

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ELERSON OMAR MOTA TEIXEIRA

**OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS APLICADOS AOS TRIBUNAIS
DE HONRA (CONSELHOS DE JUSTIFICAÇÃO) NO ÂMBITO DO EXÉRCITO
BRASILEIRO**

BRASÍLIA
MARÇO 2018

ELERSON OMAR MOTA TEIXEIRA

**OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS APLICADOS AOS TRIBUNAIS
DE HONRA (CONSELHOS DE JUSTIFICAÇÃO) NO ÂMBITO DO EXÉRCITO
BRASILEIRO**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Constitucional, linha de pesquisa “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Orientadora: Prof^a. Dra. Julia Maurmann Ximenes

BRASÍLIA

MARÇO 2018

ELERSON OMAR MOTA TEIXEIRA

**OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS APLICADOS AOS TRIBUNAIS
DE HONRA (CONSELHOS DE JUSTIFICAÇÃO) NO ÂMBITO DO EXÉRCITO
BRASILEIRO**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Constitucional, linha de pesquisa “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Brasília-DF, 20 de março de 2018.

Prof.^a. Dra. Julia Maurmann Ximenes
Professora do IDP
Professora orientadora

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis
Professor da USP
Membro da Banca Examinadora

Prof.^a. Dr.^a Marilda de Paula Silveira
Professora do IDP
Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, como também, à minha esposa, à minha mãe, bem como ao meu filho e aos meus irmãos por tudo. Por fim, porém não menos importante, dedico este trabalho ao meu pai, *in memoriam*, por todo o amor, carinho, orientação e proteção.

AGRADECIMENTOS

Ao Exército Brasileiro, pela oportunidade que me foi dada para realizar este curso, possibilitando assim o aprimoramento técnico profissional deste militar.

Ao General de Brigada Miriano Valdone Eder (meu antigo chefe) e ao Coronel Marcus Antonio Ferreira Pereira (meu atual chefe) por todo o apoio na realização deste mestrado.

A orientadora, Professora Dra. Julia Maurmann Ximenes, por ter se lançado ao “vazio” e ter abandonado sua zona de conforto com o escopo de orientar este simples mestrando pelos terrenos áridos do Direito Militar. A sua simpatia, paciência, humildade, incentivo, inspiração e apoio foram fundamentais para que este acadêmico pudesse executar/concluir esta dissertação.

Ao professor Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis e a professora Marilda de Paula Silveira pelas orientações transmitidas por ocasião da Banca de Qualificação.

Ao Funcionário do IDP Fernando Rios pela dedicação, empenho, boa vontade e entusiasmo demonstrado no cumprimento de suas obrigações funcionais. Seu profissionalismo é exemplo a ser seguido por seus superiores, pares, subordinados e acadêmicos. Agradeço pela compreensão e inúmeras ajudas dispensadas a este soldado.

Aos professores que ao longo do curso detiveram garra, fibra e dedicação, atuando de forma brilhante na formação de todos os mestrandos, ministrando ensinamentos que perfeitamente contribuíram na efetiva formação acadêmica, profissional e pessoal.

Ao amigo Edomar Wiedtheuper pela camaradagem e todo o apoio prestado.

Resta o agradecimento deste acadêmico à instituição (IDP) pela possibilidade e oportunidade de realizar um mestrado de altíssimo nível.

"A carreira militar não é uma atividade inespecífica e descartável, um simples emprego, uma ocupação, mas um ofício absorvente e exclusivista, que nos condiciona e autolimita até o fim. Ela não nos exige as horas de trabalho da lei, mas todas as horas da vida, nos impondo também nossos destinos. A farda não é uma veste, que se despe com facilidade e até com indiferença, mas uma outra pele, que adere à própria alma, irreversivelmente para sempre".
(General Octávio Costa)

RESUMO

O presente trabalho examinou se os processos administrativos especiais denominados de Conselho de Justificação (CJ), realizados no âmbito do Exército Brasileiro (EB), estão concedendo, efetivamente, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CF/88). Nesse espeque, foi realizada uma abordagem sistemática com o escopo de identificar se a evolução das ciências jurídicas e dos direitos e garantias fundamentais contribuíram para que a Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972 (Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências) ficasse em desarmonia com a CF/88 e outras normas jurídicas. Diante dessa realidade, a presente pesquisa verificou em que medida os institutos jurídicos e/ou administrativos podem auxiliar o administrador no cumprimento das suas obrigações funcionais (impedindo que os CJ sejam anulados em decorrência de vícios) e, simultaneamente, apontou uma sugestão de como a autoridade administrativa deve conceder os direitos e garantias fundamentais aos administrados submetidos aos Tribunais de Honra (Conselho de Justificação).

Palavras-chave: Tribunais de Honra. Conselho de Justificação. Exército Brasileiro.

ABSTRACT

The present study examined whether the special administrative processes called the Council of Justification, carried out within the Brazilian Army, are effectively granting the fundamental rights and guarantees provided for in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1998. In this context, a systematic and didactic approach was carried out with the purpose of identifying whether the evolution of the legal sciences and the fundamental rights and guarantees contributed to Law 5,836, dated December 5, 1972 (Provide for the Council of Justification and gives other measures) were in disharmony with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1998 and other legal norms. Faced with this reality, this research verified to what extent legal and / or administrative institutes can assist the administrator in fulfilling his / her functional obligations (preventing the Council of Justification from being annulled as a result of addictions) and at the same time pointed out a suggestion of how the The administrative authority must grant the fundamental rights and guarantees to the administrations submitted to the Courts of Honor.

Keywords: Courts of Honor. Council of Justification. Brazilian army

LISTA DE ABREVIATURAS

Asp Of – Aspirante a Oficial
Asse Ap As Jurd – Assessoria de Apoio Para Assuntos Jurídicos
Atv Adm – “Ativismo Administrativo”
CBM – Corpo de Bombeiro Militar
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1998
CJ – Conselho de Justificação
Cmt - Comandante
Cmt Ex – Comandante do Exército
Cmt OM - Comandante de Organização Militar
CPC – Código de Processo Civil
CPP - Código de Processo Penal
CPPM - Código de Processo Penal Militar
DGP – Departamento Geral de Pessoal
EB – Exército Brasileiro
EME – Estado Maior do Exército
FA – Força Armada
FFAA – Forças Armadas
Gab Cmt Ex – Gabinete do Comandante do Exército
IG - Instruções Gerais
Info – Informação/informações
Nr Ord – Número de Ordem
OM – Organização Militar
PM – Polícia Militar
S Ch – Subchefe
SFC – Se for o caso
STF – Superior Tribunal Federal
STM - Superior Tribunal Militar
TH – Tribunais de Honra
Trab –Trabalhador
Trang Discp – Transgressão Disciplinar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O INSTITUTO DOS TRIBUNAIS DE HONRA	15
1.1 A ORIGEM DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO	15
1.2 DADOS ESTATÍSTICOS REFERENTES AOS TRIBUNAIS DE HONRA.....	24
1.3 A CRIAÇÃO DA ASSESSORIA DE ASSUNTOS INTERNOS E SEUS REFLEXOS PERANTE OS TRIBUNAIS DE HONRA NO ÂMBITO DO EB.....	28
1.4 VISÃO PANORÂMICA SOBRE O CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO	32
1.5 PROBLEMAS VIVENCIADOS PELA AUTORIDADE NOMEANTE E PELOS MEMBROS DE UM TRIBUNAL DE HONRA	37
2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS “FERRAMENTAS” DESTE SISTEMA	39
2.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO NO BRASIL.....	39
2.2 AS “FERRAMENTAS” QUE SÃO USADAS PELOS MAGISTRADOS NOS CASOS DE INCOMPLETUDE NORMATIVA E QUE PODERÃO/DEVERÃO SER USADAS PELAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO “ATIVISMO ADMINISTRATIVO”.....	43
2.2.1 A hermenêutica como ferramentas de soluções de conflitos normativos	43
2.2.2 Os critérios para integração das normas	48
2.2.3 Os critérios para solução de antinomias	50
2.3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO FONTE INSPIRADORA DO “ATIVISMO ADMINISTRATIVO”.....	52
2.4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	60
2.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMO FATOR CONFIRMADOR DO “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” MILITAR.....	63
3 O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” COMO FERRAMENTA GARANTIDORA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NOS INSTITUTOS DOS TH	68
3.1 A TRANSMUTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL PARA O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” E A NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA VISÃO HOLÍSTICA E SISTÊMICA DE UM CAMPO JURÍDICO/ADMINISTRATIVO MULTIDIMENCIONAL.....	68
3.2 OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CJ E O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO”.....	76
3.3 ENTENDENDO MELHOR O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” E O SEU PODER DE EFETIVAR OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NOS CJ.....	83
3.3.1 A mitigação dos atos administrativos vinculados nos casos de afronta aos mandamentos constitucionais	91
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	100
ANEXO “A”	105
ANEXO “B”	111
APÊNDICE “A”	130
APÊNDICE “B”	131

INTRODUÇÃO

O que são os Tribunais de Honra (TH)? Os Conselhos de Justificação estão concedendo os direitos e garantias fundamentais previstos na CF/88?

Os questionamentos acima elencados são apenas uma pequena amostra dos pilares inspiradores para a realização desta dissertação.

O autor ao escolher este tema baseou-se em quatro principais aspectos. Tais pontos estão descritos conforme os parágrafos abaixo:

O primeiro foi caracterizado pela relevância científica, ou seja, o direito militar é um ramo pouco explorado (ASSIS, 2013, p. 15) e conseqüentemente é uma área desconhecida pela maioria dos operadores do direito, o que se torna de suma importância aumentar o conhecimento neste ramo da ciência.

O segundo foi caracterizado pela relevância social, tendo em vista que os militares das Forças Armadas (FFAA) fazem parte de uma parcela significativa da sociedade e, conseqüentemente, temos milhares de pessoas diretamente subordinadas aos ordenamentos militares e outras que podem sofrer indiretamente as conseqüências dos rigores de tais normas (futuros militares, familiares e amigos). Não obstante, é possível observar que podem ocorrer conflitos entre a manutenção destas instituições nacionais, seculares e perenes (que possuem a hierarquia e a disciplina como pilares básicos) e os direitos fundamentais do homem, no caso em questão, os integrantes do Exército Brasileiro (ASSIS, 2013, p. 15-16). Cabe destacar que o militar é submetido a uma relação especial de sujeição¹, contudo, antes do militar ser militar, ele é um ser humano, logo, possui direitos e garantias fundamentais² amparados pela Constituição Federal de 1988.

O terceiro foi caracterizado pela relevância social à maior, ou seja, em que pese este trabalho estar delimitado ao universo do Exército Brasileiro, tal estudo tem perfeita aplicabilidade aos diversos integrantes das demais Forças Armadas, das Polícias Militares, dos Corpos de Bombeiros Militares, bem como, de uma forma secundária, a todos os civis (funcionários públicos) que são regidos por leis antigas e desatualizadas e que, por algum motivo, são submetidos a um processo administrativo de cunho punitivo (poder disciplinar do Estado).

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4.ed rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2009,p 326.

² Idem, p. 274.

O quarto é o fato do autor ter recebido autorização do Exército Brasileiro para desenvolver este trabalho. Tal motivo facilitou a pesquisa científica, bem como contribuiu para o aperfeiçoamento e/ou mudanças efetivas de uma das maiores instituições nacionais.³

De todo o exposto, acredita-se que o corrente trabalho contribuirá de forma significativa para a evolução do Direito Militar.

Cabe destacar, ainda, que o corrente estudo teve a intenção de verificar em que medida/como os institutos jurídicos e/ou administrativos podem auxiliar o administrador no cumprimento das suas obrigações funcionais (impedindo que os TH sejam anulados em decorrência de vícios) e, simultaneamente, como a autoridade administrativa deve conceder os direitos e garantias fundamentais aos administrados submetidos ao Conselho de Justificação (CJ).

Nesse sentido, as hipóteses consistiram em confirmar ou negar, por intermédio da pesquisa se, atualmente, existe a aplicação efetiva dos direitos e garantias fundamentais nos processos administrativos denominados de Conselho de Justificação (CJ). Em tese, a evolução das ciências jurídicas e dos direitos e garantias fundamentais foram os principais fatores que contribuíram para que a Lei nº 5.836/72 ficasse em desarmonia com a CF/88 e outras normas jurídicas, motivo pelo qual, acreditava-se que poderia estar existindo o cerceamento de defesa no retro mencionado processo administrativo até o segundo semestre de 2016, bem como acreditava-se que a solução deste problema seria por intermédio do emprego da hermenêutica e demais institutos jurídicos e/ou administrativos (critérios para a solução de antinomias, integração das normas e etc.).

Para o correto desenvolvimento da pesquisa foi de fundamental importância estudar os seguintes institutos: hermenêutica, critérios para a solução de antinomias e critérios de integração das normas. Não obstante, outros institutos jurídicos e/ou administrativos que tinham relação com o tema foram estudados (Ex.: jurisprudência).

O primeiro ponto da pesquisa abordou, como categoria teórica, o instituto dos Tribunais de Honra no âmbito do Exército Brasileiro. Este estudo teve por objetivo conhecer e

³ O Exército Brasileiro (EB) é uma das maiores instituições nacionais. Segundo dados do Departamento Geral de Pessoal do Exército Brasileiro, o efetivo da instituição ultrapassa mais um milhão de pessoas (considerado nesse cálculo militares da ativa, da inativa e dependentes). Atualmente, segundo pesquisas realizadas pela IPSOS PUBLIC AFFAIRS e pela MK Pesquisas, as Forças Armadas (incluindo o EB) são as instituições nacionais nas quais os brasileiros mais confiam (respectivamente 79% e 80% de credibilidade). Uma terceira pesquisa foi realizada pela Fundação Getúlio Vargas com a mesma finalidade, nesta outra pesquisa, as Forças Armadas aparecem em primeiro lugar, acompanhada da Igreja Católica e Imprensa escrita (59%, 57% e 37%, respectivamente). Cabe destacar que todas as pesquisas mencionadas podem ser consultadas mediante requerimento/pedido ao Centro de Comunicação Social do Exército.

delimitar precisamente o alcance, os limites, o rito, as consequências, a legalidade e a validade do Conselho de Justificação. Para concluir essa fase do trabalho o mestrando se valeu da pesquisa bibliográfica que se deu, a priori, nas obras produzidas por estudiosos do assunto, tais como Jorge Luiz Nogueira de Abreu, Jorge Cesar de Assis, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, José Júlio Pedrosa, dentre outros. Como o tema proposto envolve outras áreas do direito, bem como diversos institutos jurídicos e administrativos, foi necessário estudar autores que labutam nas áreas constitucional e administrativa.

O segundo ponto abordou, como categoria teórica, o estudo da argumentação jurídica das decisões judiciais (STF, STM e STJ) que envolvam o assunto CJ no âmbito do Exército Brasileiro. O retro mencionado estudo teve a intenção de dissecar a estrutura das decisões emanadas desses Tribunais Superiores com a finalidade de observar, registrar e entender os aspectos deste processo administrativo que devem ser ratificados, retificados e/ou aperfeiçoados.

O Terceiro ponto abordou as legislações administrativas do Exército Brasileiro, bem como a opinião/ entendimento dos assessores jurídicos (operadores do direito) especializados em TH. Tal ação teve a finalidade de proporcionar melhorias tanto neste trabalho quanto no processo administrativo denominado de TH.

A metodologia adotada foi à pesquisa bibliográfica e coleta de dados (Ex.: pesquisa documental). Além disso, abordaram-se as seguintes ações: 1) Estabelecimentos e delimitação do alcance, dos limites, do rito procedimental, das consequências, da legalidade e da validade do Conselho de Justificação; e 2) identificação, por meio de pesquisa, de quais institutos jurídicos e/ou administrativos a autoridade administrativa poderá utilizar para ratificar, retificar e/ou aperfeiçoar os Tribunais de Honra.

A primeira ação efetivada foi à pesquisa bibliográfica e documental. Com isso, foi possível formular um posicionamento com base científica se os TH estão concedendo todos os Direitos e Garantias Fundamentais aos Justificantes e se as normas que regulam o CJ estavam em harmonia com a Constituição Federal de 1988.

A segunda ação foi efetivada após a coleta dos dados referentes aos processos judiciais julgados no STF, STM e STJ que envolvam o assunto TH (CJ) no âmbito do Exército Brasileiro ocorrido após a promulgação da CF/88. As informações jurisprudenciais foram tratadas e interpretadas, com o objetivo de esclarecer, ratificar e ou retificar o alcance, os limites, o rito procedimental, as consequências, a legalidade e a validade dos TH. Nesta fase, utilizou-se também a pesquisa documental.

Ao final do trabalho de pesquisa, foi possível saber se os TH estão concedendo todos os direitos e garantias fundamentais necessários para que o processo administrativo não seja anulado na esfera judicial, bem como se a Lei nº 5.836/72 e demais legislações que versam sobre o assunto estão em harmonia com a Constituição Federal de 1998, em especial, com o assunto da linha de pesquisa escolhida. Dessa forma, foi constatado que as normas que regulam os Tribunais de Honra estão em desarmonia com a CF/88 e com outros institutos jurídicos (isto ocorreu em virtude de omissão legislativa). Contudo, foi possível relatar quais as providências que o administrador deverá adotar⁴ para poder cumprir com suas obrigações funcionais e simultaneamente conceder os direitos e garantias fundamentais aos administrados submetidos ao Conselho de Justificação.

Por fim, destaca-se que as pesquisas realizadas nesta dissertação servirão como matéria prima para que a Assessoria de Assuntos Internos⁵ (Asse AI) possa contribuir na evolução dos Tribunais de Honra (TH).

⁴ Insta esclarecer que as medidas administrativas que o Comandante do Exército deverá adotar ocorrerão antes, durante e após a nomeação do Conselho de Justificação. Tais medidas foram descritas no anexo “A” desta dissertação (Ex: na Portaria de nomeação de um CJ de um militar da ativa deverá, obrigatoriamente, constar uma cópia das Folhas de Alterações do Justificante). Tal procedimento visa analisar os antecedentes do oficial. Cabe, ainda, destacar que as medidas relatadas no anexo “A” vêm sendo aplicadas desde o 2º semestre de 2016.

⁵ A Assessoria de Assuntos Internos é uma assessoria especializada em Tribunais de Honra. A Asse AI vem desenvolvendo estudos e pesquisas com o intuito de possibilitar uma maior efetivação dos direitos e garantias fundamentais aos militares submetidos aos TH.

1 O INSTITUTO DOS TRIBUNAIS DE HONRA

1.1 A ORIGEM DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO E SUA EVOLUÇÃO

Os Tribunais de Honra possuem raízes europeias. O marco inicial dos TH ocorreu no **conselho de guerra** constante da Ordenança francesa de 25 de março de 1765. Tal processo possuía um caráter justificativo e julgador. Cabe ressaltar, que o modelo adotado pelo Brasil difere de outros existentes no Direito Comparado, tendo em vista que o processo brasileiro possuía uma índole mais liberal e garantista.⁶ Este instituto, posteriormente, foi incorporado às normas que compunham as Ordenanças de 1776 (QUEIROZ, 2002, p. 131).

No dia 16 de agosto de 1821, em virtude dos diversos problemas de pessoal envolvendo os militares do Exército e da Armada⁷, o Imperador Dom Pedro I, ordenou que nenhum oficial subalterno fosse rebaixado de posto, sem que antes fosse comprovada a sua culpa ou incapacidade para o desempenho da função militar (ABREU, 2015, p. 232).

A decisão tomada pelo imperador se constituiu em marco histórico, pois, desde então, a comprovação da incompatibilidade ou da incapacidade do oficial só poderia ser investigada por intermédio de processos administrativos disciplinares especiais. Nesse espeque, seguindo uma espécie de tradição, esses processos eram “capitaneados” por órgão colegiado (composto por oficiais mais antigo que o acusado) e a denominação variava em função do objeto do conselho (ABREU, 2015, p. 232).

Por intermédio do Decreto nº 1 de 26 de maio de 1835, foi instituído o **Conselho de Investigação (CI)**.⁸ Tal processo tinha a finalidade de julgar os oficiais do Exército e da Marinha que cometiam as seguintes infrações: i) ausência do aquartelamento, sem justo motivo, por mais de um mês; ii) deixar de apresentar-se no local onde deva prestar os seus serviços, após terminada a dispensa da qual foi autorizado (tal infração só consumava-se após 2 meses de ausência); e iii) estando o militar de licença, não se apresentar pronto para o serviço quando acionado (esta infração só consumava-se quando o militar era devidamente acionado e não comparecia a organização militar a qual pertencia) [ABREU, 2015, p. 232].

Para o autor Queiroz (2002, p.131), o marco que verdadeiramente deu início a esse tipo de modalidade de julgamento no Brasil foi balizado pela Lei nº 260, de 1º de dezembro de 1841. A mencionada legislação em seu artigo 2º, parágrafo 3º, previa o seguinte: “ O governo poderá reformar qualquer oficial por motivo de mau comportamento habitual,

⁶ Este é o entendimento de alguns juristas brasileiros, segundo Queiroz (2002, p. 131).

⁷ A palavra Armada é utilizada como sinônimo de Marinha do Brasil.

⁸ O colegiado era composto por três oficiais.

ouvindo primeiro a opinião de um “**Conselho de Inquirição**”, composto de três oficiais de patente igual, ou superior, precedendo consulta do Conselho Superior Militar. ”

Já em 1851, o Código de Justiça Militar para o Exército de Mar da França foi promulgado. Esta nova norma determinava a convocação dos denominados **conselhos de guerra** para proceder, quando necessário, o procedimento de justificação dos oficiais.⁹

Insta esclarecer ainda que o tema em voga já foi tratado indiretamente em outras legislações brasileiras. O Alvará de 23 de abril de 1790, por exemplo, previa a perda do soldo e a baixa do posto dos oficiais.¹⁰

No mesmo sentido, por ser assunto de extrema relevância, o legislador brasileiro sempre deu destaque a esse tema nas constituições nacionais. Para uma maior compreensão, informa-se que o assunto que versa sobre a perda do posto e da patente dos oficiais foi tratado nos seguintes dispositivos constitucionais: i) CF/1824 (art. 149); ii) CF/1891 (art. 76); iii) CF/1934 (art. 165, §1º); iv) CF/1937 (art. 160, § único); v) CF/1946 (art. 182, §2º); vi) CF/1967 (art.94, §2º); vii) EC nº 1/1969 (art. 93, §§ 2º e 3º); e viii) CF/ 1988 (art. 142, §3º, Inc. VI).

Destaca-se, ainda, que a perda do posto e da patente está prevista desde a CF/1824, contudo, tal mandamento só ganhou plena eficácia após a entrada em vigor da Lei nº 5.300/67, conforme será visto.

Mas, afinal de contas: o que é posto e o que é patente? Posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Ministro da Força Armada e confirmado em Carta Patente.¹¹ Por sua vez, a Carta Patente ou simplesmente patente, é o documento individual de cada oficial, no qual consta seu posto e demais informações que ratificam/informam os direitos e deveres que lhe são assegurados por lei.¹²

Segundo Silvia, os postos militares foram criados na antiguidade Clássica como requisitos essenciais para a organização e eficiência dos Exércitos, bem como para apontar quais as responsabilidades que cada oficial deveria ter. Esta divisão de tarefas criou um grupo especial de guerreiros (os oficiais) que tinham a nobre missão de liderar, comandar ou chefiar outros combatentes (2003, p. 27).

