4) Capítulo VIII, "Da Fôrça Militar".

(5) Arts. 14; 34, ns. 17 e 18; 48, ns. 3, 4 e 5; 73, 74; 76; 77; 87.

(6) Título VII.

(7) Art. 14.

pelo reconhecimento expresso do seu papel essencial na vida do Estado (8). Não se lhes afirma esse caráter, com ênfase, como o fariam depois as constituições republicanas, mas a leitura do capítulo "Da Fôrça Militar" conduz a tal entendimento.

Foram razões técnicas e históricas que levaram a conceituá-las assim, explicitamente. A importância política, que se lhes ampliara com a proclamação da República feita pelo Exército e, também, a melhor compreensão na técnica legislativa constitucional de sua posição no quadro dos elementos basilares da estrutura do Estado, fizeram-se lhes reconhecesse o caráter institucional.

O serem *instituição* significa que se lhes reconhece a importância e a relativa autonomia jurídica decorrentes do caráter institucional como sucede, nos mais diversos setores, aos órgãos ou elementos vitais do organismo político-social.

As repercussões da chamada *Questão Militar*, durante cuja fase crítica se temera a dissolução do Exército, levaram á menção do caráter permanente das Fôrças Armadas (9).

Dizer que são *permanentes* é vinculá-las á própria vida do Estado, atribuindo-se-lhes a duração dêste.

Não foi sem celeuma que o texto vitoriou na Assembléia Constituinte. Os teóricos puros, que os há sempre a pretender solver os problemas políticos (como aliás todos) esquemáticamente, no papel sem adequação à realidade, pretendiam que se a tendência da Humanidade era para a abolição dos exércitos na consumação de uma era magnificada de paz, não havia como consignar na Lei Magna que o Brasil manteria permanentemente Fôrças Armadas.

Também se arguiu, com lucidez, ser pleonástica a expressão "instituições nacionais permanentes", porque se dizendo nacional uma instituição, na Carta Política, se lhe afirma, virtualmente, o caráter de permanência; ela há de ser tão duradoura quanto essa (10).

Nenhuma dessas objeções, entretanto, prevaleceu. Aquela por inconsistente, assentando, como assentava, em razões fora da realidade. Se algum

(8) Arts. 145, 146 e 148.

(9) CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, 2.^a edição, pág. 225.

(10) Emenda do Deputado GIL GOULART, *apud* AURELINO LEAL, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, 1925, vol. I, págs. 199/200.

diá a Humanidade pudesse chegar a um estado geral de paz, todos os povos sendo levados ao desarmamento, não seria um texto constitucional reformável, que fizesse permanecer odiosamente armada qualquer nação. A segunda, bem que contendo em si razoável fundo de verdade, caiu porque ao burilado da linguagem e ao esmero técnico se proferiu, sob a impressão de fatos recentes, a preteritoriedade do dispositivo. Nem é êsse o único caso, senão um entre centenas, em que, na elaboração das leis, que deve revestir feitio essencialmente prático, se pretere a forma elegante e medida em favor da clareza e da inequívocidade do pensamento a exprimir (11).

IV — EXÉRCITO, MARINHA E AERONÁUTICA

6. Inicialmente compostas de *fôrças de mar e terra* organizadas em Armada e Exército (12) ou (*exército de linha*, como se dizia sob a influência, talvez a da terminologia francesa) (13), a evolução da aviação e a sua conseqüente aplicação como fator importantíssimo à ciência da guerra, impuseram a autonomia da arma aérea, que passou a constituir ministério próprio, o da Aeronáutica. O assunto aqui não suscitou controvérsias. Certo na época em que se concretizou seria impossível debatê-lo francamente, sem embargo das sua magnitude. Mas tudo faz crer que, mesmo discutido, ter-se-ia alcançado igual resultado pela maturidade a que chegará, entre os técnicos militares brasileiros, a idéia da autonomia da aeronáutica. Dessa maturidade afigura-se-nos termos a contra-prova não se haver debatido o assunto, quando restaurada no país a liberdade de crítica (14).