Já as patentes, símbolos dos oficiais, surgiu na Idade Média com o escopo de reconhecer/oficializar que determinada pessoa possuía um certo posto e pertencia a uma Força

⁹ GOMES CARNEIRO, Márcio Tibúrcio. O Direito Penal Militar nos Congressos Jurídicos Brasileiros. Arquivo de Direito Militar, Ano I, nº 2, Set/Dez de 1942, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, RJ, p. 384.

¹⁰ Projeto de Código Disciplinar do Exército, para o tempo de paz. Arquivo de Direito Militar, Ano II, nº 1, Mai-Ago 1943, Rio de Janeiro, RJ. Imprensa Nacional, p. 268.

¹¹ De acordo com o § 1º do Estatuto dos Militares.

¹² A perda do posto é da patente pode ser um dos resultados finalístico do CJ.

Armada.¹³ É sempre bom lembrar que o oficial desempenha, ao longo da carreira, funções e cargos em graus de complexidade crescente, ou seja, conforme aumenta-se o posto, conseqüentemente, aumenta-se a responsabilidade.

Quando o militar começa a demonstrar inaptidão para guiar seus homens (Ex.: quando se torna incompatível ou demonstra incapacidade para exercer as novas funções de caráter mais complexas), isto sempre gera grande insegurança e/ou indisciplina no seio da tropa.¹⁴ Um oficial relapso e/ou sem arcabouço moral, pode facilmente enfraquecer o Comando. Diante desta realidade é que se faz necessário o afastamento do militar das fileiras do EB ou das FFAA. Para isso, as instituições militares podem fazer uso dos Tribunais de Honra.

Dando continuidade à cronologia, na década de 1850, os Tribunais de Honra sofreram grandes transformações. O instituto passou a ter um rito próprio, o qual determinou as atribuições de seus membros (Presidente, interrogante e relator), bem como estabeleceu que ao final dos trabalhos, os autos deveriam ser enviados ao Conselho Supremo Militar¹⁵ (que se manifestava por escrito), devendo, em seguida, serem remetidos à secretaria da Guerra para a decisão final (QUEIROZ, 2002, p. 132).

O estipulado no parágrafo anterior, só foi possível devido à entrada em vigor da Lei nº 648, de 18 de agosto de 1852 e do Decreto nº 1.631, de 18 de agosto de 1855. Em momento memorável, o Marquês de Caxias (à época Ministro da Guerra), relatou as conquistas na área jurídica, conforme pode ser observado na transcrição a seguir:

Antes dessa lei que definiu o que se deve entender por mau comportamento habitual. (Lei nº 648, de 18.8.1852), os oficiais eram processados por esse motivo pelo Conselho de Inquirição, se cometiam contínuas faltas de serviço, ou atos contrários à dignidade de seu posto; e depois dela, pelo mencionado no citado artigo do código. O Conselho de Inquirição, porém, via-se na forçosa necessidade de seguir, na marcha dos termos substanciais do processo, suas próprias inspirações, ou as da autoridade que o nomeara, visto não haver um regulamento que prescrevesse as fórmulas necessárias, e essenciais desse processo. Assim, os oficiais acusados se procedia; não tinham faculdade de usar o direito de defesa; e muitas vezes eles estavam em uma província, e o processo instalava-se, e concluía-se em outra. O governo entendeu que semelhante sistema de processo, que decide peremptoriamente do futuro de um oficial; sistema insidioso e que choca os princípios de direito natural, não devia continuar a figurar na nossa jurisprudência militar; em (sic) conseqüência, por decreto de 18 de agosto do ano passado deu ao Conselho de Inquirição o regulamento que verei anexo, no qual o oficial acusado acha contra a prepotência e a arbitrariedade aquelas garantias que podem razoavelmente casar-se com os princípios fundamentais da disciplina militar; e acham também os julgadores invariavelmente fixada a marcha que devem seguir no curso do processo, e os meios para tranquilizarem sua consciência pela aquisição de provas suficientes para

¹³ Mesma fonte que o parágrafo anterior.

¹⁴ Uma tropa indisciplinada perde a sua eficiência e a sua eficácia operacional. Um Exército com essas características compromete a segurança nacional.

¹⁵ Atualmente este órgão é o STM.

formarem seu juízo, e votarem desassombrados. Junto ao dito regulamento vereis o formulário para os termos do processo, que o governo fez expedir (sem grifo no original).¹⁶

Nesse contexto, Abreu afirma que o Decreto nº 1.631, de 18 de agosto de 1855, contou com a participação direta do Duque de Caxias, e que foi notória a intenção do estadista em conceder/ garantir um contraditório e uma ampla defesa efetiva aos acusados. Dessa forma, os institutos que foram implementados que merecem mais destaque são: i) o direito de ser intimado previamente para ser interrogado; ii) o direito de constar na intimação a acusação e os documentos que a embasavam; iii) o direito de apresentar a defesa escrita ou oral; iv) a possibilidade de juntar documentos que embasavam a defesa; e v) mitigação dos poderes dos membros do conselho, tendo em vista que frequentemente tomavam decisões manifestamente contrárias aos autos (2015, p. 233).

Em 1895, entrou em vigor o Regulamento Processual Criminal Militar que previa a possibilidade do oficial se justificar mediante solicitação de instauração do Conselho de Investigação e de Guerra, das acusações que lhe foram feitas oficialmente (QUEIROZ, 2002, p. 132).

Contudo, em 30 de outubro de 1920, entra em vigor o Decreto nº 14.450 (Código de Organização Judiciária e Processo Militar) que revoga o dispositivo retro mencionado por intermédio do artigo 352, a seguir transcrito: “Fica abolida a faculdade concedida aos militares de requerer conselho para se justificarem de acusações que lhes sejam feitas (FONSECA, 1992/1993, p. 58).

O ato normativo anterior criou grande insatisfação no meio militar e civil, tendo em vista que a referida norma revestia-se de nítida afronta ao direito de defesa dos oficiais. Nessa seara, o Deputado Prudente de Moraes Filho, inconformado com essa questão, propôs o projeto de Lei nº 374, que em 21 de setembro de 1921 foi aprovado pela Câmara dos Deputados.

Ao fazer o uso da palavra e defender o seu ponto de vista contra o mandamento normativo previsto no art. 352 do Decreto nº 14.450, o Deputado utilizou-se da expressão Tribunais de Honra para melhor caracterizar o “Conselho de Justificação”. Desde então, essa expressão ficou consagrada e vem sendo usada continuamente como sinônimo dos processos administrativos que julgam da incapacidade/incompatibilidade para o oficialato. Abaixo transcrito, segue parte do discurso proferido pelo mencionado deputado:

¹⁶ CAXIAS, Marquês de. Relatório do Ministério da Guerra. 22 de novembro de 1855. Rio de Janeiro, RJ. 1856, p. 23 – 24.

A respeito dessa proposta, seu autor declarou que **“cercear o direito de defesa na vida militar é trabalhar, talvez, pela implantação da indisciplina (...), proibir o conselho para a justificação de atos praticados por militares, que sejam incriminados por superiores ou por particulares, é fechar uma válvula cujo funcionamento mantém em equilíbrio a disciplina nas (sic) forças armadas”**. Prudente de Moraes Filho concluiu que se fazia da “maior conveniência a instituição de uma junta militar para, perante ela, os oficiais do Exército ou da Marinha ou seus assemelhados, se justificarem de qualquer acusação que sofram, e **nada impede que semelhante junta ou tribunal de honra, ou conselho para justificações, seja criado por uma lei especial (...)**” — Discurso no Congresso Nacional, 21 de setembro de 1921¹⁷ (QUEIROZ, 2002, p. 133) [sem grifo no original].

No que pese o projeto ter avançado rapidamente pela câmara dos deputados, o mesmo não pode ser dito em relação aos procedimentos no Senado Federal. Após grande debate, inclusive com a participação de juristas renomados¹⁸, foi estabelecido que seria confeccionada uma Lei com o objetivo de criar um tribunal de cunho administrativo, porém, que se caracterizasse como verdadeiro tribunal de honra, no qual os militares poderiam se defender de acusações infundadas.¹⁹

Enfim, o projeto foi aprovado pelo Decreto nº 4.651, de 17 de janeiro de 1923, que criou o Conselho de Justificação, contudo, esta norma não teve eficácia, em virtude de não ter sido feita pelo Poder Executivo, conforme previsto no art. 5º do mesmo decreto (FONSECA, 1992/1993, p. 58).

Após decorrido três anos, o TH passou a fazer parte do Decreto nº 17.231-A, de 26 de fevereiro de 1926 (Manda observar o (sic) Código da Justiça Militar). Este novo mandamento jurídico penal militar estabeleceu regras para que o oficial acusado (do Exército ou da Armada) pudesse se justificar perante o Conselho de Justificação.²⁰

Deste modo, o oficial que fosse acusado pela imprensa ou por qualquer meio oficial de ter procedido incorretamente no desempenho do cargo ou comissão, seria submetido ao CJ, sendo a autoridade competente para nomear o TH o Comandante da Região Militar ou da Divisão Naval, a qual o acusado estivesse subordinado, ou ainda, seria competente para nomear o feito, os Chefes do Estado-Maior do Exército ou da Armada.

¹⁷ Prudente de Moraes Filho, Deputado A., “Anais do Congresso Nacional”, Diário Oficial de 22-9-1920, in “O Direito Penal Militar nos Congressos Jurídicos Brasileiros”, de Mário Tibúrcio Gomes Carneiro, Arquivo de Direito Militar, Ano I, Set/Dez de 1942, nº 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, p. 381/477.

¹⁸ Esses debates ocorreram do congresso jurídico de 1922 e foi organizado pelo governo e promovido pelo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil (Queiroz, 2002, p. 133).

¹⁹ Conforme consta no relatório da Seção de Direito Judiciário Militar do Congresso Jurídico de 1922 (Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros). In “Arquivos de Direito Militar”, Ano I, nº 2, Set/ Dez de 1942, Imprensa Nacional, Rio De Janeiro, p. 381/477.

²⁰ Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27334>>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

Ao findar do processo, a autoridade nomeante deveria ratificar ou não a decisão dos membros do Tribunal de Honra de forma motivada e em seguida deveria determinar: i) o arquivamento do processo (nos casos em que o oficial não foi considerado culpado); ou ii) a aplicação de punição disciplinar (nos casos onde comprovadamente o militar transgrediu); ou iii) a remessa dos autos ao Auditor competente nos casos de crime.

Desta forma, segundo o autor Haroldo Erichsen da Fonseca (1992/1993, p. 58), o Código da Justiça Militar de 1926 criou o Conselho de Justificação (nos moldes bem semelhantes aos atuais CJ). Contudo, a única sanção prevista era a punição disciplinar e/ou criminal pelo auditor.²¹

Desde a sua “criação até os moldes atuais”, este instituto passou por uma série de modificações legislativas, conforme pode ser visto no quadro abaixo:

Quadro 1 – Alterações legislativas dos Conselhos de Justificação

Nr Ord	Ano	Descrição da legislação/mudança legislativa
1	1928	Decreto nº 18.722, de 25-4-1928, sujeitando oficiais extraviados ao C.I.
2	1934	- Decreto nº 24.803 , de 14-7-1934, altera o Código de Justiça Militar e amplia a competência do Conselho de Justificação. Instituiu que por qualquer meio de comunicação social o militar poderia responder por atos que afetassem a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, ou ainda, responder por conduta irregular. O Oficial poderia ser justificado <i>ex officio</i> ou a pedido; e - Decreto nº 24.804 , de 14-7-1934, autoriza a reforma definitiva de oficial considerado culpado pelo Conselho de Justificação por ter cometido ato que atentasse contra a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe, ou por ter cometido conduta irregular. A autoridade competente para punir era a que nomeou (Cmt RM/ Div Naval ou Ch EM).
3	1935	Lei nº 136, de 14 de dezembro de 1935 (Modifica vários dispositivos a Lei nº 38, de 4 de abril de 1935 e define novos crimes contra a ordem político social).
4	1938	Código da Justiça Militar (Dec. Nº 925, de 2.12.1938 – Arts. 345 a 361). Consolidava o que previa o Dec. 24.803/34.
5	1940	Decreto-Lei nº 2.746, de 5.11.1940 (Substitui o capítulo da CJM e prevê também a reforma como punição). Acrescenta que a decisão final agora é da competência do Ministro Militar/ Cmt da Força.
6	1950	Lei nº 1057-A, de 28.1.1950 (estabelece a pena de reforma para o oficial julgado culpado pelo Conselho de Justificação. Previa a participação do Auditor no Conselho de Justificação. Introduziu nova hipótese para nomear o CJ (oficiais que eram filiados ou propagavam doutrinas de associações ou partidos políticos considerados ilegais). Determinou que o CJ fosse enviado para o STM e estendeu o instituto

²¹ Também previa o arquivamento.

		para ser aplicado aos PM e CBM. Estes últimos seriam julgados pelos tribunais estaduais. O STM decidia pela reforma.
7	1956	Lei nº 2.738, de 20.2.1956 (dispõe sobre o afastamento do Oficial que se revelar incompatível com o exercício de suas funções). O Processo não era enviado para o STM. A autoridade competente era o Cmt da Força.
8	1967	- Lei nº 5.300, de 29.6.1967 (estabelece normas para o Conselho de Justificação). Esta lei era muito parecida com a atual Lei 5.836/72. Também se aplicava aos militares da PM e CBM. Delegou a competência para o STM julgar, em única instância, todas os CJ. Acrescentou a perda do posto e da patente.
9	1972	Lei nº 5.836, de 5.12.1972 (dispõe sobre o Conselho de Justificação).

Fonte: conforme nota de rodapé.²²

Os dados contemplados nesta breve síntese histórica (inclusive os inseridos no quadro acima) instigam o autor a três principais reflexões. Tais pensamentos/indagações são os seguintes:

1) Em um período de aproximadamente 107 anos (período compreendido entre os anos de 1821 e 1928) os “mandamentos normativos rudimentares” que versavam sobre os TH foram atualizados/modificados 11 vezes. Quais foram as motivações para isso?

2) Em um período de aproximadamente 43 anos (período compreendido entre os anos de 1929 e 1972) o mandamento normativo que versava especificamente sobre os TH (Código da Justiça Militar de 1926) foram atualizados/modificados 9 vezes. Quais foram as motivações para isso?

3) Conforme pode ser observado no item 9 do quadro, a lei que normatiza os Conselhos de Justificação, atualmente, é a Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, ou seja, desde 1972 (portanto já fazem aproximadamente 45 anos) é notório a omissão do Poder Legislativo no sentido de atualizar tal norma, em virtude disso, pergunta-se: por qual motivo o legislador perdeu o interesse em atualizar essa norma?

Antes de responder as indagações acima, é importante salientar que a lei já nasce atrasada, ou seja, em resumo, é sabido que primeiro surge um determinado fato, em seguida analisa-se se esse fato tem relevância jurídica para poder ser normatizado, posteriormente, sendo comprovada essa relevância, passa-se para a fase das deliberações e confecções das leis. Por fim, o mandamento legal entra em vigor.

²² Quadro produzido pelo autor. Os dados que foram inseridos neste quadro foram obtidos nas obras dos seguintes autores: Queiroz (2002, p. 131-139); Fagundes (2002, 285-290); Abreu (2015, 232-236); Fonseca (1992/1993, p. 57- 61), bem como do site oficial da Câmara dos Deputados e/ou Senado Federal.

Diante das explicações do parágrafo anterior, basta agora saber quais os fatos que estavam acontecendo/surgindo e que necessitavam de uma intervenção do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo para tentar barrar a indisciplina da tropa.

Para responder a primeira pergunta, será pertinente realizar uma análise do período histórico compreendido entre 1821 e 1928. Nota-se que esta época foi marcada por grande agitação social. Neste período, o Exército e a Armada foram empregados e/ou ficaram em condições de serem empregados, aproximadamente, 48 vezes em grandes lutas e revoluções. Exemplificativamente, cita-se: i) Revolução Liberal de 1821 (Bahia e Pará); ii) Guerra da Cisplatina (1825-1828); iii) Cabanada (1832-**1835**); iv) Cabanagem (**1835**-1840); v) Revolta dos Malês (**1835**); vi) Revolução Farroupilha (**1835**-1845); e vii) Guerra de Canudos (1896-1897).²³

Só no ano de 1835 havia três insurreições e uma revolta acontecendo ao mesmo tempo. Constata-se, portanto, que a soberania nacional estava ameaçada. O reflexo disto foi que os dirigentes da nação determinaram o emprego das Forças Armadas com o intuito de resolverem tais conflitos.

Sempre que as Forças Armadas são empregadas em Operações Militares, os crimes de deserção, insubordinação, cobardia ou desrespeito a superior aumentam de forma significativa. Nas revoltas acima citadas não foi diferente. Para comprovar essa afirmação, basta consultar novamente o parágrafo 4º da página 15 desta dissertação.

No item anteriormente referenciado, foi visto que o Decreto nº 1 de 26 de maio de 1835, instituiu o **Conselho de Investigação**. Tal norma atualizou a legislação anterior que versava sobre TH. Basicamente as alterações/modificações determinavam a instauração do CI nos casos de deserção. Em outras palavras, no período em estudo estavam acontecendo muitos conflitos armados e os militares estavam fugindo da “guerra”.

Logo, a resposta da primeira pergunta é a seguinte: primeiramente o Brasil estava passando por um período conturbado na qual a soberania nacional estava sendo ameaçada. Nesse contexto, a solução do problema consistia em empregar as FFAA para pacificar os conflitos internos. Tendo em vista que os períodos de emprego da tropa em guerras e/ou conflitos armados aumentam a indisciplina da tropa, os legisladores atuaram de forma rápida, atualizando 11 vezes as legislações que tratavam dos TH, com a intenção de expulsar os militares indisciplinados e manter a eficiência e a operacionalidade dos corpos de tropa.

²³ Os dados foram extraídos da seguinte fonte: DONATO, Hernâni. Dicionário das Batalhas Brasileiras. 2ª ed. São Paulo: IBRASA, 1996.

De forma análoga, para responder a segunda pergunta será pertinente realizar uma análise do período histórico compreendido entre 1929 e 1972. Nota-se que esta época também foi marcada por grande agitação social. Neste período, o Exército e a Armada foram empregados e/ou ficaram em condições de serem empregados, aproximadamente, nove vezes em grandes lutas, insurreições ou revoluções. A título exemplificativo, cita-se: i) Revolta de 1930; ii) Intentona Comunista (1935); iii) 2ª Grande Guerra (1943-1945); iv) Guerrilha do Araguaia (1967-1974); e v) luta armada (1965-1972).²⁴

O contexto analítico é semelhante ao anterior, ou seja, a soberania e/ou a estabilidade do país estavam comprometidos e as Forças Armadas tiveram que atuar nos mesmos moldes que no período anteriormente analisado. Desta forma, a resposta da segunda pergunta é idêntica à primeira, ou seja, as motivações dos legisladores foram originadas pela necessidade de expulsar os militares indisciplinados e manter a eficiência e a operacionalidade dos corpos de tropa, bem como restabelecer a estabilidade social/ soberania nacional.

Resta agora responder a última pergunta, qual seja, por qual motivo o legislador perdeu o interesse em atualizar essa norma? Nota-se que a época compreendida entre 1972 e 2017 foi marcada por uma pequena agitação social que necessitasse do emprego das FFAA. Neste período, as FFAA foram empregadas, “de forma significativa” uma única vez, a título ilustrativo, cita-se: Revolução Democrática de 1964 (1964- 1985).²⁵

Outros fatores que contribuíram para a diminuição do emprego das FFAA foram a estabilidade/manutenção da soberania nacional e a evolução das diversas polícias no país. Tendo em vista que a soberania nacional não foi mais abalada nos mesmos patamares que antigamente, tendo em vista que ocorreu um crescimento significativo das polícias civis, militares e Polícia Federal, foi que o legislador acabou se afastando deste tema e passou a empreender os seus esforços em outros assuntos como: educação, saúde, previdência, segurança pública, etc.

Após responder as indagações anteriores, surge mais um questionamento que carece de ser respondido, qual seja, é realmente necessário realizar atualizações na Lei 5.836/72? Para responder a essa nova pergunta, serão utilizadas as informações colhidas nesta pesquisa.

As adversidades sociais brasileiras acima elencadas tiveram como reflexo o emprego das FFAA com o objetivo de promover a pacificação. Neste contexto, ensina Miguel Reale que o direito se compõe de três aspectos básicos que são: o fato, o valor e a norma (2004, p.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

64-65). A partir do momento que se muda/ surge um novo fato, faz-se necessário uma valoração com o intuito de retificar/ ratificar ou criar nova norma.

Seguindo a teoria tridimensional do direito, o Brasil se deparou com diversos fatos novos (revoluções, levantes, guerras, etc.), tais fatos passaram pelo crivo axiológico (Ex.: as faltas graves disciplinares, morais e/ou éticas dos militares instigaram as autoridades a escreverem diversas leis que tratavam sobre os TH). Por fim, as leis aplicadas geraram a exclusão de diversos militares das FFAA.

As duas últimas leis que trataram sobre os TH foram, respectivamente, a Lei nº 5.300/67 e a Lei nº 5.836/72.

A Lei 5.836/72, após aproximadamente cinco anos, revogou expressamente a norma anterior. No que pese o tempo entre as normas referenciadas ser relativamente curto, a legislação em vigor acrescentou dispositivos inovadores como: i) passaram a serem submetidos ao CJ os oficiais da reserva remunerada e reformados; ii) o Justificante deve estar presente a todas as seções;²⁶ iii) o membro mais antigo deverá ser no mínimo um oficial superior; e iv) aplicação do Código de Processo Penal Militar (CPPM) de forma subsidiária.²⁷

No exemplo acima foi comprovado que em cinco anos a norma dos TH já ficou desatualizada, quiçá como se encontra a Lei nº 5.836/72 após mais de 45 anos sem atualização e principalmente após a promulgação da Constituição Cidadã de 1998.

Fonseca (1992/1993, p. 79) no ano de 1993 já afirmava que a Lei 5.836/72 estava necessitando de uma revisão. Hoje, tal necessidade cresceu de importância, tendo em vista que a CF/88 incrementou vários direitos e garantias fundamentais. Do ano de 1988 até os dias atuais os diversos institutos jurídicos, em especiais, o contraditório e a ampla defesa evoluíram significativamente, obrigando as diversas legislações a adaptarem-se a essa nova realidade.

1.2 DADOS ESTATÍSTICOS REFERENTES AOS TRIBUNAIS DE HONRA

Infelizmente não existe um sistema de arquivo modelo que possa contemplar, com a devida excelência, os dados referentes a todos os Tribunais de Honra que já foram instaurados/nomeações.

Contudo, existem algumas pesquisas que foram feitas e que foram utilizadas neste trabalho com o condão de buscar a verdade sobre o tema em estudo. Dessa maneira, será apresentada agora uma tabela que foi confeccionada pelo General de Exército Haroldo Erichsen da Fonseca (Ex – Ministro do STM de 1987 até 1993).

²⁶ Vide o discurso do Marquês de Caxias.

²⁷ Existem mais inovações, contudo, o autor optou por listar estas.

A tabela referenciada informa as quantidades de Conselhos de Justificação Julgados pelo STM no período compreendido entre 1967 a 1992. Para maior contemplação dos dados, apresenta-se a seguir a tabela:

Tabela 1- Processos de Conselho de Justificação Julgados no STM
(de 1967 a 1992, inclusive – 25 anos)

Ministério	Culpados		Não Culpado	Nulos ou Sobrestados	Total
	Perda de Posto e Patente	Reforma			
Marinha	10	13	07	03	33
Exército	12	45	23	07	87
Aeronáutica	03	07	04	02	16
Total	25	65	34	12	136

Fonte: conforme nota de rodapé.²⁸

Em seguida, é apresentada uma nova tabela, confeccionada pelo autor desta dissertação, cujo os dados foram obtidos por intermédio dos julgados do Superior Tribunal Militar no período compreendido entre 1993 a 2017.²⁹

Tabela 2- Processos de Conselho de Justificação Julgados no STM
(de 1993 a 2017, inclusive – 24 anos)

Ministério	Culpados		Não Culpado	Nulos ou Sobrestados	Total
	Perda de Posto e Patente	Reforma			
Marinha	07	09	02	06	24
Exército	10	13	04	08	35
Aeronáutica	03	07	02	02	14
Total	20	29	08	16	73/77

Fonte: tabela confeccionada pelo autor.

Nota:

- (1) Existem três Conselhos do EB em andamento, ou seja, aguardando julgamento;
- (2) Existe um Conselho na Força Aérea em andamento; e
- (3) A coluna nulos ou sobrestados englobam os arquivados por prescrição.

Realizando a junção dos dados da tabela 1 com os dados da tabela 2 passa-se a ter a tabela número 3 que corresponde a quantidade de Conselhos de Justificação do período de 1967 até 2017, conforme exposto abaixo:

Tabela 3- Processos de Conselho de Justificação Julgados no STM
(de 1967 a 2017, inclusive – 49 anos)

²⁸ Dados extraídos do artigo confeccionado pelo autor Fonseca (1992/1993, p. 78). No mesmo artigo (p.79), o autor afirma que a Lei nº 5.836/72 carece de revisão.

²⁹ Os julgados do STM podem ser consultados pela internet, conforme o endereço colacionado adiante. Disponível em: < <https://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s7=90&l=30&d=SAM1&p=1&u=l&r=1&f=S&n=TEOR>>. Acesso em: 09 de agosto de 2017.

Ministério	Culpados		Não Culpado	Nulos ou Sobrestados	Total
	Perda de Posto e Patente	Reforma			
Marinha	17	22	09	09	57
Exército	22	58	27	15	122
Aeronáutica	06	14	06	04	30
Total	45	94	42	28	209/213

Fonte: tabela confeccionada pelo autor.

Nota:

- (1) Existem três Conselhos do EB em andamento, ou seja, aguardando julgamento;
- (2) Existe um Conselho na Força Aérea em andamento; e
- (3) A coluna nulos ou sobrestados englobam os arquivados por prescrição.

Da análise dos diversos dados até aqui estudados, pode-se retirar as seguintes conclusões:

a) a média anual de nomeação de Conselhos de justificação é de 4,3 Conselhos por ano, sendo que a média de cada Força é de 1,16 para a Marinha, 2,55 para o Exército e 0,63 para a Força Aérea;

b) a média anual dos oficiais julgados não justificados (culpados) é de 2,83 por ano, sendo que 67,6 % são reformados e 32,4% são decretadas as perdas dos postos e das patentes;

c) segundo Fonseca (1992/1993, p. 79), a notória prevalência da pena de reforma sobre a pena de perda do posto e da patente no período compreendido entre 1967 até 1992 ocorre, provavelmente, em decorrência do caráter humanitário do Tribunal;³⁰

d) a tendência humanitária apontada por Fonseca no item “c” se estende até os dias atuais, contudo, verifica-se que essa tendência diminuiu significativamente, conforme pode ser constatada na tabela 2. Antes a proporção era de 2,6 reformados para cada militar que tinha perdido o posto e a patente, agora essa tendência é de 1,45;

e) para cada oficial considerado não culpado no período de 1993 até 2017 temos 6,12 considerados culpados. Antes essa média era de 2,6. Pode-se concluir que os CJ estão, cada vez mais, sendo nomeados com motivos realmente plausíveis;

f) a quantidade de processos nulos, arquivados e sobrestados atualmente é de 21,9%. Esse número é muito alto e deve ser envidado esforços para reduzir essa margem.³¹ Antes esse dado correspondia a 8,8%;

³⁰ Segundo o autor, o STM ao optar por reformar os militares que infringiram a ética e a moral militar ao invés de expulsá-los, age assim, possivelmente, em virtude de certa benevolência. Os dados foram extraídos do artigo confeccionado pelo autor Fonseca (1992/1993, p. 79).

³¹ O instituto do sobrestamento aliado aos erros que causam nulidade absoluta, contribuem para que uma parcela significativa dos militares submetidos ao CJ não sofram qualquer tipo de sanção. A Assessoria de Assuntos Internos (Asses AI) já envidou esforços no sentido de prestar assessoramento jurídico/administrativo aos membros dos TH (visando diminuir as nulidades), bem como já oficiou o STM para que aquela corte fizesse

g) possivelmente o elevado número do índice comentado no item “f” ocorreu devido à falta de preparo dos membros do CJ, devido a desatualização da Lei 5.836/72, bem como devido à mudança no Regimento Interno do STM (em meados de 1980)³² que instituiu o sobrestamento do CJ quando os fatos arguidos no Libelo acusatório correspondem na integralidade as acusações na ação penal;

h) a quantidade de Conselhos de Justificação nomeados é baixa, isto se justifica devido a qualidade dos oficiais. Caso isso não fosse verdade, o Brasil não teria FFAA, teria sim, bando armado;³³

i) tradicionalmente os membros do CJ são compostos por outros militares, ou seja, assim como na justiça militar, parte-se do pressuposto que um militar está mais apto para julgar outro militar, pois os “pares”, melhores do que ninguém, podem identificar e mensurar a gravidade da falta cometida pelo justificante;

j) os CJ procuram conceder os direitos e garantias fundamentais a todos os justificantes, contudo, afastam do meio militar aquelas pessoas que não tem vocação para a vida castrense e, através de julgamento, permite aos que possuem vocação que continuem a labutar na profissão das armas;

l) o instituto do CJ ora fazia parte do Direito Administrativo, ora do Direito Penal. Atualmente o CJ é um instituto do Direito Administrativo, porém, em alguns casos, poderá se caracterizar por ser judicialiforme.³⁴

m) os dados analisados são referentes àqueles processos que os Comandantes das Forças Armadas encaminharam para o STM. Os processos oriundos da Comissão de Promoção dos Oficiais, por exemplo, não vão para o STM, pois são analisados e decididos pelo Comandante de cada Força³⁵.

n) a existência desta ferramenta de cunho punitivo, certamente estimula os oficiais a levarem uma vida baseada em aspectos éticos e morais³⁶, pois caso não cumpram com seus deveres, em princípio, serão devidamente penalizados.³⁷

gestão no sentido de retirar o instituto do sobrestamento do Regimento Interno do Tribunal para que os militares, em tese, transgressores possam ser devidamente punidos pelos seus atos.

³² Conforme comentado por Queiroz (2002, p.136).

³³ Fonseca (1992/1993, p. 79) defendeu a ideia de que o pequeno número de CJ se justifica devido ao alto padrão ético e moral dos oficiais das Forças Armadas.

³⁴ Esse assunto será abordado mais adiante.

³⁵ Este tipo de processo é 100% administrativo, ou seja, não é judicialiforme. Tal procedimento encontra amparo legal no inciso II do artigo 2º da Lei nº 5.836/72.

³⁶ Tais aspectos éticos e morais estão previstos na Lei nº 6.880/80, no Decreto nº 4.346/02 e na Portaria nº 1.392/16, conforme apêndice “A”.

³⁷ O sistema de análise utilizado nesta parte da dissertação foi inspirado no artigo do Fonseca (1992/1993, p. 79).

1.3 A CRIAÇÃO DA ASSESSORIA DE ASSUNTOS INTERNOS E SEUS REFLEXOS PERANTE OS TRIBUNAIS DE HONRA NO ÂMBITO DO EB

O período compreendido entre os anos de 2009 até 2017 vem sendo caracterizado, no Brasil, por uma forte crise ética, moral, social, econômica e política. A operação da Polícia Federal denominada de Lava Jato veio expor para a população brasileira um sistema de corrupção institucionalizado.

As crises retro mencionadas, em especial a moral e a ética, vem impactando de forma negativa o Exército Brasileiro.³⁸ Com o intuito de minimizar e/ou acabar com essa influência negativa no âmbito do EB, a 1ª Subchefia do Estado Maior do Exército, reuniu-se no dia 23 de abril de 2015 com a finalidade de implantar o sistema de corregedoria no EB.

Naquela oportunidade, a memória para Decisão N° 001-SEP/1° S Ch, de 23 de abril de 2015 registrou tal fato. Abaixo estão relacionadas as ideias bases tratadas na reunião:

- a. os Comandantes estão observando a existência de militares que apresentam sérios desvios de condutas que contrariam a ética militar prevista no Estatuto dos Militares;
- b. em virtude do exposto na letra “a”, alguns comandantes estão determinando a nomeação de Tribunais de Honra. Nesse sentido, os militares submetidos aos TH estão fazendo uso do seu direito constitucional e contratando advogados cada vez mais experientes;
- c. a falta de capacitação jurídica por parte de alguns Comandantes e a pouca experiência dos militares envolvidos na condução do processo estão gerando insegurança e causando protelação ou até mesmo a não abertura dos TH;
- d. a Portaria n° 156-Cmt Ex, de 18 de março de 2013, estabelece que as Assessorias de Assuntos Jurídicos deverão prestar o devido assessoramento, contudo, isto não está ocorrendo em virtude da grande demanda que essas Assessorias possuem;
- e. devido a inexistência de um órgão central, muitos casos são identificados, contudo, não está ocorrendo a correta apuração das violações, pois existem grandes dificuldades em encontrar os meios mais adequados para averiguar cada caso;
- f. em virtude dos fatos acima narrados a memória menciona que “(...) há a necessidade de implantar uma estrutura que centralize, unifique procedimentos e proporcione um adequado e cerrado suporte jurídico aos Cmt OM, bem como a possibilidade de dar poderes a essa estrutura para determinar a instauração de Tribunais de Honra. ”; e
- g. o pensamento discorrido na letra “f” visa atender a uma das demandas do Plano Estratégico do Exército 2016-2019, cujo os objetivos estratégicos que se aplicam a esses

³⁸ Tal pensamento foi exposto pelo então Comandante do Exército, o General de Exército Enzo Martins Peri, no dia 10 de setembro de 2009, por intermédio da Ordem Fragmentária n° 07 – Cmt EB.

casos são: i) objetivo nº 11 - determina que deve ser fortalecido os valores, os deveres e a ética militar; ii) ação estratégica 11.2 – deve-se desenvolver programas que visem a preservação dos valores da instituição; iii) ação estratégica 11.2.1 deve-se implementar programas que desenvolvam as atitudes inerentes a profissão castrense; e iv) deve-se dar prosseguimento na implantação do Sistema de Corregedoria do Exército.

Para operacionalizar esse pensamento, a Portaria nº 1.064, de 10 de agosto de 2015, do Comandante do Exército, implantou a Assessoria de Assuntos Internos (Asse AI) na estrutura do Departamento-Geral do Pessoal e deu outras providências. Em seguida, a Portaria nº 306-EME, de 23 de novembro de 2015, aprovou a Diretriz para Implantação da Assessoria de Assuntos Internos, estabelecendo a sua concepção geral, missão e organização, a qual foi estruturada em uma Chefia, Subchefia e duas seções: a de Conselhos³⁹ e a de Gestão do Conhecimento e Apoio aos Comandantes.

Já em fevereiro de 2016, o Cmt Ex emitiu a Portaria nº 155, de 29 de fevereiro de 2016, que aprovou o mais novo Regulamento do Departamento-Geral do Pessoal, esclarecendo as novas missões/competências da Asse AI, conforme abaixo exposto:

- Art 6º À Asse AI compete, no âmbito do Exército Brasileiro:
- I - **propor pessoal a ser submetido aos tribunais de honra;**
 - II - **propor a apuração de violações dos deveres e obrigações militares;**
 - III - apoiar e orientar os comandantes de OM na apuração dos desvios de conduta previstos no Estatuto dos Militares;
 - IV - apoiar o funcionamento dos tribunais de honra;
 - V - **uniformizar procedimentos no que tange aos tribunais de honra;** e
 - VI - propor modificações de legislação pertinente (sem grifo no original).

Em 1º de março de 2016 foi implantada a Assessoria de Assuntos Internos. A inauguração das instalações físicas ocorreu no 1º piso do bloco “E” do Quartel General (área física do DGP) e os trabalhos foram iniciados com 3 militares.⁴⁰

O panorama dos Tribunais de Honra no EB era bastante singular, até março de 2016 os TH (Conselho de Justificação e Conselho de Disciplina) eram institutos praticamente desconhecidos no Exército Brasileiro. Os militares em geral (Comandantes, Oficiais e Praças) não sabiam ou nunca tinham visto tais institutos, ou ainda, não sabiam como funcionavam. Os próprios militares que foram designados para compor a Asse AI, à época, não dominavam o assunto.

De 1º de março até aproximadamente meados de junho de 2016, a equipe jurídica da Asse ficou realizando estudos e pesquisa para poder adquirir um maior conhecimento técnico.

³⁹ A Seção de Conselhos é uma assessoria de apoio para assuntos jurídicos especializada e lida, normalmente, com os seguintes ramos do Direito: Direito Constitucional, Direito Constitucional Militar, Direito Penal, Direito Penal Militar, Direito Administrativo, Direito Administrativo Militar, dentre outros.

⁴⁰ Os pioneiros da Asse AI foram: Cel Art QEMA Miriano Valdoni **Eder** (Chefe da Asse AI), Maj Inf Elerson **Omar** Mota Teixeira (Ch Seq Cslh) e Cap QCO Dir Rodrigo Bittencourt **Blom** Lied (Adj da Seq Cslh).

Com a finalidade de melhor elucidar o que foi dito no parágrafo anterior, será comentado o 1º caso de apoio prestado pela Asse AI.

Em setembro de 2015, um determinado Comandante ficou sabendo que um dos seus subordinados havia sido condenado na justiça comum. Fugindo aos padrões normais, o referido Comandante sabia da existência do instituto do Tribunal de Honra, contudo, não sabia se o fato que o militar cometeu era tão gravoso a ponto de submetê-lo ao referido julgamento.

Para tentar sanar a dúvida, o Comandante enviou toda a documentação referente ao caso à Advocacia Geral da União e solicitou um parecer jurídico. Após mais de um mês, a resposta da consulta não havia chegado na Organização Militar (OM).

Sem ser devidamente assessorado, o Comandante optou por não nomear o Tribunal de Honra e encaminhou nova solicitação de parecer jurídico, desta vez, a solicitação foi encaminhada ao Comando Militar de Área ao qual estava subordinado. Essa nova solicitação ocorreu no mês de outubro de 2015.

Em virtude da divulgação do funcionamento da Asse AI, os documentos foram encaminhados para aquela Assessoria no mês de abril de 2016 e, em uma semana, após a documentação dar entrada na Asse AI, o parecer já estava na Organização Militar que havia solicitado o assessoramento. Em decorrência de nova solicitação de apoio, a Asse AI enviou dois militares para realizar o treinamento dos membros do TH⁴¹, e depois de quatro meses todos os trabalhos referentes ao TH já haviam sido concluídos.

Por desconhecimento e/ou falta de apoio técnico, os Comandantes não determinavam a nomeação dos Tribunais de Honra devido ao receio de serem acionados na justiça por seus subordinados.⁴²

Desde a sua inauguração, a Asse AI vem realizando um trabalho pioneiro. De meados de maio de 2016 até 1º de março de 2017, a Asse AI combateu uma demanda reprimida e prestou assessoramento em mais de 15 casos. Já no ano de 2017, a previsão de apoio era de aproximadamente 40 casos.

A título exemplificativo, cita-se que na semana compreendida entre os dias 10 e 15 de setembro de 2017, a Asse AI treinou e prestou assessoramento a 6 futuros Tribunais de

⁴¹ O apoio prestado ocorreu na semana compreendida entre os dias 02 e 05 de maio de 2016 e o militar foi submetido ao CD no dia 09 de maio de 2016.

⁴² Os Comandantes, muitas vezes, têm fortes receios de serem condenados a pagar alguma indenização em virtude de um erro administrativo (Ex.: pagamento a título de danos morais).

Honra⁴³, ou seja, em uma semana de trabalho a Asse AI já ultrapassou, em muito, a média anual de CJ no âmbito do EB.

A criação de uma estrutura centralizada está possibilitando scanear/rastrear o universo de oficiais e praças que cometeram condutas demeritórias graves.⁴⁴

Os trabalhos na área jurídica/ administrativa realizados pela Asse AI estão listados no § 2º do artigo 34 do Regimento Interno do DGP, a seguir transcrito:

§ 2º À Seção de Conselhos incumbe:

I - manter um banco de dados estatísticos dos conselhos de Justificação e de Disciplina instaurados no âmbito da Força;

II – assessorar, juridicamente, o Ch Asse AI na propositura de militares de carreira para submissão aos tribunais de honra, elaborando a documentação pertinente e atentando para a prescrição dos fatos;

III - elaborar as recomendações do Ch DGP para instauração dos conselhos de Justificação e de Disciplina;

IV – apoiar o Gab Cmt Ex na preparação dos membros dos Conselhos de Justificação e as Asse Ap As Jurd na preparação dos membros dos Conselhos de Disciplina, bem como na preparação dos integrantes das próprias Asse Ap As Jurd enquadrantes;

V - assessorar as Asse Ap As Jurd e os membros dos conselhos, se for o caso, quanto à formulação do libelo acusatório e às questões incidentais, em especial as relacionadas à verificação da capacidade física e mental do acusado;

VI - assessorar no sentido de que seja concedido, no contexto do devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa, como forma de evitar a anulação dos conselhos de Justificação e de Disciplina;

VII - acompanhar os tribunais de honra instaurados, particularmente quanto aos prazos; bem como possíveis ações judiciais interpostas, tudo por intermédio das respectivas Asse Ap As Jurd;

VIII - acompanhar a apreciação de eventuais recursos e sua tramitação junto ao STM, nos casos de Conselho de Justificação; e junto ao Gab Cmt Ex, nos casos de Conselho de Disciplina;

IX - acompanhar o gerenciamento por parte das Asse Ap As Jurd, da execução de medidas administrativas decorrentes da submissão do oficial, do aspirante-a-oficial de carreira e da praça estabilizada a tribunais de honra;

X - manter coletâneas de doutrina, decisões administrativas e jurisprudência a respeito dos conselhos de Justificação e de Disciplina;

XI – participar de grupos de trabalho e/ou estudo sobre tribunais de honra e legislação correlata; e

XII - propor a edição e a atualização de atos normativos e instruções complementares referentes aos tribunais de honra e à legislação correlata.

Atualmente a Asse AI está bastante conhecida no Exército, isto ocorreu em virtude da divulgação nos diversos eventos internos. No ano de 2016, a previsão do efetivo da Asse

⁴³ Após o treinamento dos membros dos TH, a autoridade nomeante costuma expedir a Portaria de nomeação em aproximadamente 15 dias.

⁴⁴ Em 166 casos de condenação judicial de oficiais e praças analisados no âmbito do EB, 80% estavam prescritos, ou seja, já não é possível nomear um TH para apurar os fatos. O motivo maior dessa ocorrência é que no Exército não existia uma estrutura especializada que cuidasse desse assunto, o que, em tese, possibilitou o aumento dos casos de transgressão da ética militar. Este fato evidenciou que a instituição não tinha um mecanismo eficiente para “plotar”, julgar e punir (se fosse o caso) tais condutas. Este novo dado indica que a quantidade de nomeação de CJ deve/pode aumentar. Tal situação ratifica o pensamento do General Enzo (pág. 28), ou seja, a crise moral e ética do país está realmente afetando de forma negativa o Exército. Se essa realidade não mudar, nos próximos anos a média de nomeação de TH poderá ter um aumento significativo.

AI era de 6 militares e isto foi concretizado. Já para o ano de 2017, a previsão passou a ser de 12 militares (atualmente o efetivo é de sete)⁴⁵.

Em virtude das missões elencadas anteriormente, a Asse AI está desenvolvendo uma série de trabalhos inovadores com a finalidade de possibilitar uma maior efetivação dos direitos e garantias fundamentais aos militares submetidos aos TH.

Por fim, considera-se a inauguração e o funcionamento da Asse AI um marco histórico dentro do EB no que tange ao assunto TH. O trabalho desenvolvido por essa assessoria e explanado neste item reflete a importância da Asse AI no sentido de auxiliar os Comandantes a manterem a disciplina da Força Verde Oliva⁴⁶, bem como representa um grande passo evolutivo para o instituto dos Tribunais de Honra, tendo em vista que tal assessoria contribui para a atualização das legislações, conforme previsto no inciso XII do §2º do Regimento Interno do DGP.⁴⁷

1.4 VISÃO PANORÂMICA SOBRE O CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO

Dando prosseguimento ao estudo, cabe destacar que para se ter uma visão panorâmica sobre este instituto, deve-se, inicialmente, realizar uma análise da Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972.⁴⁸

De acordo com o artigo 1º da norma referenciada, “O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas – militar de carreira – para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar”.

O parágrafo único do referido artigo acrescenta que: “O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra. ”

Já o artigo 2º elenca as hipóteses na qual o oficial pode ser submetido ao CJ, conforme pode ser verificado no texto abaixo:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das forças armadas:

I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

- a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;
 - b) tido conduta irregular; ou
 - c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;
- II - considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;

⁴⁵ Dado referente ao mês de outubro de 2017.

⁴⁶ Expressão utilizada pelos militares como sinônimo das palavras Exército Brasileiro.

⁴⁷ Nos anos de 2016 e 2017 foram propostas pela Asse AI diversas mudanças nas legislações que versam sobre o assunto Tribunais de Honra.

⁴⁸ Recomenda-se antes realizar uma leitura da Lei 5.836/72 (ANEXO “A” desta dissertação).

III - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

V - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerado, entre outros, para os efeitos desta Lei, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

- a) estiver inscrito como seu membro;
- b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;
- c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou
- d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades (sem grifo no original).

Quando submetido ao Conselho de Justificação, o oficial é afastado automaticamente das suas funções (nos casos previstos nos incisos IV e V do artigo retro citado) ou pode permanecer exercendo às suas atividades a critério do Ministro da Força ao qual pertence (nos casos previstos no inciso I do mesmo artigo).⁴⁹

Segundo Rosa (2011, p. 147), o artigo 4º disciplina quais são as autoridades competentes para determinar a nomeação do CJ, bem como ainda informa que, com base nos antecedentes do acusado e na natureza ou falta de consistência dos fatos arguidos, a autoridade pode indeferir o pedido de nomeação. Ratificando o entendimento citado, o texto abaixo colacionado esclarece a questão:

Art. 4º A nomeação do Conselho de Justificação é da competência:

I - do **Ministro da Força Armada a que pertence o oficial a ser julgado**; e

II - do Comandante do Teatro de Operações ou de Zona de Defesa ou dos mais altos comandantes das Forças Singulares isoladas, para os oficiais sob seu comando e no caso de fatos ocorridos na área de sua jurisdição, quando em campanha no país ou no exterior.