(11) RUI, *Comentários à Constituição Federal*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, 1932, vol. I, páginas 26/27.

(12) *C. Imperial*, arts. 146, 148 e 150.

(13) PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro*, 1857, pág. 92.

(14) Alhures o problema tem conduzido a debates e vacilações. Na França, por exemplo, a idéia deu lugar a grande controvérsia. Surgiu e prevaleceu em 1928, com a criação do Ministério do Ar, para, menos de um lustro depois, em fevereiro de 1932, ser batida com a supressão dessa secretaria e, afinal, prevalecer pelo seu restabelecimento, sob o gabinete HERRIOT, nesse mesmo ano.

E' que lá, nem se situou a questão à luz de considerações; exclusivamente técnicas, nem estas convergiram, como aqui, à autonomia da força aérea. Os técnicos em grande número vetaram a criação do Ministério do Ar sob o motivo de que, tornada autônoma a Força Aérea, precipuamente destinada a cooperar com o Exército e a Armada, sacrifi-

V — DA FIXAÇÃO DOS EFETIVOS

7. Com o *Bill of Rights* de 13 de fevereiro de 1688 recusaram as câmaras inglesas ao Rei o poder de, em tempo de paz, manter um exército sem autorização parlamentar (15). E, completamente, o Parlamento passou, de então por diante, a determinar, em autorizações de duração ânua, o total dos homens a manter em armas, bem como a votar, em cada orçamento anual, a verba respectiva (16). Ao mesmo tempo que se reconhecia a necessidade de fôrças permanentes para a defesa da pátria e da ordem, se tinha como certo que a sua manutenção significando um duplo onus à coletividade pela obrigação de serviço imposta às classes convocadas e pelas despesas de custeio, devia submeter-se à freqüente apreciação do Parlamento.

Pela sua origem e pelo seu sentido, o princípio da periodicidade se difundiu, então, no direito público universal, erigindo-se em um dos cânones de proteção do povo, através do Parlamento, contra os abusos do Poder Executivo.

Adotaram-no: os Estados Unidos, onde a lei fixada é bienal, em a circunstância, ressaltada por BLACK, de traduzir, já que a Câmara dos Representantes se renova de dois em dois anos, as inclinações mais recentes da opinião pública (17); a Bélgica, com lei ânua (18); a França (que o abandonou em 1872) (19); o nosso país, onde o critério da fixação periódica foi acolhido nas constituições de 1824, 1891, 1934 (20) e atual.

car-se-ia a unidade de comando. A razão preponderante em seu favor foi um febril movimento popular, que a "Revue des deux Mondes" chegou a referir como "caso de loucura coletiva". Teve origem no acidente de aviação que, naquêlo ano de 28, vitimando o popular ministro BOKANOWSKI, desencadeou uma campanha cívica, exacerbada pela imprensa, na qual se reivindicava, como remédio para fatos deploráveis, a autonomia dos serviços e fôrças aéreas (H. BARTHELEMY, *Droit Administratif*, 3.^a ed., páginas 443/445).

(15) ESMEIN-NÉZARD, *Droit Constitutionnel*, 8.^a ed., vol. I, págs. 97/98; ANTOKOLETZ, *Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo*, 1933, vol. II, pág. 567

(16) ESMEIN-NÉZARD, *obr. cit.*, vol. II, págs. 467/468.

(17) BLACK, *American Constitutional Law*, 1910, pág. 271.

(18) PAUL ERRERA, *Droit Public Belge*, ed. Girard et Brière, pág. 292.

(19) ESMEIN-NÉZARD, *obr. cit.*, vol. II, págs. 467/469.

(20) Arts. 15, n.º 11, 34, n.º 17 e 39, n.º 2, respectivamente.