§ 1º As autoridades referidas neste artigo podem, com base nos antecedentes do oficial a ser julgado e na natureza ou falta de consistência dos fatos arguidos, considerar, desde logo, improcedente a acusação e indeferir, em consequência, o pedido de nomeação do Conselho de Justificação.

§ 2º O indeferimento do pedido de nomeação do Conselho de Justificação, devidamente fundamentado, deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos do oficial, se este é da ativa (sem grifo no original).

Para Ornellas (2011, p. 80) a comissão processante pode ser formada por três oficiais de posto superior e/ou do mesmo posto que o justificante, desde que os membros sejam mais antigos.

Em socorro ao pensamento de Ornellas, Heuseler (2011, p. 112) complementa que o oficial justificante da ativa só poderá ser julgado por outro oficial da mesma força à qual pertence. Nessa perspectiva, relata que não podem fazer parte como membros do Conselho de

⁴⁹ Inteligência do artigo 3º da Lei 5.836/72.

Justificação os oficiais subalternos; os oficiais que tenham entre si, com o acusado ou acusador, parentesco afim ou consanguíneo, na linha reta ou até 4º grau de consanguinidade colateral ou de natureza civil; e o oficial que formulou a acusação. As funções desempenhadas pelos membros do CJ são: presidente; interrogante e relator; e escrivão.

Relata, ainda, que o CJ é um órgão colegiado no qual o mais antigo é o presidente (no mínimo um oficial superior), seguido pelo interrogante e relator (segundo mais antigo) e pelo escrivão que é o oficial mais moderno (HEUSELER, 2011, p. 112).

Complementando os ensinamentos de Ornellas e Heuseler, Abreu (2015, p. 249) manifesta-se informando que se o justificante for oficial-general cujo o posto impossibilite a nomeação de membros com hierarquia superior a sua, a autoridade competente deverá nomear oficiais da ativa e/ou da inatividade⁵⁰ que possua o mesmo posto do justificante, desde que os membros nomeados sejam mais antigos.⁵¹

O rito procedimental está previsto do artigo 6º ao artigo 12º. Segundo Pedrosa (2002, p.93), o rito deste processo administrativo ocorre da seguinte forma: i) autuação da Portaria de nomeação e dos documentos que o acompanham; ii) qualificação e interrogatório do justificante; iii) oitivas de testemunhas e produção de provas; iv) entrega do libelo acusatório; v) concessão de prazo para as razões de defesa; vi) recebimento das razões de defesa; vii) deliberação por parte do Conselho; viii) produção do relatório e remessa para o despacho do Comandante da Força.

Para o autor Péricles Aurélio Lima de Queiroz, o rito procedimental é composto pelos seguintes atos: i) autuação; ii) citação; iii) qualificação e interrogatório; iv) libelo acusatório; v) instrução; vi) defesa prévia; e vii) julgamento (2002, p. 135).

Em relação ao prazo, Abreu leciona que os membros do Conselho dispõem de trinta dias para concluir tal processo especial. Em caráter excepcional, o presidente do CJ poderá solicitar a autoridade nomeante mais vinte dias para concluir o trabalho. Narra, ainda, que o prazo passa a contar da data da nomeação (2010, p. 362).⁵²

Após a fase da realização das diligências, o Conselho se reúne para deliberar, nesta nova fase, o julgamento é decidido por maioria de votos.⁵³ O relatório é confeccionado pelo

⁵⁰ No caso de ser escolhido oficial da inatividade (da reserva ou reformado), a autoridade só poderá nomear um militar da reserva, os demais membros deverão ser da ativa.

⁵¹ Este parágrafo juntamente com os três anteriores fez considerações sobre o art.5º da Lei nº 5.836/72.

⁵² Segundo o autor essa é a inteligência do artigo 11º da Lei 5.836/72.

⁵³ O julgamento previsto na Lei acontecia de forma secreta.

escrivão e assinado por todos os membros. Cabe ressaltar que o voto vencido pode ser justificado por escrito no relatório (ROSA, 2011, p. 152).⁵⁴

Nesse contexto, Rosa (2011, p. 152) destaca que a deliberação do Conselho de justificação decidirá se o oficial: a) é, ou não culpado das acusações; b) está ou não sem habilitação para a promoção em caráter definitivo (para o caso contemplado na hipótese do inciso II do art. 2º que versa sobre a inabilitação para a promoção ao posto imediatamente superior em caráter provisório); c) está ou não incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade (para a hipótese prevista no inciso IV do art. 2º, ou seja, condenação criminal, em tribunal civil ou militar, a pena privativa de liberdade não superior a dois anos).⁵⁵

Depois de encerrado o julgamento, os autos deverão ser enviados para a autoridade nomeante, a quem detém a competência de ratificar ou não o julgamento proferido pelos membros do CJ, no prazo de vinte dias (ABREU, 2015, p. 255).

Por imposição da Lei 5.836/72, o Comandante da Força do justificado deverá determinar uma das seguintes medidas: i) o arquivamento do processo, caso considere o oficial inocente; ii) a aplicação de pena disciplinar, caso considere o fato praticado pelo justificante como *Trang Discp*; iii) a transferência para a reserva remunerada ou os atos necessários para a efetivação pelo presidente da república na hipótese do militar ser considerado não habilitado para a promoção em caráter definitivo (em conformidade com o Estatuto dos Militares); iv) a remessa do processo ao juiz-auditor, se considerar que a conduta praticada pelo oficial enquadra-se em uma das tipificações de crime militar; ou v) remessa dos autos ao STM, se a razão pelo qual o militar foi considerado culpado enquadra-se em uma das hipóteses do art. 2º (ABREU, 2015, p. 255).⁵⁶

A força normativa do artigo 14 estabelece que é da competência do Superior Tribunal Militar julgar os processos oriundos dos Conselho de Justificação (os autos deverão ser remetidos diretamente dos respectivos Comandantes da Força para o STM). Tal julgamento é realizado em única instância (CAPEZ; ROTH, 2011, p. 152).

Assis (apud SILVA, 2011, p. 107) complementa afirmando que o resultado finalístico do CJ é determinar ou não a perda do posto e da patente do oficial justificante, ou a depender do caso, ordenar ou não a reforma compulsória do oficial.

De acordo com Fonseca (1992/1993, p. 63), o artigo 15 trata do andamento do processo no âmbito do STM. De forma a esclarecer ainda mais os mistérios presentes na

⁵⁴ Inteligência do art. 12.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Interpretação correta do artigo 13, segundo o autor.

norma em estudo, Abreu leciona sobre o artigo mencionado, conforme pode ser verificado no texto abaixo:

Após a distribuição a um dos Ministros Militares do STM⁵⁷, abrir-se-ão vistas ao justificante para, querendo, no prazo de cinco dias, manifestar-se, por escrito, sobre os fatos que lhe são imputados e sobre a decisão do conselho. Findo o prazo, com manifestação do justificante, o relator, depois de ouvido o Procurador-Geral da Justiça Militar, encaminhará os autos ao revisor e, posteriormente, incluirá o feito em pauta para julgamento. Em não havendo manifestação do justificante, o relator solicitará a designação de Defensor Público para que, no prazo de dez dias, apresente defesa por escrito. Em seguida, ouvido o Procurador-Geral da Justiça Militar, os autos serão encaminhados ao revisor. Posteriormente, o feito será incluído em pauta para julgamento.

Caso exista ação penal pendente de julgamento, no foro militar ou comum, em que a imputação corresponda *inteiramente* às acusações imputadas ao militar no Conselho de Justificação, será ele sobrestado até o trânsito em julgado da decisão do foro criminal.⁵⁸

Na data do julgamento, após a leitura do relatório, será facultada sustentação oral por vinte minutos. Em seguida, conceder-se-á a palavra ao representante do Ministério Público Militar que, em igual prazo, poderá sustentar o respectivo parecer.⁵⁹ Discutida a matéria, será proferida, nos termos do art. 4º, II, f, do Regimento Interno do STM, decisão pelo plenário do STM (2015, p. 256-257).⁶⁰

Do exposto, nota-se que a lei não descreve em detalhes alguns aspectos relacionados ao rito seguido no âmbito do STM, em decorrência, caso os comentários acima não fossem colacionados, certamente faltaria clareza ao leitor para entender parte dos procedimentos decorrentes da aplicação da norma em estudo.

Dando prosseguimento ao rito descrito acima, Abreu (2010, p. 366) complementa o tema, conforme se observa no texto *in verbis*:

Caso o tribunal julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato descrito no art. 2º, I, III e V, da Lei 5.836/1972, ou que, pelo crime cometido, na hipótese do art. 2º, IV, da Lei 5.836/1972, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deverá, conforme o caso, declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando, por consequência, a perda do posto e da patente ou a reforma no posto que possuía na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Quando a Lei trata, em seu artigo 2º, das situações pelas quais o oficial é submetido ao Conselho de Justificação, é notório que o rol traz ilícitos administrativos, civis e penais. Na mesma norma a leitura dos artigos 17 e 18 deixa claro que o Código de Processo Penal Militar (CPPM) e o Código Penal Militar (CPM) são utilizados de forma subsidiária. O artigo 18 elenca que os casos previstos na Lei prescrevem em seis anos, computados da data em que foram praticados. Por sua vez, o parágrafo único do artigo 18, estabelece que aqueles atos, que também estejam previstos no CPM como crimes, são regulados pela prescrição penal.

⁵⁷ Nos termos do art.37, II, c, do RI/STM, o relator do Conselho de Justificação será Ministro Militar.

⁵⁸ Art. 160, §1º, do Regimento interno do STM.

⁵⁹ Art. 160, §2º, do RI/STM.

⁶⁰ Contra decisão não unânime em processo oriundo de Conselho de Justificação, cabem Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado (Art.119, II, do Regimento Interno do STM).

A presente seção teve o intuito de apresentar algumas considerações gerais sobre o instituto dos Tribunais de Honra (Conselho de Justificação) no âmbito do Exército Brasileiro. Agora um pouco mais familiarizado com este processo, passaremos a aprofundar os estudos e conheceremos melhor os desafios que deverão ser superados pelas autoridades nomeantes.

Em uma primeira análise, tem-se a impressão de que este processo especial pode ser plenamente aplicado pela autoridade administrativa, contudo, com um olhar mais atento, será possível identificar graves problemas que orbitam a Lei 5.836/72.

Ditas essas palavras, será dado prosseguimento aos trabalhos abordando alguns problemas vivenciados pelas autoridades militares no momento de decidir pela submissão do oficial aos Tribunais de Honra, bem como será relatado alguns problemas/dúvidas que os membros dos TH costumam ter na execução deste instituto.

1.5 PROBLEMAS VIVENCIADOS PELA AUTORIDADE NOMEANTE E PELOS MEMBROS DE UM TRIBUNAL DE HONRA

Após realizar uma leitura da norma em análise, os membros dos TH, normalmente, ficam com uma falsa sensação de que estão em condições de conduzir os trabalhos atinentes ao Conselho de Justificação, contudo, será realizado uma investigação mais aprofundada e o legente terá uma noção da real dimensão do problema.

Para mensurar o que acabou de ser dito, serão levantados alguns questionamentos que servirão de baliza para o estudo.

Já na leitura do artigo 1º surgem as seguintes dúvidas: i) qual tipo de julgamento o legislador está se referindo (criminal, moral ou ético)? Qual a natureza do CJ? Qual tipo de incapacidade está sendo suscitada/questionada? O aspirante a oficial é julgado no CJ?⁶¹ Quais são os parâmetros a serem utilizados pelos militares julgadores para determinar se o justificante tem condições ou não de permanecer na ativa ou na reserva?

No artigo 2º existem uma série de conceitos que o legislador não informou o significado. Sem o conhecimento do que é cada conceito, jamais o CJ poderá funcionar, pois o justificante tem o direito de saber do que está sendo acusado. As dúvidas em relação a este artigo são as seguintes: i) o que é ter procedido incorretamente no desempenho do cargo? ii) o que é ter tido conduta irregular? iii) o que é ter praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe?

Ainda em relação ao mencionado artigo, o que deve ser avaliado no caso previsto no Inc. II? O que significa tornar-se incompatível ou demonstrar incapacidade para os exercícios

⁶¹ Essa pergunta é pertinente pois o Aspirante a Oficial é praça especial, contudo, frequenta o círculo dos oficiais, bem como desempenha funções de oficial.

de funções militares? Por que o militar condenado até 2 anos deve ser submetido ao CJ “*ex officio*”?

Em relação ao artigo 3º, o que significa a expressão “afastado do cargo”? O militar afastado do cargo pode não comparecer ao quartel? Pode viajar sem autorização? Ele fica fazendo o que durante o seu afastamento do cargo?

Em relação ao artigo 5º, o que cada membro do CJ faz na prática?

Em relação ao rito procedimental cabem os seguintes questionamentos: o justificante é o primeiro a ser inquirido? Qual é o prazo para notificar as testemunhas? O justificante deve ser avisado/ notificado com a devida antecedência do local e hora que o CJ vai inquirir a testemunha? Qual é o prazo e o procedimento para realizar uma carta precatória? Realmente não existem vistas e alegações finais? O julgamento secreto é constitucional? Deve-se utilizar subsidiariamente o Código de Processo Penal Militar e o Código Penal Militar ou a Lei nº 9.784/99? O rito procedimental descrito do artigo 6º ao artigo 13º está correto/ foi recepcionado pela CF/88? Caso tenha sido recepcionado como a autoridade poderá sanar todas essas dúvidas?

Existem bem mais indagações, contudo, não abordaremos outras mais, pois o objetivo deste item é apenas demonstrar que existem várias lacunas/omissões na lei. Com o intuito de não ser repetitivo, será abordado mais adiante os principais problemas/ omissões da Lei nº 5.836/72 e como a autoridade administrativa deve/pode atuar diante dessa realidade.

Destaca-se, ainda, que a falta de conhecimento sobre o tema em comento e as omissões da Lei nº 5.836/72 fazem que os membros que compõe um TH cometam erros administrativos insanáveis, em consequência, os CJ poderão ser anulados no judiciário. A título informativo, segundo Pedrosa (2002, p.94) e Fonseca (1992/1993, p. 66-67) as causas de anulação de CJ pelo STM são: i) inépcia do libelo acusatório; ii) cerceamento de defesa; iii) falta de motivação no relatório; e iv) prescrição dos fatos imputados ao justificante.

Por fim, no capítulo 3 será proposta uma forma de tentar sanar todas essas questões.

2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS FERRAMENTAS DESTE SISTEMA

2.1 O ORDENAMENTO JURÍDICO NO BRASIL

Segundo Venosa (2009, p.79) o ordenamento jurídico brasileiro pode ser caracterizado como sendo uma série de normas que orientam e conduzem a vida de todas as pessoas que residem e/ou passam por determinado Estado. Por ser um sistema, todos os dispositivos devem estar em perfeita harmonia tanto no campo material quanto no campo formal. Integram esse sistema as normas jurídicas legislativas, judiciais, consuetudinárias e convencionais.

O ser humano é caracterizado por ser um ser social, ou seja, os homens possuem uma necessidade de relacionar-se entre si. Muitas das relações que ocorrem na sociedade se desenvolvem harmonicamente, contudo, outras não, motivo pelo qual as leis se tornam de fundamental importância para a vida em sociedade.

Segundo Dimoulis (2011, p. 236) “ O direito se interessa por determinados aspectos das relações sociais, prevendo direitos e deveres dos envolvidos e formas de responsabilização. ” Nessa lógica, as relações jurídicas decorrentes de uma relação social podem ocorrer entre pessoas físicas, jurídicas ou entre pessoas físicas e jurídicas.

O Poder Legislativo tem a obrigação de criar normas que devem proteger os interesses juridicamente relevantes, sendo estas normas muitas vezes complementadas pelos princípios e regras aplicadas ao direito, bem como por elementos não normativos (Ex: o costume). Nesse ponto de vista, o objetivo finalístico deste sistema é buscar/proporcionar a harmonia e a paz social (DINIZ, 2009, p. 288-290).

O ordenamento jurídico brasileiro é bastante complexo, pois para que se alcance a paz social faz-se necessário criar e implementar constantemente diversos tipos de normas jurídicas, sendo fundamental estabelecer uma hierarquia entre estas normas para que o Estado possa proporcionar a ordem e o progresso, bem como assegurar direitos e garantias fundamentais a seus cidadãos (FERRAZ JUNIOR, 2003, p.101-107).

A norma fundamental e que deverá ser respeitada é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A sequência hierárquica das normas estabelecidas no Brasil é a seguinte: i) Constituição Federal de 1988; ii) emendas constitucionais; iii) leis complementares; iv) leis ordinárias; v) leis delegadas; vi) medidas provisórias; vii) decretos legislativos; viii) resoluções, decretos e provimentos; ix) normas convencionais em gerais (Ex.: portarias, sentenças e ordem de serviço) [VENOSA, 2009, p. 79].

Cabe destacar que para o autor Reale (2004, p.190) o ordenamento jurídico de um determinado Estado não pode ser reduzido a um simples sistema de leis com “proposições lógicas”. O ordenamento jurídico deve ser visto como um sistema *in acto*, ou seja, um sistema mais amplo e que deve englobar as fontes do direito, bem como todos os seus conteúdos e projeções. Dessa forma, o ordenamento deveria fazer parte de um grande sistema de normas que contenham tanto regras explícitas quanto regras implícitas (regras elaboradas para suprir as lacunas do próprio sistema), bem como regras que preenchem as omissões do poder discricionário.

O pensamento do Miguel Reale no que tange ao que é o ordenamento jurídico difere um pouco do pensamento do Venosa, contudo, Reale concorda com o pensamento do Venosa no sentido de também defender uma ordem hierárquica das leis. Nesse diapasão, o autor relembra que para a teoria Kelsiana, além do jurista estar vinculado aos mandamentos da Constituição Federal, aos operadores do direito não cabem questionar as causas sociais e ou políticas da Magna Carta, haja vista que a vinculação é decorrente da vigência e da eficácia da norma constitucional (REALE, 2004, p. 193-194).

Para que seja possível aprofundar o assunto em voga, faz-se necessário lembrar a teoria da tripartição das funções do Estado. Em outras palavras, de acordo com a CF/88, o Estado Brasileiro possui três poderes (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário) [SILVA, 2005, p. 106]. Cada poder elencado acima exerce funções típicas e funções atípicas.

O Poder Legislativo é caracterizado por possuir como função típica a obrigação de legislar e como função atípica as funções de administrar e julgar. Já o Poder Executivo tem como função típica a obrigação de tornar concretos os comandos da lei, ou seja, cabe ao executivo aplicar a lei de forma que os interesses públicos possam ser atingidos e possui como funções atípicas a obrigação de legislar e julgar. Por fim, o Poder Judiciário tem a função típica de julgar, ou seja, de solucionar os conflitos de interesses que possam existir no âmago da sociedade e possui como funções atípicas as obrigações de administrar e legislar (SILVA, 2005, p. 106-109).

Do parágrafo anterior é possível concluir que os Poderes da União possuem funções típicas (funções essas caracterizadas por serem as funções normais de cada poder), bem como funções atípicas (funções desempenhadas de forma excepcional por um determinado poder, porém, desempenhada de forma normal por outro poder).⁶²

⁶² Para melhor caracterizar as funções atípicas, cita-se como exemplos o art. 84, inciso IV da CF/88 que concede ao Poder Executivo a possibilidade de realizar edições normativas; o art. 96, inciso I da CF/88 que permite ao Poder Judiciário também exercer a função normativa (Ex.: elaboração de regimentos internos); e o art. 52, inciso

Cabe destacar que o ordenamento jurídico brasileiro também se caracteriza por ser um sistema dinâmico, ou seja, está em constante modificação. Isto acontece devido ao fato de que todos os dias surgem situações/eventos novos que possuem relevância jurídica e por isso devem ser regulados para que haja a paz social.

A ocorrência constante de uma infinidade de acontecimentos reais oriundos das relações humanas faz com que o ordenamento jurídico brasileiro se torne bastante complexo. A complexidade é tão grande que impede que um só órgão ou Poder da União seja capaz de criar regras que possam satisfazer todas as necessidades sociais (BOBBIO, 1995, p.38).

A necessidade de criarem-se diversas regras para solucionar as questões cotidianas da sociedade tem como consequência uma “infinidade” de fontes das quais brotam diversas regras de condutas. Nesse ponto, Bobbio (1995, p. 49) destaca a importância da teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico sugerida por Kelsen, esta hipótese aponta que a existência de uma norma fundamental é essencial para a manutenção da unidade de um ordenamento jurídico.

Em seguida, Bobbio (1995, p. 71) acrescenta que além da unidade, o ordenamento jurídico terá que compor um sistema coerente. Para uma maior compreensão, segue a transcrição da definição de sistema apresentada pelo autor:

“ (...) Entendemos por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar em ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação. ”

Do exposto, pode-se concluir que para um sistema ser considerado coerente é necessário que exista uma lógica entre os seus mandamentos normativos.

Aliado a unidade e a coerência, um ordenamento jurídico deverá possuir uma certa completude. Novamente, Bobbio (1995, p. 115) a respeito deste conceito manifesta-se:

Por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna” (num dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “falta de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem uma certa norma nem a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um

certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.

Em linhas gerais os ordenamentos jurídicos devem possuir três características principais. A primeira é a unidade, a segunda é a coerência e a terceira é a completude. Se os ordenamentos fossem perfeitos não haveria qualquer tipo de conflitos ou omissões legais, contudo, a realidade é outra, ou seja, os ordenamentos jurídicos são caracterizados por apresentarem algumas falhas no sistema normativo.

As falhas mais comuns são normalmente caracterizadas pela existência de lacunas na lei (incompletude do ordenamento). Tais lacunas existem devido à falta de uma norma que se amolde ao caso concreto. Outra incompletude é a ausência de critérios válidos que possam definir qual lei deve ser aplicada ao caso concreto (BOBBIO, 1995, p.116).

Em relações às falhas mais comuns apontadas acima, Carnelutti (1946, p.76) manifesta-se ensinado que os casos de omissões legais se caracterizam por serem incompletude por deficiência. Já os casos de antinomias se caracterizam por serem casos de incompletude por exuberância, ou seja, no primeiro caso há menos normas do que deveria e no segundo caso existem mais normas regulando determinado fato do que deveria existir.

Cabe destacar que, segundo a lei, quando ocorrem os casos de antinomias e/ou lacunas, a autoridade que deve sanar tais conflitos é o magistrado. Não existe na legislação nacional brasileira uma norma a qual determine explicitamente que as autoridades administrativas possam utilizar as “ferramentas”⁶³ que são capazes de resolver os problemas anteriormente citados para sanar todas as controvérsias jurídicas/administrativas.⁶⁴

De forma geral, quando constatado a existência de antinomias e/ou lacunas na lei, o magistrado faz uso da heterointegração ou da auto-integração. Tais métodos foram propostos pelo jurista italiano Carnelutti. O primeiro método consiste, por exemplo, quando um magistrado tenta preencher uma omissão na lei brasileira com base em uma lei estrangeira. Já o segundo método, consiste na tentativa do magistrado em preencher a lacuna da lei utilizando-se de outras legislações nacionais (CARNELUTTI apud REALE, 2004, p. 297).

⁶³ As ferramentas as quais este autor se refere são: hermenêutica, os critérios para solução de antinomias, os critérios para integração das normas, etc. A respeito desse assunto será realizado maiores comentários posteriormente.

⁶⁴ Durante o desenvolvimento deste trabalho não foi achado, no ordenamento jurídico brasileiro, lei que delegasse de forma “clara” poder para que as autoridades administrativas brasileiras pudessem resolver todos os problemas envolvendo conflitos normativo e/ou omissões legais. As leis que fazem menção a esses tipos de problemas apontam os magistrados como sendo os agentes públicos dotados de competência para solucionar tais questões. Cita-se, a título exemplificativo, os artigos 3º, 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Nesta seção secundária foi possível, ainda que de forma sucinta, realizar considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Tal item permitiu identificar o que é um ordenamento jurídico, qual a sua finalidade, quais as suas principais características, quais os principais problemas que ocorrem no ordenamento jurídico de um determinado Estado, bem como a quem hoje cabe tentar sanar tais conflitos.

Superadas essas considerações, será aprofundado o estudo no sentido de identificar qual o papel desempenhado pelo magistrado, bem como quais as ferramentas que os agentes públicos podem utilizar para sanar conflitos normativos e/ou omissões.

2.2 AS “FERRAMENTAS” QUE SÃO USADAS PELOS MAGISTRADOS NOS CASOS DE INCOMPLETUDE NORMATIVA E QUE PODERÃO/DEVERÃO SER USADAS PELAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO “ATIVISMO ADMINISTRATIVO”

É fato que a lei já nasce “atrasada”, ou seja, em primeiro lugar surge um fato com relevância jurídica. Em um segundo momento existe uma análise por parte da sociedade no sentido de verificar se é o caso ou não regular/regulamentar tal fato. Por fim, caso seja necessário, cria-se uma lei ou várias leis, na esperança de que a norma produzida contemple todos os casos derivados proporcionando a paz social.

Acontece que o dia a dia abarca uma infinidade de fatos que possuem relevância jurídica e que muitas vezes não estão previstas nas legislações. Tal fato prejudica sobremaneira o trabalho desempenhado pelos magistrados e pelas autoridades administrativas, isto porque tanto o juiz quanto a autoridade administrativa são obrigados a decidir suas demandas com base em uma das normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio (esta é a regra geral).

Acontece que muitas vezes as leis ou são omissas ou possuem dispositivos que conflitam entre si. Nestes casos as autoridades deverão fazer usos das ferramentas necessárias para a solução de tais conflitos/omissões.

Com o escopo de apontar quais ferramentas são necessárias para sanar tais conflitos, passaremos a tecer considerações sobre a hermenêutica, sobre os critérios de integração da norma jurídica e sobre os critérios para a solução de antinomias.

2.2.1 A hermenêutica como ferramentas de soluções de conflitos normativos

O agente público (magistrados e autoridades administrativas) durante o desempenho de suas obrigações funcionais devem seguir os mandamentos previstos nas diversas leis que compõem o ordenamento jurídico pátrio. Tal pensamento representa o princípio da legalidade.

Caso o agente não se atente a essa realidade, os atos porventura praticados sem a devida observância da lei e/ou dos princípios, poderão ser caracterizados como atos inválidos,

bem como poderão acarretar responsabilização disciplinar, civil e criminal (MEIRELES, 2005, p.87).

O princípio da legalidade é consequência da criação do Estado Democrático de Direito, no qual, em linhas gerais, submetem todos os integrantes da sociedade (principalmente as autoridades) aos comandos da lei. Tal princípio surgiu com o propósito de dar fim ao Estado Absoluto, bem como privilegiar a soberania popular (MELLO, 2010, p. 100).⁶⁵

Em outras palavras, o princípio da legalidade visa estabelecer regras para que todos os integrantes da sociedade não ignorem as imposições normativas e com isso cometam arbitrariedades (TOSCANO, 1997, p. 216).

O artigo 37 da Carta Magna elenca cinco princípios que deverão sempre ser seguidos pelas autoridades brasileiras, são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (MELLO, 2010, p. 95).

Como o estudo está baseado nos Tribunais de Honra, e este instituto faz parte do ramo do direito administrativo, faz-se necessário analisar a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) no que tange aos princípios lá estabelecidos, pois tais princípios poderão ter serventia na execução de um TH. A norma recém-referenciada elenca os seguintes princípios como sendo de fundamental importância para o correto desenvolvimento dos processos administrativos: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Nota-se que a Lei nº 9.784/99 complementa a CF/88, ampliando o rol taxativo dos princípios que deverão ser observados pelos agentes públicos.

Ressalta-se que ao agente público só é permitido executar o que a lei determina, enquanto ao particular é lícito realizar tudo aquilo que a lei não proíbe (MELLO, 2003, p.12-13). Para isso, o agente deve conhecer bem o seu poder-dever de agir⁶⁶ (ALEXANDRINO; PAULO, 2011). Acontece que por mais que uma lei seja simples e clara, ela vai exigir do seu aplicador a habilidade de interpretá-la. Isto acontece devido ao fato de que toda lei que é produzida não vem acompanhada de esclarecimento ou comentários por parte do legislador,

⁶⁵ Tal pensamento está materializado no parágrafo único artigo 1º da CF/88, a seguir transcrito: “ Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (MELLO, 2010, p. 100).

⁶⁶ Segundo Mello (2003, p. 13-14) essa função é caracterizada pelo fato do dever vir antes do poder, ou seja, a função/obrigação vem antes da faculdade de adotar ou não um determinado procedimento.

assim como, o novo ordenamento possui características abstratas, ou seja, foi produzida de forma genérica com a finalidade de abarcar uma infinidade de casos.

Tendo em vista o seu caráter genérico, a lei em determinados casos pode ter uma aplicabilidade que não gere dúvidas, contudo, em outros ela pode apresentar-se imprecisa. As interpretações pressupõem a exigência de se desvendar o verdadeiro sentido da norma, tal como o seu alcance (DINIZ, 2005, p.64).

Eis que surge uma pequena dicotomia no sentido de que a autoridade é obrigada a agir de acordo com a norma, contudo, existem casos na qual a norma pode não ser clara, obrigando o agente a fazer uso da hermenêutica.

Para isso, o agente público na hora de interpretar uma norma deve fazer uso de todos os tipos de interpretação jurídica (Ex.: lógica, gramatical, histórica, sistemática, etc.), pois os tipos/critérios de interpretação na verdade se completam, ou seja, o interprete pode utilizar vários critérios de interpretação, tendo em vista que, em boa parte dos casos, uma única lei exigirá vários tipos de interpretação (DINIZ, 2005, p. 67).

Apenas a título ilustrativo, abaixo se encontra um quadro sinótico da interpretação conforme parte do pensamento do autor Washington de Barros Monteiro, da autora Maria Helena Diniz e do autor Tercio Sampaio Ferraz Junior.⁶⁷

Quadro 2 – Tipos de interpretação

Quanto às fontes	Interpretação Autêntica
	Interpretação Jurisprudencial
	Interpretação Doutrinal
Quanto aos meios	Interpretação Gramatical
	Interpretação Lógica
	Interpretação Histórica
	Interpretação Sistemática
Quanto aos resultados	Interpretação Teleológica ⁶⁸
	Interpretação Declarativa
	Interpretação Extensiva
	Interpretação Restritiva

Analisando o quadro acima é fácil perceber que o operador do direito pode fazer uso de diversos “tipos” de interpretação. Nesse contexto, cabe destacar que a hermenêutica jurídica não deve ser empregada como um jogo de xadrez, ela deve ser empregada como um

⁶⁷ O objetivo deste quadro foi apenas lembrar que existem vários tipos de interpretação que o operador do direito pode fazer uso. Os autores aqui citados possuem classificações e/ou nomes diferentes para os tipos de interpretações aqui elencadas. Existem outros autores que discorrem sobre outros tipos de hermenêutica e/ou nominam os institutos aqui citados com outros nomes (Ex: Tourino Filho e Limonge França).

⁶⁸ A interpretação teleológica faz parte da obra da autora Maria Helena Diniz e do Tercio Sampaio Ferraz Junior. As informações constantes do quadro sinótico foram extraídas da obra do Monteiro (1966, p. 23-24), Diniz (2009, p. 438-443) e Ferraz Junior (2003, p.261- 297).

jogo de quebra-cabeça, ou seja, o jogo de xadrez é aquele caracterizado pelo fato do jogador utilizar suas peças com a finalidade de induzir o seu adversário ao erro fazendo com que o oponente perca suas peças. Já o jogo de quebra-cabeça é caracterizado pelo fato do jogador/jogadores atuarem de forma a usar todas as peças com o intuito de formar a figura/imagem correta.

Em outras palavras, o intérprete não pode utilizar os diversos tipos de hermenêutica jurídica para satisfazer suas vontades/interesses pessoais e/ou institucionais, ele deve labutar para que o instituto da hermenêutica possa desempenhar um “papel” semelhante ao jogo de quebra-cabeça, ou seja, utilizar os diversos tipos de interpretação com a finalidade de montar a imagem do quebra-cabeça/achar a melhor exegese. A melhor exegese, neste caso, é sempre aquela que atenda, da melhor forma possível ou no mínimo de forma satisfatória, os anseios do interesse público.

Ainda em relação à hermenêutica jurídica restam duas dúvidas. A primeira consiste em saber se outras autoridades além dos magistrados podem utilizar este instituto. Caso a resposta da primeira indagação seja positiva, resta também saber se existe diferenciação no nível de intensidade do uso destes institutos (Ex.: amplitude, proporção ou profundidade), ou seja, será que uma determinada autoridade tem mais competência para realizar uma determinada interpretação?

Para sanar essas questões, será utilizada a norma e a doutrina pátria. Como ponto de partida, inicialmente analisaremos o artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) que estabelece: “ Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. ”

Fato notório é que o legislador na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) delegou de forma positivada a competência de utilizar a ferramenta da hermenêutica ao magistrado e não a outros agentes públicos.

Cabe destacar que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), de forma análoga, estabelece o que se segue:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (sem grifo no original).

Conforme demonstrado, o legislador também delegou de forma positivada a competência para utilizar a ferramenta da hermenêutica a todas as autoridades administrativas da administração federal.⁶⁹

Defendem o uso da hermenêutica pelas autoridades administrativas os seguintes autores: Miguel Reale (2004, p. 121)⁷⁰, Dimoulis (2011, p. 153)⁷¹, Maximiliano (2011, p. 71-72)⁷², Meirelles (2005, p. 49)⁷³, Silveira (1968, p. 88) e Venosa (2009, p. 150). Logo, doutrinariamente falando, conclui-se que o uso da hermenêutica pela autoridade administrativa é possível.

Em relação à segunda dúvida, não existe previsão normativa “clara” sobre qual o grau de intensidade que cada autoridade pode utilizar à hermenêutica, contudo, existe uma discussão doutrinária sobre o emprego/utilização da vontade da lei ou do legislador como peça primordial para se desvendar o sentido da norma. Nesse sentido, destaca-se a teoria subjetiva e a teoria objetiva (DINIZ, 2009, p. 433-434).⁷⁴

A primeira teoria consiste em defender a tese de que o intérprete deve estudar a vontade histórica-psicológica do legislador que está materializada na norma. A segunda teoria

⁶⁹ O Poder Executivo tem a função atípica de julgar, logo, para desempenhar essa função, faz-se necessário primeiro interpretar a norma e depois aplica-la ao caso concreto. No regramento normativo em estudo, a lei não determinou os parâmetros da atuação do legislador.

⁷⁰ O autor manifesta-se também na página 138.

⁷¹ Defende o uso com restrições.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ São adeptos da teoria subjetiva os seguintes autores: Savigny, Windscheid, Regelsberger, Enneccerus, Bierling, Heck, Stammer, Petraschek, dentre outros. São adeptos da teoria objetiva os seguintes autores: Köhler, Wach, Binding, Schreier, Diniz, dentre outros (DINIZ, 2009, p.434).

consiste em defender a ideia de que se deve buscar o sentido expresso no texto e não a intenção/vontade de quem foi o autor (DINIZ, 2009, p. 434).

Após todas essas considerações sobre a hermenêutica jurídica, cabe destacar que o “papel” primordial da hermenêutica é auxiliar os operadores do direito, assim como às autoridades judiciárias e/ou administrativas a desvendar o verdadeiro sentido da norma. Nesse espeque, o intérprete poderá/deverá fazer uso de um ou mais tipos de interpretação com a finalidade de poder cumprir com as suas obrigações funcionais, respeitando os ditames legais e evitando cometer arbitrariedades.

2.2.2 Os critérios para integração das normas

O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) determina em seu artigo 4º o que se segue: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Isto é, sendo reconhecido que determinada norma é omissa, o processo de integração das normas consiste em utilizar as ferramentas da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para preencher uma ou mais lacunas existentes (REALE, 2004, p. 295-296).

Assim sendo, o processo de integração das normas pode ser caracterizado como sendo uma solução viável na qual o legislador brasileiro visualizou resolver o problema das omissões ou das lacunas com elementos existentes dentro do próprio ordenamento pátrio (REALE, 2004, p. 296).

Tal pensamento é alicerçado pela ideia base de que o ordenamento jurídico de um Estado é pleno, ou seja, no próprio ordenamento jurídico estão as respostas para as mais variadas demandas jurídicas. Este argumento, aliado à força normativa dos artigos 3º e 4º da LINDB faz com que os magistrados não possam se escusar de julgar determinada demanda alegando desconhecimento ou lacuna na lei (VENOSA, 2009, p. 115-140).

Para avançar mais ainda sobre o tema, faz-se imprescindível conhecer adequadamente os conceitos dos institutos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Segundo Paulo Nader (2003, p.188), “A analogia é um recurso técnico que consiste em se aplicar, a uma hipótese não prevista pelo legislador, a solução por ele apresentada para um caso fundamentalmente semelhante à não-prevista.” Ou seja, somente será empregada a analogia nas hipóteses de omissão do texto legal.

Existem dois tipos de analogia: legal e jurídica. A primeira é caracterizada pelo fato do operador do direito buscar uma norma que se aplique a casos semelhantes, ou seja, a analogia legal busca “encaixar” o caso em concreto a um dispositivo legal que regula um caso

semelhante.⁷⁵ A segunda é caracterizada por ser usada quando o primeiro recurso não funciona, neste caso, o juiz buscará exercer um raciocínio mais complexo. Nessa linha de raciocínio, Venosa ensina: “O intérprete, magistrado ou árbitro, tentará extrair do pensamento jurídico dominante, de um aparato de normas, uma conclusão particular para o caso em testilha. Esse processo denomina-se analogia jurídica.” (2009, p. 141).

Já o costume, segundo Gilissen (1995, p. 27) pode ser definido como “ (...) um conjunto de usos de natureza jurídica que adquiriram força obrigatória num grupo sociopolítico dado, pela repetição de atos públicos e pacíficos durante um lapso de tempo relativamente longo. ”

Para Monteiro (1966, p. 13), “ O costume deriva da longa prática uniforme, da geral e constante repetição de determinado comportamento. Sua legitimidade promana dessa reiteração, que produz a tendência à conformidade geral, transformando-a em ordem autoritária do ente coletivo. ” Para a utilização desta ferramenta o autor acrescenta que são condições indispensáveis à vigência dos costumes os seguintes requisitos: i) continuidade; ii) diuturnidade; iii) uniformidade; iv) moralidade; e v) obrigatoriedade.

Cabe destacar que quando o magistrado decidir aplicar o costume, ele deverá levar em consideração o que preconiza o artigo 5º da LINDB, ou seja, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.⁷⁶

Por sua vez, os princípios gerais de direito podem ser definido, segundo Reale (2004, p. 304), da seguinte forma: os “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de normas.” Para Reale, alguns princípios são tão importantes que o legislador lhe confere força de lei, inclusive, atribuindo-lhe força constitucional.⁷⁷

Corroborando sobre o tema Ferraz Junior (2003, p. 247-248) acrescenta:

“ Já os princípios gerais de direito constituem reminiscência do direito natural como fonte. Há autores que os identificam com este, outros que os fazem repousar na equidade, enquanto sentimento do justo no caso concreto. Sua formulação é

⁷⁵ Exemplificativamente cita-se o seguinte caso hipotético: um determinado funcionário “x” que exercia a função de digitador de computador em uma empresa “y” procura a justiça para tentar receber compensação financeira em virtude da empresa “y” não ter pago os seus valores referentes a hora extras trabalhadas e não pagas. A empresa alega que não pagou as horas extras para o funcionário, pois não existe legislação que regule o desempenho da atividade profissional de digitador de computador. Ao analisar o caso concreto, o juiz pode conceder os valores pleiteados pelo funcionário com base na lei que regula as atividades de digitador de máquina de escrever, pois as atividades desenvolvidas pelo digitador de máquina de escrever são bem semelhantes às atividades desenvolvidas pelo digitador de computador.

⁷⁶ Cabe lembrar que não é permitido o uso do costume contra a lei.

⁷⁷ É o caso, por exemplo, quando a CF/88 dispõe sobre os princípios da isonomia, da irretroatividade da lei, etc. (REALE, 2004, p. 305).

indefinida. Há quem os reduza, em última análise, aos famosos preceitos romanos: *honeste ivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. De qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de princípios. Ou seja, não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais (ver item 4.3.1.1), dizem respeito à relação entre normas no sistema, ao qual conferem coesão. Talvez por isso, como fórmula tópica, eles sejam aplicados sem especificações maiores. (...).

Os princípios gerais de direito são ferramentas poderosas e necessárias para que se possa realizar a integração das normas quando necessária, contudo, há de se destacar que tanto a hermenêutica (assunto abordado no item 2.2.1) quanto os meios de integração (analogia, costume e princípios gerais de direito) estão submetidos a controles (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 306).

Os limites à integração da norma estabelecem que nenhum meio de integração gera um efeito generalizante.⁷⁸ O ato de realizar a integração é particular, ou seja, o preenchimento da lacuna é sempre individualizado e voltado para cada caso em concreto.

Pode-se citar outros elementos de controles como: i) exclusão da analogia *in malam partem*; ii) exclusão da analogia em questões definidas pela taxatividade; iii) exclusão da analogia nos casos onde ocorra direito singular; e iv) proibição do uso do costume contra legem (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 306).

Por fim, conclui-se que tanto a hermenêutica quanto os critérios de integração das normas são institutos jurídicos que auxiliam a autoridade a decidir um determinado caso concreto que não está regulado de forma positivada. Insta destacar que tanto as leis quanto os limites de integração das normas visam limitar a atuação do intérprete, assim como proporcionar segurança jurídica ao sistema (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 308).

2.2.3 Os critérios para solução de antinomias

Segundo Venosa (2009, p. 114): “(...) Haverá, destarte, conflito de normas sempre que disposições de duas ou mais normas se contraponham, de modo que a observância de uma implique o descumprimento de outra. ”

Discorrendo sobre o assunto, Bobbio (1995, p. 81) diz o seguinte:

A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia. A tese de que o ordenamento jurídico constitua um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que o direito não tolera antinomias.

Com a intenção de sanar tais conflitos normativos é que o intérprete faz uso dos critérios de solução de antinomias. Os critérios estão previstos no Decreto nº 4.657/1942 e são eles: i) critério cronológico (estabelece que a norma posterior prevalece sobre a norma

⁷⁸ A exceção a essa regra é o costume jurisprudencial (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 306).

anterior); ii) critério da especialidade (estabelece que a norma especial derroga a geral); e iii) critério hierárquico (determina que a norma superior prevalece diante de norma inferior) [DINIZ,2009 p. 487-488].

Estes critérios possuem uma prioridade de uso/ valoração na hora de ser empregada. Desta forma, o emprego correto estabelece a sequência de acordo com o quadro abaixo:

Quadro 3 – Sugestão do emprego dos critérios de integração das normas

Tipo de Norma	Posterior	Superior
Posterior	-	Prevalece a superior
Especial	Opinião dominante: Prevalece sempre a especial. Outra opinião: prevalece a especial, havendo exceções. Opinião do autor: prevalece a posterior, havendo exceções.	Prevalece a superior

Fonte: Dimoulis (2011, p. 251). Opinião do autor Dimoulis.

No emprego destes critérios o intérprete visa sanar o conflito que abarca o caso concreto, nesse caso, o operador do direito deverá identificar se a antinomia é de 1º grau (conflito de normas que ocorre quando no caso sob exame só incide um dos critérios mencionados) ou 2º grau (conflito normativo no qual ocorre a incidência de mais de um critério).

A título exemplificativo, a seguir tem-se três exemplos de antinomia de 1º grau. Primeiro exemplo: no caso aonde ocorra conflito entre uma norma posterior e outra anterior, valerá a primeira (inteligência do § 1º do Decreto nº 4.657/42). Segundo exemplo: no caso aonde ocorra conflito entre norma especial e norma geral, prevalece a especial (inteligência do § 1º do Decreto nº 4.657/42). Terceiro exemplo: nos casos em que ocorra conflito entre norma inferior e norma superior, prevalece a segunda (DINIZ, 2009, p. 488).

Ainda a título exemplificativo, a seguir têm-se dois exemplos de antinomias de 2º grau. Primeiro exemplo: nos casos aonde existam conflito entre norma superior anterior e norma posterior inferior, prevalece a primeira. Segundo exemplo: nos casos no qual existe conflito entre norma geral posterior e norma especial anterior, prevalece a segunda (DIMOULIS, 2011, p. 213).

Ao utilizar um dos critérios, se o intérprete conseguir solucionar o conflito, a antinomia é denominada de aparente. Contudo, se após a aplicação do critério/dos critérios o conflito continuar existindo, a antinomia é denominada de real. Neste último caso, segundo

Ferraz Junior (2003, p.213),⁷⁹ apela-se para o poder legislativo (solicita-se edição de nova norma) ou ao judiciário (aplicação dos artigos 4º e 5º da LINDB).

Cabe ressaltar que na teoria denominada de “ativismo administrativo”, as questões que atualmente só poderiam ser solucionadas pelo Legislativo ou pelo Judiciário, poderão também ser solucionadas pela autoridade administrativa, conforme será visto posteriormente.

De antemão, adianta-se que os critérios para solução de antinomias, os critérios de integração das normas, a hermenêutica, os diversos princípios que regem o direito e a jurisprudência são as ferramentas mais empregadas para solucionar os conflitos normativos.

2.3 O ATIVISMO JUDICIAL COMO FONTE INSPIRADORA DO “ATIVISMO ADMINISTRATIVO”

Segundo Cittadino (2004, p. 105), o crescimento da ação judicial é característica fundamental das sociedades democráticas hodiernas. Nesse contexto, o Poder Judiciário vem se destacando por estar exercendo um papel principal atuando de forma ativista. Tal fenômeno pode ser observado, mais facilmente, nos países que adotam o sistema da *common law* (Ex.: E.U.A). Porém, a incorporação dos direitos e princípios fundamentais nos textos constitucionais nos países de sistema continental, teve como consequência, a abertura de um intervalo que possibilitou a realização de interpretações construtivistas, facilitando desta forma, a atuação da jurisdição constitucional nos países conhecidos por adotar o sistema da *civil law*.

Dentro desse contexto fático está o Brasil, ou seja, é notório que a ampliação do controle do Poder Judiciário Brasileiro foi consequência da incorporação dos direitos e princípios fundamentais na CF/88 (características de um Estado Democrático de Direito). Tal mudança possibilitou a ocorrência de ações judiciais que utilizaram-se e ainda se utilizam de mecanismos interpretativos com o escopo de efetivar as aspirações sociais (FERRAZ JUNIOR, at al. 1989, p.11).