Fórmula intermediária acolheu a reforma constitucional de 1926, quando dispôs que a fixação seria feita anualmente,

Certo a sua manutenção já se não inspira no propósito de salvaguardar as liberdades públicas contra o absolutismo do Poder Executivo. Mas razões outras, de ordem política e técnica, lhe aconselham a sobrevivência. É que por êle se enseja a revisão do montante dos efetivos, a lapsos certos, consideradas a situação internacional e os conselhos dos responsáveis pela eficiência das Fôrças Armadas.

8. A Constituição vigente, conquanto não tenha mencionado explicitamente o princípio da periodicidade, ao incluir, na competência do Congresso, o ato de fixação das Fôrças Armadas (21), como o fizeram as de 1891 e 1934, o acolheu (22). Tal se infere do art. 67, &2.º, quando ressalva ao Presidente da República a iniciativa das leis que "modifiquem, no decurso de cada legislatura, a lei de fixação das fôrças armadas". Essa referência ao *decurso de cada legislatura*, supõe que em cada uma delas (quatro anos) vigore lei especial determinado os efetivos militares, pois se êstes fôssem estabelecidos por lapso indeterminado, bastaria dizer que ao Presidente competeria a iniciativa da lei que os modificasse (23).

9.º Sem embargo dos aspectos políticos que influem sôbre a fixação dos efetivos (tranquilidade ou agitação no ambiente internacional, compromissos ou tratados de defesa mútua, agitações na ordem interna, etc.) e cuja apreciação bem se enquadra na alçada do Congresso, a fixação deles há de fazer-se, tendo em consideração, como fatores pre-

prorrogando-se, porém, a anterior, se até 15 de janeiro não estivesse nova em vigor (art. 34, n.º 17).

A Constituição de 1937 não manteve o critério da fixação anual.

(21) Art. 65, n.º V.

(22) Preferem o critério de fixação por tempo indeterminado, a França (ESMEIN-NÉZARD, *obr. cit.*, vol. II, págs. 467/469) e a Argentina (ANTOKOLETZ, *obr. cit.*, vol. II, pág. 567).

(23) A lei de meios pode indiretamente alterar os efetivos? Na Argentina acha-o possível ANTOKOLETZ (*obr. cit.*, vol. II, pág. 567); na França se pretendeu vedar o expediente (a princípio com o art. 2.º, da lei militar de 7 de agosto de 1913, revogado pelo art. 194, da lei militar de 1 de abril de 1923, e depois pela lei geral das finanças, de 30 de julho de 1913, art. 105) com disposições legislativas (ESMEIN-NÉZARD, *obr. cit.*, vol. II, páginas 468/469).

E' de má técnica legislativa utilizar a lei orçamentária para a modificação dos efetivos, mas, sem dúvida, será possível fazê-lo, ainda quando lho vede a lei ordinária, como na França, pois não têm sentido jurídico os limites que o legislador ordinário ponha à sua própria atividade.

No Brasil, porém, a lei de meios tendo finalidade estrita e específica por força de dispositivo da Carta Constitucional (art. 73, § 1.º), é inadmissível venha a interferir com os efetivos militares. O que lhe cumpre é, tão só, dispor sôbre os recursos para a sua manutenção.

ponderantes, os dados técnicos e os informes diplomáticos que o Executivo lhe preste.

Alás, em um país como o Brasil, onde a fixação das tropas não flutua ao sabor de injuções periódicas (como tem sucedido na Europa), de modo que os governos se sucedam em orientações destoantes a êsse propósito, mas no qual, pelo contrário, o problema se tem situado tradicionalmente em uma linha constante inspirada por considerações mais técnicas do que políticas a lei de fixação se torna um assunto de menor repercussão dentro das atividades parlamentares. E não havendo divergências de fundo político, mínimas são as controvérsias que suscita.