Discorrendo ainda sobre o tema, Cittadino (2004, p. 107-108) ressalta que para a atuação do Poder judiciário ser contemplada de forma profícua, ela deve ocorrer sem que haja um desequilíbrio dos poderes constitucionais e simultaneamente deve primar pela soberania popular, bem como garantir os direitos dos cidadãos (liberdade religiosa, igualdade social, liberdade de expressão, proibição das discriminações, etc.).

Mas afinal de contas, o que é este fenômeno jurídico e qual a sua finalidade? Para Barroso (2009, p. 283-284), o ativismo judicial pode ser definido da seguinte forma:

⁷⁹ Em relação a esse assunto, serão realizados maiores comentários na próxima seção secundária.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Complementando o conceito anterior, Miarelli e Lima (2012, p. 16) conceituam o ativismo judicial da seguinte forma:

Entende-se por “ativismo judicial” o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades novas em que a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito.

De outro norte, Leal (2008, p.14) aponta que o ativismo judicial é comumente vinculado a uma ideia de estrapolação de competência, conforme pode ser compreendido da leitura do texto a seguir:

A expressão está associada à ideia de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário. No Brasil, não é diferente. O tom é sempre pejorativo. Como já referido em linhas anteriores, chamar um tribunal de ativista é uma tentativa de atribuir a ele algo negativo. O termo se reveste do cunho crítico.

Por sua vez, Campos (2014, p. 348) entende que o ativismo judicial pode ser definido, conforme o texto a seguir:

(...), defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias⁸⁰. (grifo no original).

Analisando as opiniões dos autores citados, fica evidente que este assunto não se encontra pacificado. Em outras palavras, existem opiniões a favor e contra o ativismo judicial, conforme será visto logo em seguida.

Os conceitos retro mencionados permitem visualizar melhor o tema. Tal fenômeno jurídico está sendo empregado pelo judiciário brasileiro e tem a finalidade de possibilitar/efetivar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 diante da omissão do Poder Legislativo e/ou executivo.

⁸⁰ Texto original escrito em itálico.

Superadas as considerações preliminares, faz-se necessário, ainda que de forma sucinta, realizar observações a respeito do ativismo judicial (origem e evolução).

O ativismo judicial tem raízes norte-americanas. Segundo Barroso (2008, p.3-5), a lide que ficou conhecida como sendo o marco inicial do ativismo judicial foi o caso *Marbury versus Madison* (1803).

Em linhas gerais, o fato aconteceu da seguinte forma: nas eleições realizadas em 1800 para assunção da Presidência da República e para o Congresso, os republicanos (oposição) ganharam as eleições dos federalistas (situação). Acontece que o Presidente federalista John Adams deveria permanecer governando o país até o mês de março de 1801 (BRANCO, 2009, p. 226-227).

Em virtude dessa nova realidade, os federalistas realizaram uma série de manobras políticas executando diversas ações que visavam projetar poder político/influência por intermédio de aliados no judiciário. Assim sendo, inicialmente aprovaram uma lei que criava dezesseis tribunais federais em diversos pontos do território nacional norte americano e, de forma ardilosa, preencheram estes novos cargos com simpatizantes federalistas (ACKERMAN, 2005, p. 124-130).

A nova lei tinha o pretexto de desobrigar os magistrados da suprema corte americana de realizar as viagens cansativas⁸¹ por todo o país, isto porque, naquela época, as ações contra a federação só poderiam ser julgadas com a presença dos juízes estaduais e com os magistrados da suprema corte simultaneamente. Contudo, cabe destacar que os novos cargos tinham a característica de serem vitalícios e poderiam, deste modo, abrigar aliados federalistas, na futura gestão dos republicanos (ACKERMAN, 2005, p. 124-130).

A tentativa de manter a influência federalista no país fez com que outras leis criassem diversos cargos menos importantes também no judiciário (Ex.: criação de quarenta cargos de juiz de paz no distrito de Columbia). [BRANCO, 2009, p. 227].

Três meses antes da posse do novo Presidente Republicano (Thomas Jefferson), vagou-se o cargo de Presidente da Suprema Corte. O atual Presidente em final de mandato nomeou o então Secretário de Estado do seu governo para exercer essa nova função (ACKERMAN, 2005, p. 124-125).

Acontece que após a passagem da Presidência da República, alguns atos administrativos não foram realizados corretamente (Ex.: o Ex - Presidente John Adams nomeou os seus aliados para os novos cargos, contudo, não conseguiu entregar o ato de

⁸¹ Essas viagens oneravam os juízes da Suprema Corte a maior parte do ano.

investidura a todos os novos nomeados). O novo Presidente (Thomas Jefferson) ao saber da questão, determinou ao seu secretário (James Madison) que não entregasse os documentos de investidura (BRANCO, 2009, p. 228).

Em 1801, William Marbury, juiz de paz nomeado pelo governo anterior, judicializou ação contra o novo governo. Marbury solicitou o referido documento e pediu para ser reconhecido o seu direito de exercer o cargo. Tal pleito era baseada em uma lei⁸² de 1789 (BRANCO, 2009, p. 228).

O processo se arrastou até 1803. Neste intervalo de tempo, os federalistas realizaram várias manobras políticas visando neutralizar as ações realizadas no final do governo anterior. A título exemplificativo, citam-se: 1. o novo governo determinou a extinção de alguns cargos criados pelo governo anterior; 2. o calendário do judiciário foi modificado propositalmente com a finalidade de causar atrasos nos julgamentos, em especial, no caso Marbury versus Madison; 3. Abertura de processo de impeachment contra um dos juízes da Suprema Corte; e 4. edição de nova Lei do judiciário. Neste clima de instabilidade entre o executivo e o judiciário foi que a Suprema Corte proferiu sua decisão (BRANCO, 2009, p. 228).

Em apertada síntese, John Marshall (Presidente da Suprema Corte Americana e Ex Secretário de Estado do Ex Presidente John Adams) proferiu uma decisão inovadora, alegando que a retenção do título de investidura do Sr. Marbury era indevida, contudo, denegou o pedido do autor, pois entendeu que a lei na qual Marbury baseou o seu pedido era inconstitucional (BRANCO, 2009, p. 229).

Marshall afirmou, ainda, que a competência da Suprema Corte estava prevista na Constituição Americana e, devido a isso, não poderia ser ampliada por lei infraconstitucional. Nesse sentido, Marshall declarou que a lei de 1789 expressamente ampliava o rol de competência da Corte, sendo este fato incabível, motivo pelo qual, decidiu que o judiciário deveria declarar tal norma inválida (BRANCO, 2009, p. 229).

Em relação ao caso em estudo Nowark e Rotunda (1995, p. 10), manifestam-se:

O caso Marbury v. Madison reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a (*sic*) idéia de que a Constituição é uma lei e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolve a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante da hipótese de conflito entre uma lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar esta última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem-se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos

⁸² Esta ação judicial contribuiu para aumentar a tensão política entre os republicanos e os federalistas. Tal lei ampliava a competência originária da Suprema Corte.

demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da Constituição.

A doutrina do controle judicial articula, portanto, três assertivas básicas:

a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país.

b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição.

c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes

Do exposto, conclui-se que o controle de constitucionalidade nasceu em decorrência das disputas na “área” política norte americana.

A evolução do controle de constitucionalidade teve como uma das suas consequências o ativismo judicial. Inicialmente este fenômeno jurídico foi caracterizado por possuir um perfil conservador, contudo, a partir da segunda metade do século XX, o Poder judiciário dos E.U.A começou a produzir uma jurisprudência progressista, conforme ensina novamente Barroso⁸³:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Cabe esclarecer que o termo “Ativismo Judicial” (judicial activism) foi utilizado pela primeira vez pelo Jornalista Artur Schlesinger Jr. em uma revista destinada para um público não jurista (revista americana *Fortune*) e tinha a finalidade de informar e classificar o perfil dos juízes dos EUA em ativistas e não ativista (autolimitados). O artigo recebeu o título de “A suprema corte: 1947” (*The Supreme Court: 1947*) e foi publicado em janeiro de 1947.⁸⁴

Segundo Campos (2014, p. 342), o autor Schlesinger considerada que os juízes “campeões de ativismo judicial” (os ativistas) substituíam a vontade do legislador pela própria vontade, pois acreditavam que deveriam atuar no sentido de promover as liberdades civis, os direitos das minorias, dos indefesos e dos destituídos. Em relação aos “campeões de autorrestrrição judicial” (os não ativistas), Schlesinger afirmava que tais profissionais acreditavam que a Suprema Corte dos E.U.A., em virtude das suas atribuições constitucionais,

⁸³BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol 5, nº 1, 2002, p. 26.

⁸⁴ SCHLESINGER JR., Artur M. *The Supreme Court:1947*. *Fortune*, v.35, n.73, jan.1947.

não deveria adentrar/intervir no campo da política, logo, deveria obedecer à vontade do legislador.

Ainda segundo Campos (2014, p. 345), o ativismo judicial é um fenômeno que vem se tornando tendência em vários países do mundo. Além dos Estados Unidos, a Alemanha, a Colômbia, a Itália, o Canadá, a Costa Rica e a África se destacam pela atuação ativista do judiciário.

Nos países supracitados as cortes supremas ou constitucionais vêm cumprindo papel fundamental e muitas vezes sofrem influência de fatores de natureza política, social, institucional e jurídico-cultural. Após analisar o fenômeno jurídico do ativismo judicial nestes países, o autor Campos elencou dez dimensões, conforme o exposto a seguir: i) Ativismo judicial e interpretação da Constituição; ii) Ativismo Judicial e “ criação judicial do Direito”; iii) Ativismo judicial e deferência aos demais poderes; iv) Ativismo Judicial e afirmação de direitos; v) Ativismo Judicial e políticas públicas e sociais; vi) Ativismo Judicial e autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios; vii) Ativismo judicial e superação de precedentes; viii) Ativismo Judicial e maximalismo; ix) Ativismo judicial e partidarismo; e x) Ativismo Judicial e soberania judicial. (CAMPOS, 2014, p. 345-349).

No Brasil, com a promulgação da CF/88, o país se fortaleceu tendo em vista que foi insculpida uma série de direitos e garantias fundamentais na referida Carta Magna. Conforme já comentado, a omissão do Poder Legislativo e/ ou do Poder Executivo em garantir os direitos fundamentais, fez com que o Poder Judiciário atuasse de forma mais ativa buscando suprir a inércia causada pelos outros dois poderes (STRECK, 2000, p. 44-45, 216, 233 e 236). Essa nova forma de atuar do judiciário teve como consequência a invasão do judiciário na área de competência dos outros poderes da União (RAMOS, 2015, p. 131).

O fenômeno acima descrito se espalhou para o Brasil ganhando grandes dimensões, conforme será visto posteriormente. De antemão, tendo em vista que o juiz não pode se escusar de julgar uma demanda em virtude de lacuna ou obscuridade (Ex.: casamento homoafetivo), a opção que resta é o magistrado atuar como se fosse legislador, pois nos casos aqui elencados o juiz tem a competência para assim proceder (REALE, 1994, p. 70).

Acontece que a criatividade das cortes constitucionais não está reconhecendo limites e aparentam demonstrarem estar acima e fora da tradicional tripartição dos poderes (CAPPELLETTI, 1961, p. 77). Segundo Coelho (2009, p. 80), isto acontece também devido ao fato do magistrado utilizar a hermenêutica em casos não tão claros, conforme pode ser visto na citação a seguir: “ (...) a sua atividade interpretativa se desenvolve, essencialmente,

em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que (*sic*) integram a parte dogmática das constituições. ”

Para que se possa ter uma visão mais aprofundada sobre o tema, é de fundamental importância saber quais as opiniões dos doutrinadores. Em virtude disso, será abordado agora as duas principais correntes doutrinária.

A primeira corrente é caracterizada por ser contrária a essa atitude do judiciário, tal teoria recebe o nome de teoria procedimentalista (MONTEIRO, 2010, p. 172). As principais argumentações dessa corrente de pensamento são: i) o judiciário não tem legitimidade democrática para atuar de forma contrária aos atos legalmente instituídos pelos poderes do Executivo e do Legislativo; ii) o Poder Judiciário não pode atuar como legislador negativo; iii) o judiciário não pode atuar como legislador positivo; e iv) o ativismo judicial é um fenômeno que utiliza-se muito do subjetivismo para a tomada da decisão e isto é muito perigoso tanto para a justiça quanto para a democracia.

A segunda corrente é caracterizada por ser a favor do ativismo judicial, tal teoria recebe o nome de teoria substancialista (GALVÃO, 2010, p. 137). As principais argumentações dessa corrente de pensamento são: i) A CF/88 confere poderes para que o judiciário possa atuar em prol da justiça (fundamento normativo); ii) o ativismo judicial é um instrumento que promove a democracia; e iii) a CF/88 estabelece regras e/ou protege os direitos fundamentais. Sendo o STF guardião da CF/88, logo, caso alguma lei e/ou ausência dela venha a ferir os direitos e garantias fundamentais, a Suprema Corte Brasileira poderá/deverá realizar um papel de ativismo judicial com o escopo de proporcionar a concretização dos valores constitucionais.

Do exposto, foi possível identificar as duas principais correntes doutrinárias do ativismo judicial no Brasil.

Com o intuito de saber qual das correntes doutrinárias foi aceita pela jurisprudência nacional, foi necessário realizar uma pesquisa jurisprudencial nos tribunais brasileiros e, em especial, no STF.

São vários os casos no qual o STF atuou de forma ativista, a título exemplificativo, cita-se os seguintes casos⁸⁵:

1. Ação Declaratória de Constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07 de 18/10/2005, do Conselho Nacional de Justiça. Na análise desta questão, o STF vetou o

⁸⁵ É importante destacar que os casos de ativismo judicial citados na próxima página são controversos, ou seja, alguns operadores do direito não consideram que tais julgados foram “frutos” deste fenômeno jurídico, contudo, compartilho do entendimento de que o STF, nesses casos, atuou de forma ativista.

nepotismo na administração pública direta e indireta. Nesse julgado firmou o entendimento de que independentemente da existência de lei específica, o ato proibitivo deveria ser embasado nos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade (ADC 12 MC, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 16.2.2006, DJ de 1.9.2006);⁸⁶

2. Edição da Súmula Vinculante nº 11. A edição da referida súmula ocorreu em virtude da omissão do Poder Legislativo em normatizar (de forma detalhada) o uso da algema, bem como devido ao suposto uso incorreto deste objeto por parte dos agentes do executivo (policiais). Cabe destacar que uma das premissas para a edição das súmulas vinculantes e a existência de reiteradas decisões conflitantes. No caso ora sob exame tal fato não ocorreu. A decisão da Suprema Corte Brasileira em editar tal súmula foi tomada durante o julgamento do HC 91952, ocorrida em 07 de agosto de 2008;⁸⁷

3. A Suprema Corte Brasileira, no ano de 2011, reconheceu a existência das relações homoafetivas, bem como deu o mesmo tipo de tratamento concedido às pessoas heterossexuais que possuíam união estável. Tal decisão foi fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana e teve grande repercussão nacional, pois não existia uma previsão legal expressa que assegurasse esse direito às pessoas homoafetivas. Na verdade, existia um entendimento legal da não aplicabilidade deste instituto, tendo em vista que a CF/88 previa que tanto o casamento quanto o instituto da união estável eram aplicáveis aos casais de sexo diferente;⁸⁸ e

4. No ano de 2012, o STF julgou a ADPF nº 54 e decidiu que a interrupção da gravidez quando o feto for anencéfalo não será mais considerado crime. Tal decisão foi baseada no fato de que inevitavelmente o bebê morreria horas após o parto e também este tipo de gravidez põe em risco a vida da gestante.⁸⁹

Do exposto, foi possível analisar parte do fenômeno que integra o ativismo judicial no Brasil e perceber que a segunda corrente doutrinária, atualmente, é a mais aceita no STF.⁹⁰ Essa nova forma de pensar e agir vem ganhando proporções intercontinentais. O ativismo

⁸⁶ Para melhor “normatizar” essa questão o STF emitiu a súmula vinculante nº 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusuario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 02/09/2017.

⁸⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94291>>. Acesso em: 02/09/2017.

⁸⁸ O STF ao julgarem a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 02/09/2017.

⁸⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>>. Acesso em: 02/09/2017.

⁹⁰ Segundo Campos (2014, p. 353 - 354), são também considerados julgados com teor ativista os seguintes casos: “fidelidade partidária”, “Lei da ficha limpa”, pesquisas e tratamentos com células-tronco embrionárias, as políticas de reserva de cotas étnico-raciais e socioeconômicas no ensino público (validação), demarcação contínua de terras indígenas e julgamento da lei de anistia (caso Battisti).

judicial vem modificando a famosa teoria de repartição dos poderes formulada por Montesquieu (RAMOS, 2015, p. 106-119).

Esse instituto relativamente novo no Brasil foi a fonte inspiradora para o desenvolvimento das atividades aqui descritas como “ativismo administrativo”.

Após as considerações realizadas nessa seção, acredita-se que o leitor está com o cabedal de conhecimento mínimo necessário para entender o que o autor chama de “ativismo administrativo”.

2.4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para o correto entendimento do conceito de discricionariedade, faz-se necessário entender a diferença entre ato vinculado e ato discricionário. O primeiro é caracterizado pelo fato da norma já trazer em seu âmago o único procedimento que deve ser adotado pelo administrador diante do caso concreto previsto em lei, não restando dúvida quanto ao objetivo e finalidade que devem ser atingidos, bem como não existindo margem de liberdade para a atuação subjetiva da autoridade administrativa (MELLO, 2010, p. 374).

Já a discricionariedade pode ser caracterizada como sendo uma certa liberdade que permite uma atuação subjetiva do administrador, diante do caso concreto, tendo como escopo alcançar os resultados pretendidos pela lei, utilizando-se para isso uma apreciação norteada segundo critérios de conveniência e oportunidade (DI PIETRO, 2011, p. 30).

Com o objetivo de melhor compreender este instituto, abaixo está colacionado uma conceituação de discricionariedade segundo o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 973):

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Segundo Flávio Henrique Unes Pereira (2007, p. 31), dois aspectos merecem destaques neste conceito. O primeiro diz respeito à margem de liberdade que tem o administrador diante da possibilidade de aplicar mais de uma solução válida ao caso concreto. O segundo é referente à aplicação ou não do instituto da discricionariedade diante dos conceitos indeterminados.

Para Pereira (2007, p. 31), o primeiro aspecto citado possui entendimento mais pacificado, contudo, o segundo aspecto é bastante controverso, pois parte da doutrina defende a aplicação da discricionariedade diante dos conceitos fluídos, enquanto outra banda defende a não aplicabilidade diante de tais conceitos.

Ainda versando sobre a discricção, Mello (2003, p. 13) afirma que tal instituto jamais poderia ser empregado em um caso concreto que não fosse normatizado, ou seja, se uma lei regula um determinado fato com relevância jurídica, a discricionariedade pode ser empregada, contudo, se tal fato ainda não foi regulado por norma legal, tal “ferramenta” não poderá ser utilizada.

Nesse diapasão, Mello (2003, p. 15) enfatiza a ideia de que o poder-dever está associado ao entendimento de que o administrador tem que atender a finalidade da lei. Nesse sentido, a verdade é que o “poder” surge como mera decorrência do “dever” do administrador, pois para o correto exercício das suas funções, caberá ao agente público atuar com o escopo de atingir a finalidade imposta pela lei.

Pode-se concluir, portanto, que o exercício da atividade funcional administrativa está diretamente subordinada a lei. Devido a isso, conclui-se, ainda, que o poder discricionário deve atender a finalidade legal, pois sendo o poder discricionário um instituto decorrente do dever de alcançar o resultado desejado/imposto pela lei, tal ferramenta deve ser entendida como sendo, antes de tudo, um dever discricionário que visa atender os anseios legais (MELLO, 2003, p. 15-16).

Mello (2003, p. 17-19), novamente, ensina que a discricionariedade atua por intermédio de um juízo subjetivo da autoridade administrativa e pode ocorrer, conforme texto abaixo:

- (...) diz-se que há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador no que atina, isolada ou cumulativamente:
- a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos- da situação fática ou (*sic*)
 - b) no que concerne a não agir ou agir ou (*sic*)
 - c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou (*sic*)
 - d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou (*sic*)
 - e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática.
- (...)
- II. as considerações precedentes autorizam-nos a afirmar que a discricionariedade pode ocorrer:
- I) da hipótese da norma: (...) (*sic*)
 - II) do comando da norma (...) (*sic*).
 - III) da finalidade da norma (...).

Complementando o acima exposto, é conveniente lembrar que a discricionariedade residirá em um dos três casos de ocorrência (hipótese, mandamento legal ou finalidade), contudo, tal instituto só se expressará em decorrência do conteúdo do ato.⁹¹

Em relação a discricionariedade, Gilmar Ferreira Mendes (2014, p.1041) assim se manifesta:

⁹¹ Isto ocorre em virtude da existência de conceitos indeterminados e que só poderão ser devidamente apreciados no caso concreto (MELLO, 2003, p. 21).

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador *o poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (Verbot der Ermessensmissbrauchs: Verbot der Ermessensüberschreitung). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo.

Outro fator que pode influenciar de forma significativa o emprego da discricionariedade é a utilização de conceitos indeterminados pelo texto legal. Nesta hipótese, a administração poderá atuar, portanto, que atinja a finalidade da norma. Sendo assim, o judiciário poderá conferir se a administração atuou de forma coerente ou se distanciou da finalidade da norma (MELLO, 2003, p. 24).

No primeiro caso citado no parágrafo anterior, caso exista mais de uma hipótese que atenda a finalidade desejada pela lei, o judiciário jamais poderá substituir o entendimento utilizado pela administração pelo seu próprio entendimento. Já no segundo caso (Ex.: distanciamento da finalidade da norma), o judiciário poderá atuar e rever o ato (DI PIETRO, 2011, p. 219-220).

Em linhas gerais, destaca-se que o judiciário pode atuar como órgão revisor no sentido de verificar se os critérios de conveniência e oportunidade foram utilizados sem desvio de poder, ou seja, o judiciário poderá verificar se administração atuou dentro da sua esfera legal, isto é, dentro do campo de liberdade (intelectiva ou volitiva) que a lei lhe autoriza (MELLO, 2010, p. 108-110).

Desta forma, se a administração não excedeu a esfera de inteligência razoável de um conceito indeterminado ou ainda se escolheu determinado ato baseado em conceitos de conveniência e oportunidade balizada pela razoabilidade, retifica-se que os atos administrativos com essas características jamais poderão ser revistos pelo judiciário, conforme texto a seguir transcrito:

(...) a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes- os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da “conveniência ou oportunidade do ato”.

É certo, entretanto, que as próprias opções fundadas em conveniência e oportunidade se entrelaçam de tal modo com a questão dos conceitos indeterminados residentes no pressuposto legal que não podem ser dela desprendidas, na medida em que para resolver-se se um dado ato é suscetível de qualificar-se, de direito, como conveniente ou oportuno tenha-se de resolver previamente sobre a aplicabilidade ou não do conceito impreciso mencionado pela lei em sua hipótese ou em sua finalidade. Com efeito, não se poderá, por exemplo, reputar juridicamente conveniente ou oportuno adotar certa providência que a lei faculte produzir em caso de “urgência” ou perante situações de “risco para a tranquilidade pública”, sem antes

solucionar a questão de saber-se se o caso vertente realmente se enquadra no conceito fluido designado pela palavra “urgência” ou pela expressão “risco para a tranquilidade pública” e se em quaisquer destes casos a providência se justifica em face da finalidade da regra habilitante (bem jurídico também qualificado por conceitos vagos)[MELLO, 2003,p 27-28].

Agregando informações ao que foi supracitado, é merecedor de destaque que a discricionariedade decorrente da finalidade e/ou conceitos vagos, em momento algum, pode ser entendida como oportunidade para alargar, de forma demasiada, a liberdade concedida ao administrador.

Tal raciocínio é viável, pois por mais que um conceito seja fluido ele goza de um conteúdo determinável. Esse preceito ou densidade mínima servirá de baliza para que o administrador não se afaste do significado razoável do conceito indeterminado apresentado pela norma e/ou normas jurídicas, evitando assim distorções ou arbitrariedades (MELLO, 2003, p. 28-31).

Complementando ao que foi dito no parágrafo anterior, Sousa (1994, p. 18) relembra que o juiz (quando provocado) tem a função de fiscalizar se a administração deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos ao caso concreto.

Por fim, de todo o exposto nesta seção secundária, pode-se concluir que a discricionariedade administrativa é um campo de liberdade que a lei confere para que o administrador possa atender, da melhor forma possível, a finalidade da lei.

Caso exista um fato que possibilite várias soluções, o administrador deverá realizar um juízo com base na conveniência e oportunidade e adotar a mais adequada ao fato (opção desejável), ou ainda uma solução tida como razoável (opção aceitável), porém, se o administrador adotar uma opção em desconformidade com a finalidade normativa, tal ato não deverá prosperar, pois de revestirá de vício e receberá a denominação de ato inválido, devendo, neste caso, o ato administrativo ser refeito.

Realizadas essas considerações sobre a discricionariedade administrativa, no próximo tópico será dado prosseguimento ao presente estudo abordando-se questões relativas à constitucionalização do direito administrativo.

2.5 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMO FATOR CONFIRMADOR DO “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” MILITAR

No passado havia o entendimento de que a Constituição não era norma autêntica jurídica, logo, não possuía imperatividade. Uma das consequências dessa forma de pensar é que os juízes não poderiam solucionar as controvérsias jurídicas com base nos preceitos constitucionais. Outra consequência é que as decisões dos operadores do direito deveriam ser pautadas unicamente nas leis em vigor (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1997, p. 19-63).

Com o passar do tempo o entendimento foi modificado. Surge então a constitucionalização do direito. Essa evolução jurídica impõe que toda lei infraconstitucional deve ser interpretada e aplicada em conformidade aos mandamentos constitucionais (BARROSO, 2005, p. 12-13).

Segundo Otero (2003, p. 282), o direito administrativo, em sua origem, foi marcado por uma normatividade parcial e desigual, contudo, o processo evolutivo deste ramo do direito apontou para uma direção mais garantística que privilegiava instrumentos e meios de controle da atividade administrativa pelos cidadãos.

Complementando o parágrafo anterior, Binenbojm (2014, p. 18) relata que tal evolução não ocorreu de forma progressiva, unidirecional e constante, pois durante esse período evolutivo ocorreram estratégias que visavam mitigar a rigidez das formas, bem como as restrições legais impostas à liberdade de decisão dos administradores.

Já para o autor Sebastian Martín-Retortilho Baquer (1996, p. 215), o aspecto mais contraditório desta evolução foi marcado pelo distanciamento do direito administrativo em relação ao direito constitucional. Nesse diapasão, Binenbojm (2014, p. 18 - 19) afirma que tal afastamento contribuiu para que o ramo do direito administrativo fosse gerido por institutos, categorias, regras e princípios próprios.

Nesse contexto, o discurso envolvendo a autonomia administrativa serviu de argumentação para que os administradores públicos não ficassem atrelados diretamente a norma constitucional. Conceituações como interesse público e discricionariedade administrativa permaneceram durante longo tempo na penumbra, ou seja, o administrador possuía certa liberdade decisória, contudo, tal liberdade estava associada aos ditames normativos e não aos princípios e regras constitucionais (BINENBOJM, 2014, p.19).

No Brasil, as transformações ocasionadas pelas características do Estado democrático de direitos fizeram com que quatro paradigmas do direito administrativo ficassem em evidência. O primeiro foi o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; o segundo foi a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; o terceiro foi a intangibilidade do mérito administrativo e o quarto foi a noção de um Poder Executivo unitário (BINENBOJM, 2014, p.23-24).

Desta forma, a constitucionalização do direito administrativo surge como alternativa para dar soluções aos assuntos abordados nos dois últimos parágrafos. Este novo modelo adota o sistema democrático e os direitos fundamentais como supedâneo dos princípios e regras constitucionais que servirão de base para a atuação da administração pública. Assim

sendo, os ditames administrativos ganham novas feições, conforme explana Binenbojm (2014, p.24-25):

(...). Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa e (IV) admitem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.

Assim, tem-se que:

(I) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;

(II) a definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;

(III) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convalar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação à juridicidade;

(...). À autonomia reforçada das agências, todavia, corresponderá um conjunto de controles jurídicos, políticos e sociais, de modo a reconduzi-las aos marcos constitucionais do Estado democrático de direito.

Diante dessa nova realidade, cresce de importância a efetivação dos princípios jurídicos. Segundo Robert Alexy (1993, p. 86) os princípios têm uma certa dimensão que só pode ser mensurada diante do caso concreto, ou seja, o valor ou a importância de um princípio só poderá ser definido após a aplicação do juízo de ponderação diante do fato. Outro aspecto importante são as regras. As regras se diferem dos princípios, pois estas se constituem em normas binárias caracterizadas pela lógica do “pode ou não pode” / “tudo ou nada” (Dworkin, 1998, p. 24).

Assim sendo, a constitucionalização do direito administrativo modifica a visão clássica deste ramo do direito, conforme aponta novamente Binenbojm (2014, p. 37-38):

A (*sic*) idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra *legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação constitucional).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do direito administrativo ocorrerá,

assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional. Em tempos de deslegalização e proliferação de autoridades administrativas, sobreleva a importância dos princípios e regras constitucionais na densificação do ambiente decisório do administrador e amenização dos riscos próprios da normatização burocrática.

Corroborando com esse pensamento, Clèmerson Merlin (2003, p.388), manifesta-se:

(...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.

Para poder concretizar os direitos fundamentais em questões administrativas, deve-se implementar uma eficácia interpretativa, ou seja, tanto o legislador, quanto o juiz e/ou o administrador devem utilizar-se desse instituto de modo a tentar efetivar os direitos fundamentais. Uma das consequências desse pensamento é o aumento da capacidade interpretativa da autoridade administrativa que deve fazer uso dessa ferramenta em conformidade com os juízos de apreciação ou escolha, porém, as autoridades não podem tomar decisões com base em interesses pessoais (BINENBOJM, 2014, p. 68 e 76).

Novamente, Binenbojm (2014, p.71) ensina que a normatividade oriunda da principiologia constitucional tem como consequência uma nova definição de discricionariedade administrativa, em outras palavras, a nova discricionariedade é caracterizada por ser um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diversos bens e interesses jurídicos protegidos na constituição. Este “novo” instituto apoia-se na lei e utiliza-se da mesma como fundamento básico do ato administrativo, contudo, o juízo de ponderação associado ao novo conceito de discricionariedade pode, inclusive, validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal. Tal pensamento contrapõe-se ao antigo conceito de discricionariedade.⁹²

O pensamento exposto no parágrafo anterior abre discussão às novas formas de legitimação dos atos administrativos. Um aspecto relevante é o fato da existência do exercício das atividades administrativas por intermédio de atos administrativos não vinculados à lei. Tal fato justifica-se, pois, os processos decisórios devem buscar atender tanto os interesses individuais dos administrados quanto os interesses gerais da coletividade.

DI PIETRO (2012, p. 83-106) relembra que a constitucionalização do direito administrativo pode gerar maior insegurança jurídica em virtude das imprecisões dos

⁹² O autor se refere ao conceito antigo de discricionariedade como sendo um espaço de liberdade decisória ao qual cabia ao administrador. Nesse sentido, DI PIETRO (1988, p. 67) define a discricionariedade administrativa como sendo “ a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

dispositivos constitucionais, em especial, os princípios e os valores, contudo, a autora acredita que tal risco pode ser superado com o transcorrer do tempo.

A teoria da constitucionalização do direito administrativo busca dar efetividade aos direitos fundamentais, para isso, busca-se, por intermédio do contraditório e ampla defesa: (I) respeitar os direitos dos interessados; (II) ouvir o assessoramento dos administrados antes da implementação de uma determinada medida; e (III) alcançar níveis elevados de legitimação e consensualidade (BINENBOJM, 2014, p.77).

Realizadas essas breves considerações sobre a constitucionalização do direito administrativo, no próximo capítulo será dado prosseguimento ao presente estudo abordando-se questões relativas ao “ativismo administrativo”.

3 O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” COMO FERRAMENTA GARANTIDORA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NOS INSTITUTOS DOS TH

3.1 A TRANSMUTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL PARA O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” E A NECESSIDADE DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA VISÃO HOLÍSTICA E SISTÊMICA DE UM CAMPO JURÍDICO/ADMINISTRATIVO MULTIDIMENCIONAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

O “ativismo administrativo” pode ser caracterizado como sendo uma participação mais ampla e efetiva das autoridades administrativas com o intuito de poder cumprir com todas as suas obrigações funcionais. Nesse sentido, este fenômeno também se caracteriza pelo fato da autoridade administrativa agir sempre com proatividade, visando o objetivo final que é cumprir às suas missões de acordo com a vontade da lei e/ou finalidade da função exercida pela autoridade quando tais aspectos estiverem em harmonia com a CF/88.

O “ativismo administrativo” se assemelha ao ativismo judicial quando “supostamente avança na área de competência” dos outros Poderes da União. O “avanço” na área do Poder Legislativo é caracterizado quando o administrador emite atos administrativos⁹³ com a finalidade, por exemplo, de solucionar lacunas e/ou conflitos normativos da norma produzida pelo legislativo ou ainda estabelece procedimento contrário ao previsto em lei.

Já o “ativismo administrativo” “adentra” na área do judiciário quando se utiliza, por exemplo, de institutos jurídicos para sanar os problemas mencionados no parágrafo anterior. Os institutos jurídicos mais utilizados no “ativismo administrativo” são os já abordados no capítulo 2. Ressalta-se que os demais institutos que se amoldam ao caso concreto poderão/deverão ser utilizados.

O “ativismo administrativo” caracteriza-se também pelo fato da autoridade competente fazer um maior uso da função atípica do Poder Executivo, ou seja, sendo o Cmt EB autoridade administrativa que compõem o Poder Executivo, poderá, dentro dos limites da Lei exercer as funções de legislador e julgador.⁹⁴ Os diversos institutos administrativos (poder de polícia, poder disciplinador, poder-dever de agir, poder regulador, poder normatizador, poder discricionário, etc.) auxiliam na execução desta tarefa.

As missões atribuídas às autoridades administrativas são caracterizadas por serem genéricas e muitas vezes não existem ordem que especifique ou detalhe de que forma ou de qual modo as tarefas deverão ser executadas. Para que tais obrigações possam ser

⁹³ Exemplificativamente, os atos administrativos aos quais o autor se refere são: Instruções Gerais (IG), Normas Gerais de Ação (NGA), Portarias, Normas Técnicas, Manuais, etc.

⁹⁴ As decisões da autoridade administrativa sempre deverão estar em harmonia com a CF/88. As confecções de normas que o autor se refere são, por exemplo, as elencadas no comentário anterior.

realizadas/cumpridas, satisfatoriamente, tal agente público deverá ser possuidor de uma visão holística, deverá compreender as “multifacetadas” de todas as adversidades que possam dificultar o cumprimento de suas obrigações, bem como compreender e atuar de forma eficiente nas esferas judiciais⁹⁵ e administrativas.

Para que o administrador possa atuar de uma forma multidimensional, tal agente deverá adotar uma postura ativista, devido a isso, faz-se necessário adotar/empregar todos os institutos jurídicos/ administrativos necessários para o melhor cumprimento das suas missões, bem como a autoridade administrativa deverá pautar as suas decisões nos diversos princípios constitucionais e nos princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, assim como na jurisprudência.⁹⁶

De forma análoga ao que está acontecendo com o ativismo judicial, o administrador poderá/deverá atuar em conformidade com a lei e na ocorrência de conflitos normativos ou lacunas legais, deverá fazer uso das “ferramentas necessárias”⁹⁷ para alcançar as suas metas. Cabe ressaltar que um administrador probo visa sempre alcançar o interesse público⁹⁸.

Aprofundando o tema sobre os Tribunais de Honra, será verificado que o “ativismo administrativo” representa uma importante ferramenta para que o Comandante do Exército possa cumprir com suas obrigações funcionais.

Um dos vetores de eficiência do Exército Brasileiro é a dimensão humana, ou seja, a capacidade profissional de seus integrantes, para isso a instituição deverá atrair, motivar e reter os militares que demonstram aptidão para exercer tal atividade.

Nesse espeque, destaca-se o pensamentos do autor Aldo Fagundes⁹⁹ e o pensamento do Rui Barbosa que dizia: “ O Exército pode passar cem anos sem ser usado, mas não pode passar um minuto sem estar preparado.” Acrescenta-se que a existência do Exército Brasileiro

⁹⁵ A atuação na esfera judicial que o autor se refere é aquele referente, por exemplo, ao fornecimento de subsídio para a defesa da União.

⁹⁶ A visão holística e sistêmica multidimensional obriga a autoridade administrativa militar a cumprir com as suas missões em consonância com a finalidade da missão, ou seja, a autoridade deverá se cercar de assessores competentes e diante das dificuldades deverá improvisar, adaptar e superar as adversidades. A autoridade administrativa deverá também determinar a criação, sempre que possível/necessário, de grupos de estudos com a finalidade de desenvolver doutrina e pesquisa e atuar maximizando a eficácia interpretativa.

⁹⁷ As ferramentas ao qual o autor se refere são todas aquelas já abordadas nesta dissertação, bem como outras que poderão ser úteis tais como: súmulas vinculantes, poder regulamentar, poder normativo, etc. Destaca-se que no Atv Adm a Autoridade não atua em virtude de motivações políticas e/ou de foro íntimo.

⁹⁸ Destaca-se que o instituto da discricionariedade possui semelhanças em relação ao ativismo administrativo, por exemplo, a última frase deste parágrafo pode ser enquadrada tanto na discricionariedade quanto no ativismo administrativo, porém, a discricionariedade é uma espécie de liberdade de atuação que a lei concede ao administrador. Tal liberdade não pode ferir a lei (visão clássica do direito administrativo), conforme apontado na subseção 2.4. Já o ativismo administrativo, em alguns casos pode contrariar a lei, portanto que tal norma não esteja em harmonia com a CF/88, conforme será visto neste capítulo.

⁹⁹ “ Aldo Fagundes (Ex-Ministro civil do STM) disse: A farda é leve para quem a veste por vocação, mas é fardo insuportável para aquele que não compreendeu a missão para qual prestou juramento solene”.

está diretamente relacionada com a segurança nacional¹⁰⁰, motivo pelo qual os seus quadros¹⁰¹ deverão ser impecáveis.

Diante desta realidade, o Comandante do Exército tem a obrigação funcional de motivar os seus subordinados, bem como afastar do convívio militar aquelas pessoas que demonstram inaptidão para a carreira das armas.¹⁰²

A tarefa de manter o padrão operacional do EB não é fácil. Conforme já abordado, as crises ética, moral, social, econômica e política que assolam o país vem impactando negativamente o Exército (capítulo 1- item 1.3).

Um dos institutos que o Cmt EB pode usar são os CJ. Nessa senda, cabe lembrar que os Tribunais de Honra são “os instrumentos mais importantes de que dispõe a administração militar para afastar do seu meio os militares que, pela sua conduta, tornaram-se incompatíveis ou indignos de permanecer na ativa e, em alguns casos, até mesmo, de ostentar a condição de militar.”¹⁰³

Contudo, quais seriam as opções que o Comandante do Exército teria para manter a hierarquia e a disciplina diante da omissão e da antinomia legislativa presente na Lei nº 5.836/72? Ao se fazer uma simples leitura da norma retro citada, nota-se que a mesma está desatualizada, contudo, consultando a jurisprudência nacional constata-se que ela está em vigor.¹⁰⁴

Dessa forma, estando a lei citada em vigor, o Comandante do Exército pode aplicá-la quando necessário, porém há de se esclarecer os seguintes pontos: i) se o Cmt EB determinar a aplicação da lei do jeito que está, certamente a instituição iria ferir os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, conseqüentemente, os CJ poderiam ser anulados no judiciário em virtude de vício insanável;¹⁰⁵ e ii) os CJ anulados contribuiriam para o aumento da indisciplina, para a ineficiência operacional, bem como para o descrédito dos Comandantes em Geral.

Assim sendo, o Comandante do Exército só teria três opções: i) a primeira seria solicitar ao legislativo a edição de nova lei; ii) a segunda seria aplicar a lei atual (cumprindo assim uma obrigação legal) mesmo sabendo que o processo administrativo poderia ser

¹⁰⁰ De acordo com o artigo 142 da CF/88.

¹⁰¹ Os quadros são todos os homens e mulheres que compõem o efetivo do Exército.

¹⁰² A carreira das armas é uma expressão que significa profissão militar.

¹⁰³ Definição formulada pela Assessoria 2 do Gabinete do Comandante do Exército.

¹⁰⁴ Mais adiante estão elencadas as jurisprudências que versam sobre o tema, bem como alguns comentários que apontam para os aspectos que possibilitaram uma maior segurança jurídica.

¹⁰⁵ Tal fato aconteceria se o justificante judicializasse a questão.

anulado pelo judiciário; e iii) atuar de forma coerente/racional utilizando-se para isso o “ativismo administrativo”.

Em relação à primeira opção é notório que o legislativo perdeu o interesse em atualizar a Lei 5.836/72 (conforme já abordado no capítulo 1). Tal aspecto associado ao fato de que o Brasil passa por uma grande crise, além de existirem outros assuntos de caráter emergencial e que possuem maior visibilidade, certamente fariam com que essa opção não fosse viável, pois para que a atualização legislativa ocorresse, certamente passar-se-iam anos e a instituição ficaria comprometida.

Em relação à segunda opção é notório que a lei não atende mais as exigências constitucionais em virtude do fenômeno da “caduquice” ou da desatualização da norma devido as constantes evoluções dos institutos jurídicos. Este motivo é o maior fato gerador dos grandes números de CJ anulados no judiciário (conforme já abordado no capítulo 1).

Em relação à terceira opção, essa é a que o EB considerou mais atrativa, pois resolve a maioria dos problemas. Com essa opção a instituição consegue manter a hierarquia, a disciplina, a operacionalidade, bem como consegue contribuir para a segurança nacional. Tal alternativa possibilita conceder todos os direitos do justificante, assim como consegue atender aos outros objetivos estratégicos de responsabilidade do Exército.

Do exposto, pode-se concluir que o “ativismo administrativo” é a opção mais coerente¹⁰⁶, no momento, para o aperfeiçoamento dos TH, contudo, cabe ainda esclarecer como o “ativismo administrativo” se manifesta na prática. Analisando o diploma legal referente aos Conselhos de Justificação (Lei 5.836/72) é possível observar que a inquirição do justificante acontece no início da fase de instrução (conforme inteligência do artigo 7º do referido diploma legal).¹⁰⁷

Abrindo um parêntese neste momento, é importante salientar que os Conselhos de Justificação eram determinados e analisados pelo Comandante do Exército, assessorado pela Assessoria 2 do Gab Cmt Ex até 28 de fevereiro de 2016. Após essa data o papel de prestar assessoramento em relação aos Tribunais de Honra no âmbito do EB passou a ser atribuição funcional da Assessoria de Assuntos Internos.

¹⁰⁶ Entende-se que é a opção mais coerente, pois assim como a teoria da constitucionalização do direito administrativo (conforme visto na subseção 2.5), o ativismo administrativo utiliza-se dos mandamentos da CF/88 para garantir os direitos e garantias fundamentais dos administrados.

¹⁰⁷ Tal instituto foi assim estabelecido devido ao fato do CJ ora fazer parte do direito administrativo, ora fazer parte do direito penal militar, conforme anteriormente abordado na letra “I” da subseção 1.2 no capítulo 1. No caso em comento, a ordem de inquirição do justificante foi copiada do CPPM. Destaca-se, ainda, que existem muitas semelhanças entre a constitucionalização do direito administrativo e o ativismo administrativo, em virtude disso, adiante constará um quadro que apontará as principais semelhanças e diferenças entre estes dois “institutos”.

Conforme já mencionado no capítulo 1, uma das atribuições da Asse AI é realizar estudos e pesquisas no sentido de contribuir para a evolução dos TH. Para que o leitor possa melhor compreender o trabalho desenvolvido pela Asse AI, bem como entender o resultado prático do “ativismo administrativo”, em seguida será realizado comentários sobre um dos estudos realizados por aquela Asse especializada.

“Fechando o parêntese” e já prosseguindo no andamento dos trabalhos, será abordado o caso concreto que serviu como base para a formulação do “ativismo administrativo”. Até o final do primeiro semestre de 2016, os TH feriam os direitos e garantias fundamentais no que se referia ao contraditório e a ampla defesa.¹⁰⁸ Cabe ressaltar que tal prática era executada, pois estava alinhavada com o entendimento doutrinário majoritário e com a jurisprudência nacional.

Os autores que escreveram sobre os TH até o ano de 2016 não questionavam a ofensa ao contraditório e a ampla defesa e aceitavam a inquirição do justificante como um dos primeiros atos da fase instrumental. A título de comprovação, citam-se os seguintes autores¹⁰⁹: Assis,¹¹⁰Reis (2011, p. 15-17), Abreu (2015, p. 250), Queiroz (2002, p. 135-136), Pedrosa (2002, p. 93), Ornelas (2011,p. 80), Heuserler (2011, p. 105-112), Rosa (2011, p. 150-151), Fagundes (2002, p. 283-315), Assis (2013, p. 298), Fonseca (1992/1193, p. 57-80) e Pires (1999, p. 12 a 14).

O STM, por sua vez, ratificava que a inquirição conforme previa o artigo 302 do CPPM se aplicava perfeitamente a Justiça Militar da União e não ofendia ao contraditório e a ampla defesa.¹¹¹ A Corte Militar possuía até uma súmula (Súmula 15) padronizando esse assunto. Para um maior entendimento, a seguir tem-se a transcrição da citada súmula: “ A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 junho 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União. ”

¹⁰⁸ Isto acontecia devido a vários motivos. A título exemplificativo, cita-se: o justificante era interrogado no início do processo administrativo.

¹⁰⁹ Destaca-se que os Conselhos de Justificação são julgados no STM utilizando-se o mesmo rito dos processos judiciais militares, ou seja, a inquirição do acusado no processo judicial militar e do justificante no Conselho de Justificação era realizado no início da instrução. Os artigos 7º, 14 e 17 da Lei nº 5.836/72 são os amparos legais do uso deste instituto no CJ.