IV — DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA

10. A hierarquia tem por escopo fazer atuar várias vontades no sentido da realização prática do que uma só (ou um limitado grupo delas, no caso de órgãos coletivos deliberantes), considerada "superior, melhor, mais eficaz", conceba e determine (24). A vontade do superior condiciona, então, a do inferior. Se esta ainda se não manifestou, traça o sentido a que deve obedecer, quando já expressa faz que se modifique para a ela se amoldar (25).

Onde há hierarquia, como superposição de vontades, há, correlatamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica.

11.º No que concerne às organizações militares, porém, dadas as suas finalidades, as missões e os elementos, que se lhes confiam, o sistema disciplinar cresce de importância e há de ser muito mais rígido (26).

Se a elas o Estado Confere o monopólio da força material, se lhes entrega a defesa da sua própria sobrevivência e da tranqüilidade dos seus habitantes, se sômente as chama a intervir nos momentos cruciais da vida coletiva abalada pela agressão ex-

(24) ARNALDO DE VALLES, *Teoria Giuridica della Organizzazione dello Stato*, 1936, vol. I, pág. 331.

(25) ARNALDO DE VALLES, *obr. cit.*, vol. I, páginas 332/333.

(26) ARNALDO DE VALLES, *obr. cit.*, vol. II, pág. 135.

terior ou pela violência interna, é óbvio que se impõe criar, em correlação com tais circunstâncias, rigorosos elementos de subordinação á lei. Nesses elementos repousará a certeza de que o uso das armas não será desvirtuado, quer positivamente pela negação do destino constitucional das corporações militares, quer negativamente pela ineficiência delas em face da sua missão.

O sistema disciplinar se torna assim, do mesmo passo, garantia de obediência à lei e de eficiência. A infração dá disciplinar, longe de constituir, como no serviço civil, episódio individual, tende, pelos reflexos sobre o conjunto, que o ambiente do enquadramento militar propicia, a influir nocivamente sobre o todo. A existência de meios eficazes e prontos para reprimi-la é, então, essencial. Com eles se garante a obediência ás regras do serviço pela certeza infundida a cada um de não lhe ser dado violá-las sem punição (medidas preventivas) e pela imposição de sanções aos que as infriam (medidas de repressão).

12. O sistema disciplinar nas Fôrças Armadas se distingue do pertinente aos serviços civis por três características:

- a) mais rigorosa capitulação das faltas, de sorte que qualquer omissão dos deveres funcionais possa autorizar punição;
- b) maior simplicidade no processo de cominação das sanções, quase sempre aplicáveis de plano;
- c) maior autonomia dos órgãos de repressão, escapando as sanções, as mais das vezes, ao exame de órgãos revisores, mormente jurisdicionais (27).

VII — DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL — “DENTRO DOS LIMITES DA LEI”

13. O problema da sujeição hierárquica, assim formulado em linhas gerais e dentro dos princípios comuns do Direito Público, se torna mais sutil e delicado quando se considera a cláusula restritiva posta na parte final do art. 176 da Constituição:

“instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei”.

Essa cláusula tem sido, a bem dizer, um permanente e insolúvel problema de exêgese constitucio-

nal, desde que ao nosso direito a incorporou a Carta de 1891 (28). Aurelino Leal bem sintetizou essas dificuldades quando arrematando os seus comentários ao art. 14 da primeira Constituição republicana, publicados após vinte e três anos da sua vigência, fez sentir que nem nos Anais da Constituição, nem na Jurisprudência nacional se alcançara precisar “o círculo em que gira essa obediência essencial dentro da lei” (29).

Não conhecendo similar no direito constitucional de muitos países (França, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Argentina) e importando, entre nós, em um rompimento com a tradição vinda do direito imperial (30), tem ela explicação de ordem histórica. São ainda os fatos da *Questão Militar* que vêm explicá-la.

Como se sabe a série de desentendimentos entre o Exército e alguns Gabinetes do Segundo Reinado, que revestiu aspectos de uma gravidade, teve origem (18886) na imposição de penalidades disciplinares ao Coronel Ernesto da Cunha Matos (censura e prisão) e ao Tenente-Coronel Sena Madureira (repressão), que haviam protestado de público, sem permissão superior, contra referências feitas na Câmara e no Senado às suas atuações em determinadas comissões militares (inspeção no Piauí e comando da Escola de Tiro de Campo Grande). Sustentou-se que a Carta Constitucional não criava à manifestação de opinião dos militares essa dependência de prévio assentimento superior; que tal restrição decorria, apenas, de avisos do Ministério da Guerra e que tais atos careciam da força de lei, não podendo obrigar juridicamente.

Essa tese, que prevaleceu no Conselho Supremo Militar (então o mais alto órgão jurisdicional das Fôrças Armadas) quando lhe foi submetida a querela (31), se resumia, afinal, no princípio de que o militar só está obrigado à obediência dentro dos limites da lei.

Ora, tendo sido a Questão Militar através dos seus vários episódios, um dos fatores mais relevantes, senão o principal, da queda da Monarquia, era

(28) Art. 14.

(29) *Obr e Evol. cits.*, pág. 207.

(30) Na Constituição de 1824 se diz ser a força militar “essencialmente obediente”, jamais se podendo reunir “sem que lhe seja ordenado pela autoridade legítima”, competindo ao Poder Executivo empregá-la “como bem lhe parecer conveniente à segurança e defesa do Império”.

(31) Sem embargo do que somente muito tempo depois a adotou o Governo.

(27) C. Federal, art. 141, § 23.

natural que os seus aspectos jurídicos se refletissem na estruturação das novas instituições políticas. E, por ser aspecto capital da pendência entre o Exército e o Gabinete, êsse dá só sujeição do militar à lei, a idéia tomou forma de princípio constitucional.

14. Interessante, aliás, é acompanhar-lhe a primeira fase, isto é, a sua aparição no projeto constitucional que o Governo Provisório remeteria à Assembléa Constituinte. Interessante, sobretudo, porque o Marechal Deodoro que fôra, com o seu grande valor moral e o imenso prestígio que desfrutava no Exército, o mentor da Questão Militar, já opunha reservas à afirmação categórica do princípio na Lei Magna. Tão certo é que as idéias políticas hão de sofrer sempre, na sua formação e evolução, os reflexos dos acontecimentos e do ambiente, nem sempre à pressão de interesses oportunistas, senão, também, pela mais objetiva compreensão das realidades.

Lido em reunião ministerial o dispositivo (que, depois, constituiria o art. 14 da Constituição), impugnou-o, com veemência, o Chefe do Governo, pois lhe parecia ferir a hierarquia militar ensejando aos subalternos o exame de ordens superiores. A sessão decorreu inteira sem que Rui Barbosa, expositor do assunto, conseguisse a aquiescência do Marechal. Suspensa, retiram-se os Ministros, menos Campos Sales que, mais tarde, acode à casa de Rui para levar-lhe, pessimista, novas impressões sobre o incidente. O velho chefe militar estendera-se ainda em considerações, tôdas exaltadamente desfavoráveis ao texto. Não desanima Rui Barbosa, tão forte lhe era a fôrça moral a serviço das convicções, e na manhã imediata, volve, sozinho, à presença do Chefe do Governo. Debate o assunto, insistentemente, e o deixa resolvido com a aceitação do dispositivo, que, longe de ser uma diminuição às Fôrças Armadas, importava no lhes reconhecer posição condigna na organização política do país (32).

15. Preconizadas a *hierarquia* e a *disciplina*, como bases das instituições militares, e circunscrita a sujeição destas *aos limites da lei*, como conciliar a amplitude, que alí se pressupõe, com a restrição que aqui se contem? Como harmonizar o dever de obedecer com o direito de deliberar?

Claro que não é possível entender a restrição, *dentro dos limites da lei*, como premissiva do exame da legitimidade das ordens superiores pelos subalternos. Êsse entendimento, que levará à anarquia implantando um estado de subversão latente, pois a fôrça que "não obedece e que discute, em vez de ser uma garantia da honra e da segurança nacional, constitui-se um perigo público" (33), e que negaria o próprio regime constitucional deslocando, no dizer de Rui Barbosa, o exercício da soberania dos três poderes estatais para as corporações armadas, erigindo-as em última instância para o exame da legalidade dos atos dos órgãos representativos (34), não encontra amparo, por isso mesmo na exêgese teleológica. O espírito da norma não se coadunaria com o contraditório de uma sujeição hierárquico-disciplinar, que se pudesse inverter em desabusada subversão dentro da própria caserna, pela análise, de baixo para cima, do acêrto das ordens e providências determinadas.

O art. 176, como tantos outros textos constitucionais, traz em si a afirmação de um princípio, de uma diretriz, de um cânone preconizado à orientação geral de certo setor da vida pública.

A expressão restritiva do texto, é um preceito traçado aos que ordenam para que só o façam dentro da lei, vez que nela estão os limites do seu poder. E' antes uma norma para os que ordenam e que podem ordenar o legal e o ilegal, do que para quem obedece, cujo âmbito de discernimento, as mais das vêzes, pela própria inferioridade de intrusão geral ou aptidão técnica, só pode ser restrito.

Em fundo não é outra a conclusão a que chega Rui Barbosa, após considerar a delicadeza dos problemas suscitados pelo dispositivo.

Detalhando o seu pensamento em tórno da idéia de integração das fôrças armadas com o seu chefe supremo, o Presidente da República, e da submissão desta à ordem jurídica, asserta:

"A noção constitucional de *fôrças de terra e mar* pressupõe e encerra em sua própria substância a idéia do Presidente da República, a elas associado como o seu cérebro, o seu núcleo deliberante, o seu princípio de movimento".

(32) JOÃO MANGABEIRA, neotólogo de Rui Barbosa na Câmara dos Deputados, *Rev. do Sup. Tribunal Federal*, vol. 52, pág. XVIII.

(33) JOÃO BARBALHO, *Constituição Federal Brasileira — Comentário* — 19, pág. 46.

(34) *Obra e vol. cit.*, págs. 402.

.....
 “Juridicamente, constitucionalmente, sem o Presidente da República, não é exército, a armada não é armada. A Constituição, portanto, não pode admitir a resistência das forças de terra e mar ao chefe do Estado. Seria autorizar a decapitação do corpo e a revolta dos membros contra a cabeça, inversão substancial da lei, que a própria lei não poderia legalizar” (35).

E, fazendo sentir ter sido intuito do legislador deixar expresso que a força armada “com o chefe do Estado à sua frente, renderá obediência à mesma lei a que ele deve obedecer”, arremata numa síntese insuperável:

“Na fórmula desse artigo o que se quer significar, é essa cadeia de obediência da força ao poder que comanda e do poder que comanda ao poder que legisla” (36).

16. Essa exêgese de caráter geral, como que exprimindo o sentido político do texto, longe está, entretanto, de obviar às dificuldades ainda sugeridas pelo princípio nêle contido.

No plano político avultam dois problemas da maior delicadeza: os que se referem a revoluções e a golpes de estado.

No setor estritamente jurídico é suscitada a questão da responsabilidade penal pela execução de ordem ilegal (37).

17. A obediência à lei e os deveres, genérico depeservá-la e especial de garantir os poderes constitucionais, excluem, em princípio e de modo categórico, o direito de rebelião contra a ordem jurídica superior (constitucional) ou subordinada (legislação ordinária). Se as corporações armadas têm na Constituição e na lei as fontes da sua legitimidade, não se concebe possam agir *legitimamente* se contra elas procedem (38). A rebelião nêsse

caso situar-me-ia um plano pre ou super-constitucional, como mero ato de força, importando em destruir ou substituir as bases mesmas do Estado, e, portanto, não se poderia analisar à luz do princípio do art. 176, que supõe a lei (constitucional ou ordinária) como elemento de delimitação do dever de obediência.

Pode-se conceber, entretanto, ainda ao prisma do dispositivo em questão, o direito de insurreição nos planos sub-constitucional e sublegal, isto é, a rebeldia, dentro da lei, contra os atos de execução desvirtuadores da ordem jurídica?

O texto não autoriza o direito de insurreição, cujo exercício supõe atos positivos, ou seja, o levantamento do povo e das forças contra a ordem constituída ou exercida com aparências de legalidade, mas, na essência, carente de base legítima pela irregularidade na escôlha dos órgãos representativos ou pelo deturpação flagrante no exercício das funções dêles.

Examinando-se-lhe o teor e tendo em consideração, igualmente, o art. 177, constata-se que às Forças Armadas não se atribuiu capacidade de iniciativa no sentido de assegurar fidelidade às instituições constitucionais e fazer prevalecer a lei sôbre o arbítrio. Um e outro lhes confeririam, se tomados os textos à letra, apenas a faculdade de desobedecer às ordens executivas, em respeito à Constituição mesma e à lei. Com base no art. 177, quando ordens emanassem de poderes sem origem constitucional legítima. Com assento nêsse e no art. 176, quando se pretendesse utilizá-las para a prática de atos ilegais.

Mas, como já se deixou dito, nem êsse direito de resistência passiva se lhes reconhece na Constituição, porquanto a cláusula *dentro dos limites da lei* se há de entender, como elemento de um toto (o artigo), sem contradição com parte dêste (a

(35) *Obr. e vol. cit.*, pág. 405.

Aliás, no acatamento da força armada ao poder civil, têm-se um dos índices mais expressivos da cultura política de cada povo, como fez ressaltar o General César Obino em um memorável discurso, ao assumir, em janeiro de 1946, o comando da Primeira Região Militar.

(36) *Obr. e Vol. cit.*, pág. 405/406.

(37) Examinada ao ângulo da responsabilidade civil, a relação de obediência perde a importância de vez que, para torná-la efetiva contra as pessoas jurídicas de direito público, se encara o ato lícito em seu todo, isto é, como ato do poder público, e não o decompondo em procedimento do indivíduo e procedimento do Estado.

(38) E' tão essencial, nos Estados constitucionais, a sujeição à cadeia hierárquica, aos poderes públicos, à lei,

em suma, que, sem embargo da sua responsabilidade técnica e moral na preparação e condução da guerra, os chefes militares não podem fazer mais que pedir, advertir, pugnar pela persuasão, sempre que se trate de medidas e providências tidas como essenciais ao aparelhamento das Forças Armadas e ao desempenho das missões nas quais estejam investidos. E, quando não encontrem compreensão, só lhes resta, como solução de consciência, exonerar-se dos postos em que, pela carência de apóio dos órgãos representativos, sintam não poder dar de si quanto exigem as suas convicções. São essas as conclusões a que chega o General TRISTÃO DE ALENCAR ARARIPE em um ponderado e erudito estudo sôbre “Responsabilidade do Comando em Chefe nos Estados Democráticos” (págs. 18 a 20).

que põe na base da organização militar a hierarquia e a disciplina). E assim, ao invés de autorizar a derrogação arbitrária do regime de subordinação e obediência, numa inversão dos valores hierarquizados, constitui um princípio geral, complementar do sistema hierárquico-disciplinar, afirmativo da vinculação de todos os que ordenam e os que obedecem, às normas do direito positivo.

18. A única hipótese em que nos parece se possa aplicar, com propriedade, a restrição do artigo 176, é a de golpe de Estado. Significando êste um flagrante, declarado e expreso rompimento da ordem constitucional por ato de alguns (39), não é possível haver dúvida em que os seus mentores agem contra a lei, excedem-lhe os limites, derogam-na. Obedecer-lhes será emprestar ao respeito hierárquico sentido absolutamente incondicional. Negar-lhes obediência será admitir que há um princípio geral de legalidade, norteador e supervisionando tôdas as atividades dos agentes do poder público, cuja violação elimina o dever de obedecer. Aqui inexistem os perigos perturbadores ensejados pela análise sucessiva e minudente das ordens comuns de serviço. Trata-se de uma decisão única e de caráter inconfundível, que importa em pôr abaixo a própria lei instituidora da subordinação hierárquica.

De modo diverso opina Léon Duguit. Tem êle por tão perigoso o atribuir-se à Fôrça Armada a faculdade de deliberação, que entende preferível negá-la até em se tratando de golpes de Estado:

“Ao legislador constituinte cabe organizar os poderes de tal modo que o chefe do Estado não possa empregar o exército do qual dispõe para destruir a constituição. E' impossível, na verdade, fazer que os homens no poder não violem jamais a constituição; e é deplorável que êles possam, então, empregar o exército como instrumento dessa violação. Mas, bem pesadas as coisas, isso é absolutamente excepcional. E o inconveniente seria bem mais grave se os comandantes militares pudessem apreciar a legalidade das ordens que lhes desse o Governo; êste poder-se-ia, então, encontrar reduzido à importância” (40).

(39) E não da coletividade como nas revoluções.

(40) *Traité de Droit Constitutionnel*, 1924, vol. IV, pág. 597.

19. Sob o prisma pròpriamente jurídico o que interessa como decorrência da sujeição do militar à lei é a responsabilidade penal pela execução de ordens ilegais.

Não serão, dessarte, tôdas as determinações superiores que imporão, a quem as deve executar, o exame da legalidade, porquanto, sòmente aquelas cuja execução venha a constituir delito, poderão acarretar responsabilidade penal (41). Se a ordem não puder afetar direito de terceiro desaparece a razão de indagar-lhe da juridicidade.

Mas ainda quanto o possa atingir, só haverá razão para indagar da juridicidade se a possibilidade de lesão fôr evidente e esta constituir crime. E' o que decorre do art. 28 e § 1.º do Código Penal Militar, onde se reconhece como justificativa a *estrita obediência à ordem de superior hierárquico, salvo quando tenha por objeto ato manifestamente criminoso*.

Há, porém, a considerar que, embora assim restrita no seu âmbito a indagação da legitimidade da ordem superior, se apresenta aqui, não como uma faculdade do indivíduo obrigado à execução, o que acontece se encarada ao ângulo político, mas como um dever. Superpõe-se, declaradamente, o dever de fidelidade à lei ao de obediência disciplinar. O indivíduo terá que ajuizar sempre do conteúdo da determinação superior, vez que a obediência lhe poderá acarretar imposição de pena. Isto agrava a importância dêsse dever no que concerne à situação pessoal do subalterno, ainda que as duas circunstâncias de início observadas o fazem menos relevante ao prisma do interesse público.

(41) Essa diversidade de situações é figurada em um exemplo, hoje clássico, do Juiz STEPHEN: se uma partilha tem razões para crer legítima a ordem de atirar em multidão amotinada, não o tem em se tratando de pessoas agrupadas em uma via pública sem provocar distúrbios ou ameaçar a ordem (WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 1910, vol. II, págs. 1194/1195).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte tem condenado, em mais de um aresto, policiais que, em diligências de captura de criminosos, tendo recebido ordem para o emprêgo de fôrça, atiram nos resistentes, matando-os, sem que tal fôsse absolutamente imprescindível à realização da captura. Por outro lado, os eximem de responsabilidade se as circunstâncias eram tais, que só a violência extrema permitiria deter os resistentes.