¹¹⁰ Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19968-19969-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25.06.2017.

¹¹¹ Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou (*sic*) prêsso, antes de ouvidas as testemunhas. De forma análoga esse rito acontecia do CJ.

Na Corte Castrense é possível constatar que até 2016 todos os processos judiciais militares, assim como, todos os Conselhos de Justificação do EB, seguiam esse rito.¹¹²

No dia três de março do ano de 2016, foi levado a julgamento no STF, o HC 127.900¹¹³ que questionava a inconstitucionalidade do rito anteriormente mencionado. Em apertada síntese, o caso analisado pela Suprema Corte Brasileira versou sobre um fato ocorrido no interior do 1º Batalhão de Infantaria de Selva. Naquela OM, dois soldados foram pegos portando substância entorpecente (contrariando o artigo 290 do CPM).

A defesa realizada pela Defensoria Pública da União (DPU) sustentava a incompetência da justiça militar para processar e julgar o caso, tendo em vista que os acusados já não ostentavam a condição de militares (os acusados foram licenciados das fileiras do exército e o processo prosseguiu na justiça militar). A DPU pleiteava, ainda, a nulidade do interrogatório dos réus, em virtude de terem sido realizados no início da instrução criminal (conforme previsão do artigo 302 do CPPM), pois argumentava que o artigo 400 do CPP deveria ser também aplicado na seara da Justiça militar como garantia dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por maioria de votos, o Plenário do STF decidiu que a exigência da realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsão do artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP) aplica-se também aos casos aonde incida o Código de Processo Penal Militar. O HC foi denegado baseado no princípio da segurança jurídica, contudo, a Corte determinou que, após a publicação do julgamento na respectiva ata, a força normativa prevista no art. 400 do CPP deverá incidir nos processos não encerrados tanto na justiça militar quanto na justiça eleitoral, bem como a todos os procedimentos penais que são norteados por legislação especial, pois tal instituto é mais favorável ao contraditório e a ampla defesa.

O Acórdão prolatado não mencionou que o artigo 400 do CPP deveria incidir sobre os processos administrativos especiais que adotam o mesmo rito do CPPM, contudo, após ler todo o acórdão e analisar as argumentações lá expostas, fica claro que, caso um CJ seja executado da forma prevista na Lei nº 5.836/72, ou seja, executado realizando a inquirição do justificante no início do processo e antes de todas as testemunhas, certamente, se tal demanda fosse judicializada, todo o feito seria anulado.

¹¹² A título ilustrativo cita-se o Conselho de Justificação nº 23-31.2015.7.00.000 no qual rejeitou a segunda preliminar defensiva, de nulidade, fundamentada na não aplicação do art. 400 do CPP comum.

¹¹³ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28127900%2EMU ME%2E+OU+127900%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jzegzv> >. Acesso em: 08.09.2017. Para maior compreensão, sugere-se a leitura na íntegra do Acórdão.

Com o intuito de melhor explorar a questão, segue a transcrição da ementa do referido julgado:

EMENTA Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). (...). Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. **Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.** 1. Os pacientes, quando soldados da ativa, foram surpreendidos na posse de substância entorpecente (CPM, art. 290) no interior do 1º Batalhão de Infantaria da Selva em Manaus/AM. Cuida-se, portanto, de crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, o que atrai a competência da Justiça Castrense para processá-los e julgá-los (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). 2. O fato de os pacientes não mais integrarem as fileiras das Forças Armadas em nada repercute na esfera de competência da Justiça especializada, já que, no tempo do crime, eles eram soldados da ativa. **3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302).** 4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a **fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.**¹¹⁴ (sem grifo no original). [HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016).

¹¹⁴ O pleito relativo a aplicação do artigo 400 do CPP na justiça militar já havia sido suscitado nos seguintes julgados: 1) Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, J. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011); 2) HC nº 115.530/PR, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 14/08/13; 3) HC nº 121.907/AM, Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 24/10/14; 4) RHC nº 123.473/BA, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 6/11/14) e 5) HC nº 122.673/PA, Relatora Min. Cármen Lúcia, Dje de 1º/8/14). Antes da decisão imposta pelo HC 127.900 o “placar” estava 3 x 2 para a inversão da inquirição.

Buscando aperfeiçoar o instituto dos Tribunais de Honra a Asse AI iniciou os seus trabalhos executando um vasto estudo na legislação, na doutrina e na jurisprudência pátria.

As legislações analisadas foram todas aquelas elencadas no anexo “A” desta dissertação, já às jurisprudências estudadas foram todas constantes do apêndice “B” mais as apontadas nas notas de rodapé desta dissertação.

Após treze meses de estudos intensos empregando as mais variadas ferramentas judiciais e administrativas, a Asse AI em trabalho conjunto com a Assessoria 2 do Gabinete do Comandante do Exército, conseguiu aprimorar o instituto dos Tribunais de Honra. Agora sim, o rito procedimental adotado, bem como todas as demais medidas necessárias para a execução de um TH não estão eivadas de vícios e estão em plena harmonia com o ordenamento jurídico pátrio.¹¹⁵

Ciente do julgado proferido no HC 127.900 e todos os argumentos que o acompanham, não seria lógico a autoridade administrativa militar enveredar por um caminho não aceito pelo STF, logo, se a autoridade administrativa adotar os mesmos entendimentos aplicados no HC 127.900 na Lei nº 5.836/72 e passar a realizar a inquirição no final da fase de instrução, ela estará cometendo uma ilegalidade? A resposta certamente é sim.¹¹⁶

A ilegalidade acontecerá, pois, a autoridade estará descumprindo um preceito normativo que oficialmente não foi declarado como não recepcionado pela CF/88, contudo, após a decisão do STF, não resta dúvida que tal dispositivo, por analogia, fere a constituição.

Das ideias expostas nos parágrafos anteriores, conclui-se que oficialmente o artigo 7º da Lei nº 5.836/72 está em pleno vigor, contudo, extraoficialmente, sabe-se que não foi recepcionado pela CF/88.¹¹⁷

Logo, se a autoridade administrativa optar por realizar a inquirição do justificante no final da fase de instrução, esta autoridade estará privilegiando os seguintes institutos: i) o contraditório; ii) a ampla defesa; iii) a razoabilidade; iv) a proporcionalidade; v) a hermenêutica jurídica dentro do ordenamento jurídico nacional; vi) a integração das normas; vii) o princípio da instrumentalidade das formas; e viii) dentre outros.

Seguindo o entendimento da Suprema Corte Brasileira, o Cmt EB optou por modificar o rito procedimental da Lei nº 5.836/72 e determinou que a inquirição do

¹¹⁵ Vide o apêndice “B” para conhecer as legislações que tem uma maior aplicabilidade nos TH, bem como os comentários já realizados na nota de rodapé número 106.

¹¹⁶ Este entendimento representa a visão clássica do direito administrativo, pois na constitucionalização do direito e na constitucionalização do direito administrativo a juridicidade administrativa gera um novo modelo de grau de vinculação que descarta esta hipótese de ilegalidade.

¹¹⁷ Entende-se que é extraoficialmente, pois não existe uma demanda específica que trate deste questionamento envolvendo o assunto TH.

justificante fosse feita ao final da fase de instrução. Tal ato administrativo foi tomado, pois não fere nenhum direito do administrado, muito pelo contrário, tal ato ampliou o direito do militar submetido ao CJ e deixou os TH mais azeitado com a CF/88. Cabe ressaltar que tal atitude não poderá ser anulada pelo judiciário, pois não causou qualquer prejuízo ao justificante e nem causou prejuízo para a administração militar.

Cabe ressaltar, ainda, que a inversão da ordem de inquirição do justificante foi uma atitude acertada. Tendo em vista que tal ação está coerente com o ordenamento jurídico brasileiro¹¹⁸, a autoridade administrativa não poderá sofrer qualquer tipo de sanção, pois as consequências dessa decisão só gerarão benefícios tanto para a administração quanto para os administrados.

O instituto que possibilitou esse avanço foi o “ativismo administrativo”, mas por que chamar essas atividades de aprimoramento dos institutos dos Tribunais de Honra de “ativismo administrativo”? Em primeiro lugar, nota-se, que em relação à atualização da Lei nº 5.836/72 o legislador encontra-se omissos, ou seja, a atualização da lei deveria vir por iniciativa do Poder Legislativo, coisa que não acontece desde 1972.¹¹⁹ Em segundo lugar, nota-se que a autoridade administrativa está empregando uma série de institutos jurídicos com a finalidade de aperfeiçoar os TH.

Com o intuito de melhor visualizar o “ativismo administrativo”, neste trabalho foram expostos uma série de dúvidas sobre a execução do rito procedimental da Lei nº 5.836/72.¹²⁰ Essas dúvidas são pertinentes, pois, durante a execução de um TH, os membros que compõem um Conselho de Justificação normalmente ficavam com tais incertezas e, essas faltas de certeza conduziam os membros dos TH a praticarem vícios de legalidade, devido às omissões já abordadas.

Como a realização de comentários sobre a confecção das futuras IG levariam a uma infinidade de apontamentos, no próximo tópico apresentaremos alguns esclarecimentos sobre o instituto dos Tribunais de Honra. Os esclarecimentos iniciais visam retirar dúvidas mais genéricas, porém, este autor pretende demonstrar, de forma mais detalhada, o emprego do ativismo judicial, apontando o raciocínio de tal instituto na definição do rito procedimental.

Em outras palavras, no tópico a seguir pretende-se apontar algumas fundamentações que foram utilizadas para definir o rito procedimental do Conselho de Justificação.

3.2 OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CJ E O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO”

¹¹⁸ Tal decisão está em conformidade com as argumentações elencadas no acórdão que julgou o HC 127.900, bem como com a teoria da constitucionalização do direito administrativo e com a CF/88.

¹¹⁹ Conforme já exposto no capítulo 1.

¹²⁰ As dúvidas as quais o autor se refere são aquelas elencadas nas páginas 11, 48 e 49.

Os Tribunais de Honra versam sobre diversos assuntos polêmicos e que causam preocupações na maioria dos Comandantes. Conforme já mencionado, a falta de conhecimento jurídico por parte de alguns Comandantes e a pouca experiência dos militares envolvidos na condução destes processos estão gerando insegurança e causando protelação ou até mesmo a não abertura dos TH.

Nesse sentido, constata-se que se faz necessário realizar pesquisas contínuas, bem como promover o desenvolvimento e a transmissão do conhecimento dos assuntos que orbitam os Tribunais de Honra no meio castrense. Cabe ressaltar que o militar não vocacionado e que poderá perder o seu “emprego”, irá reagir até o último recurso visando não ser demitido. O último grau de reação é a judicialização da causa, em virtude disso, tal processo especial não poderá conter nenhum vício insanável.

Neste capítulo, será abordado o cerne da questão, ou seja, será verificado em que medida os institutos jurídicos e/ou administrativos podem auxiliar o administrador no cumprimento das suas obrigações funcionais (impedindo que os TH sejam anulados em decorrência de vícios) e, simultaneamente, como a autoridade administrativa deve conceder os direitos e garantias fundamentais aos administrados submetidos ao Conselho de Justificação (CJ).

Assim sendo, será demonstrado como o “ativismo administrativo” poderá auxiliar os Comandantes/ autoridades administrativas em questões controversas que rondam os TH. Para isso, será realizado um estudo/uma análise da Lei 5836/72, agora empregando os institutos jurídicos/administrativos necessários a elucidação das questões apresentadas na introdução e no capítulo 1 deste trabalho.

Antes de ser iniciada a análise retro mencionada resta esclarecer uma grande dúvida. A dúvida em questão é a seguinte: qual/quais institutos jurídicos e/ou administrativos podem ser usados pela autoridade administrativa para sanar conflitos normativos ou omissões normativas e assegurar direitos e garantias fundamentais aos militares submetidos aos Tribunais de Honra?

A resposta à indagação acima não é simples, contudo, será demonstrado que todos os institutos jurídicos e/ou administrativos que possuem alguma “potencialidade” para sanar essas questões poderão ser empregados, ou seja, assim como um juiz não sabe antecipadamente quais institutos ele usará para resolver uma lide, a autoridade administrativa não saberá quais “ferramentas” (institutos) ele empregará para resolver a questão envolvendo o TH. Em outras palavras, para saber quais “ferramentas” poderão ser usadas será necessário analisar o caso concreto.

Para elucidar os aspectos abordados no parágrafo anterior, vejamos a análise a seguir. Como ponto de partida, após uma leitura breve, conclui-se que, como regra geral, o “caminho” que deverá ser seguido pela autoridade administrativa para nomear e executar um TH é o seguinte: i) atentar para os dispositivos previstos na Lei nº 5.836/72; e ii) em caso de omissões, utilizar o Código de Processo Penal Militar (CPPM) e/ou o Código Penal Militar (CPM), conforme inteligência dos artigos 17 e 18 da referida lei. Tal pensamento segue o princípio da reserva legal.

Existem situações no qual o “caminho” descrito anteriormente não será seguido? A resposta é sim. Exemplificativamente, cita-se a análise realizada do HC 127.900 neste capítulo.

A segunda grande indagação é saber se a lei nº 5.836/72 foi recepcionada pela CF/88. Dessa forma, é notório que a retro citada lei não pode responder à questão, logo, passa-se para o segundo passo, ou seja, procurar a resposta nas normas subsidiárias. O CPPM estabelece no art. 3º que os casos de omissões serão supridos pela legislação penal comum, pela jurisprudência, pelos usos e costumes militares, pelos princípios gerais do direito e/ou pela analogia.

Após uma breve leitura do parágrafo anterior é possível concluir que a jurisprudência será o instituto mais aconselhável para sanar a dúvida suscitada e não respondida, contudo, pergunta-se: qualquer jurisprudência serve? Obviamente que não. Para sanar essa “pane” a autoridade administrativa deverá calcar a sua decisão na jurisprudência do STM e/ou do STF, pois o STM é o Tribunal competente para julgar os CJ e o STF é o “guardião” da CF/88.

Analisando a jurisprudência dos dois Tribunais, verifica-se que a Lei 5.836/72 foi recepcionada pelo CF/88, conforme o julgado abaixo:

Conselho de Justificação. Lei nº 5.836/72. Constituição Federal. Recepção. Comandante. Conduta. Ética. Pundonor militar. Estatuto dos Militares. **A Lei nº 5.836/72 encontra-se em plena harmonia com o disposto no art. 142, inciso IV, da Constituição Federal.** Os dispositivos da Lei nº 9.784/99, que regula a tramitação dos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, não incidem nos processos que possuem rito específico, como é o caso do Conselho de Justificação. O encaminhamento do Conselho a esta Corte não constitui instauração de novo processo e sim prosseguimento, no âmbito jurisdicional, do processo de natureza administrativa que teve seu regular trâmite na via originária. Julgamento que, por se restringir exclusivamente ao campo ético-moral, não se confunde ou se sobrepõe àquele realizado na esfera penal, descabendo, assim, falar em Tribunal paralelo ou em bis in idem. In casu, o Justificante não reúne mais as condições necessárias para permanecer na ativa, uma vez que com sua conduta infringiu o Estatuto dos Militares, cujos incisos II, IV e XIII, do artigo 28, e inciso III, do artigo 31, versam, respectivamente, sobre a ética e sobre os deveres dos militares. A decretação da reforma do Justificante constitui a solução que se apresenta em harmonia com o princípio da proporcionalidade. Rejeição da Preliminar. Decisão unânime. Oficial julgado incapaz de permanecer no Serviço Ativo da Aeronáutica, determinando-se, por

consequente, a sua reforma. Decisão majoritária. (STM-CJ: 545620127000000 DF 00000054-56.2012.7.00.0000, Relator: Luis Carlos Gomes Mattos, Data de Julgamento: 29/05/2013, Data de Publicação: 12/08/2013 Vol: Veículo: DJE). (sem grifo no original).

No seu bojo, o julgado acima relata que “a Lei nº 5.836/72 encontra-se em plena harmonia com o dispositivo no art. 142, inciso IV, da Constituição Federal”. No mesmo sentido, os julgados dos Conselhos de Justificação Nº 26-83.2015.7.00.0000-DF e Nº 53-32.2016.7.00.0000 – DF ratificam o pensamento anterior. Destaca-se que desde a CF/88 esses foram os únicos casos em que a Corte Castrense foi indagada e/ou se manifestou sobre a recepção da Lei nº 5.836/72 pela CF/88.¹²¹

Para sanar todo e qualquer tipo de dúvida, faz-se necessário analisar a jurisprudência do STF. Nesse diapasão, a suprema corte brasileira nunca se manifestou diretamente sobre a recepção da Lei nº 5.836/72 perante CF/88, contudo, há de se reconhecer a recepção de tal norma, pois o Supremo Tribunal Federal já julgou diversos processos oriundos do STM e que versavam sobre o CJ.

Para melhor visualizar o que foi abordado no parágrafo anterior, citamos os seguintes casos levados à apreciação do STF: i) MS 32970; ii) Ag Reg 27889; iii) RE 318469; iv) Agravo 895.204; v) HC 97.119-9. Todos esses casos versam sobre CJ e as datas dos julgamentos foram, respectivamente, 16/02/2016; 24/11/2015; 26/02/2002; 01/12/2015; e 14/04/2009.¹²²

Em relação à indagação que suscita se a Lei nº 5.836/72 foi recepcionada ou não pela CF/88, pode-se concluir que a norma foi recepcionada e que está em pleno vigor.

Insta esclarecer que o instituto mais eficiente para sanar essa questão foi justamente a jurisprudência¹²³. Caso a autoridade administrativa militar tivesse optado por consultar somente a doutrina, haveria um grande risco de chegar ao resultado final não verdadeiro. Isto aconteceria caso a autoridade administrativa, por exemplo, optasse por fazer um estudo “raso” e decidisse com base na doutrina minoritária.

Exemplificativamente, citamos que o autor Roth, em seu artigo intitulado “A Incompatibilidade da Lei do Conselho de Justificação (Lei Federal nº 5.836/72) Diante da Constituição Federal”, defende a tese de que a retro citada lei não foi recepcionada pela Magna Carta. Corroborando em parte com esse pensamento, os operadores do direito que participaram do grupo III do I Encontro Nacional do Ministério Público com Atuação Perante

¹²¹ Julgados disponíveis em: < <https://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s7=90&l=30&d=SAM1&p=1&u=l&r=1&f=S&n=TEOR>>. Acesso em: 17/08/2017.

¹²² Todos esses julgados estão disponíveis no site oficial do STF.

¹²³ Tal pensamento possui similaridade com o neoconstitucionalismo e com a constitucionalização do direito administrativo, pois a jurisprudência baseou-se em aspectos constitucionais para dar validade a Lei nº 5.836/72.

a Justiça Militar, ocorrido em Brasília-DF, em 11 de Junho de 2015, defendem a incompatibilidade da referida Lei com a carta política de 88 no que tange a legitimidade para provocar a atuação do STM.¹²⁴

De forma similar, o autor Jorge Cesar de Assis¹²⁵ também defende a não recepção da Lei 5.836/72 no que tange a legitimidade para provocar o julgamento do CJ no STM.

Contraopondo-se ao pensamento dos autores Roth e Assis e também de alguns membros do MP, defendem a recepção da Lei os seguintes autores: José Julio Pedrosa, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Jorge Luiz Nogueira de Abreu, João Batista Fagundes, Elbert da Cruz Heuseler, dentre outros.

Neste momento é importante destacar que não basta usar qualquer instituto jurídico/administrativo para sanar as omissões e/ou conflitos. A autoridade deve utilizar a ferramenta mais adequada/coerente ao caso concreto¹²⁶.

Exemplificando o que foi dito no parágrafo anterior, se a autoridade optasse por tratar a questão arguida no HC 127.900 como sendo uma antinomia jurídica aparente entre regras no mesmo plano hierárquico, ou seja, conflito entre o CPP e o CPPM, o resultado, segundo os critérios para a solução de antinomias (critério da especialidade) seria a favor do CPPM. Contudo, como o raciocínio adotado foi que a antinomia acontecia entre o CPPM e a CF/88, logo, o resultado foi diverso ao exemplo anterior, ou seja, o resultado foi favorável a aplicação do art. 400 do CPP no rito do CPPM.¹²⁷

Após essas breves considerações, será dado prosseguimento aos trabalhos, desta vez realizando uma análise dos artigos da Lei nº 5.836/72 com um “olhar” mais crítico. O art. 1º da Lei apresenta uma singela definição, bem como apresenta qual a finalidade do CJ. Nesse espeque, a lei declara que “O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas – militar de carreira – para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar”.

O parágrafo único amplia a aplicação do CJ aos militares da reserva ou reformados.

¹²⁴ Pela previsão da Lei 5.836/72 após concluir os trabalhos referentes ao CJ, o Comandante da Força envia os autos diretamente para o STM e após os trâmites necessários ocorre o julgamento. O grupo III defende que os autos devem ser enviados para o MP para que aquele órgão possa ser o autor da “ação”. Manifestação do grupo III disponível em: < <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/06/conclusoes-3.pdf>>. Acesso em 17 de agosto de 2017.

¹²⁵ A opinião deste autor é manifestada no artigo intitulado “Processo de Justificação de oficiais militares perante o Tribunal competente: rito não recepcionado e necessidade de se dar tratamento conforme a Constituição Federal.”

¹²⁶ Para maiores esclarecimentos aconselha-se a leitura na íntegra do HC 127.900, bem como dos julgados apontados na nota de rodapé nº 114.

¹²⁷ Informações extraídas do inteiro teor do Acórdão do HC 127.900 (páginas 8-15).

As dúvidas referentes ao art. 1º, conforme já mencionadas são: i) qual tipo de julgamento o legislador está se referindo (criminal, moral, ético)? Qual a natureza do CJ? Qual o tipo de incapacidade está sendo suscitada/questionada? O aspirante a oficial é julgado no CJ? Onde o militar julgador pode encontrar quais são os parâmetros para determinar se o militar tem condições ou não de permanecer na ativa ou na reserva?

Para poder responder a essas indagações serão apresentadas algumas definições do que é o CJ segundo a doutrina. Para Fagundes (2002, p. 283) o Conselho de Justificação pode ser definido da seguinte forma:

O Conselho de Justificação é um instituto tipicamente militar e essencialmente de natureza moral, regulado em lei especial e destinado a analisar fatos que dizem respeito à conduta do oficial, sempre que, a respeito dela, houver uma acusação concreta que, uma vez comprovada, seja capaz de gerar incompatibilidade para o exercício de sua função.

Segundo o autor Roth, o CJ pode ser definido conforme o exposto abaixo:

O Conselho de Justificação é um processo especial a que é submetido o Oficial de qualquer Instituição Militar, para aferir-se da *incapacidade* do mesmo em continuar *no serviço ativo ou na inatividade*, submetendo-o ao julgamento *ético e moral* do Poder Judiciário, cuja sanção maior é a *perda de sua vitaliciedade*, ou seja, a *decretação da perda do posto e da patente*. É processo *judicialiforme*, com instauração primeiramente na Administração Militar e, se procedente a acusação, segue ao Poder Judiciário, para o *julgamento sobre a indignidade ou incompatibilidade* com o Oficialato do justificante (2004, p. 43).

Complementando estas informações, Mendes (2010, p.16) leciona o seguinte:

O art. 142, §3º, da Constituição Federal de 1988 prevê, em dois incisos, a possibilidade de o oficial perder o posto e a patente quando julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível. No inciso VI do referido artigo, abre-se a possibilidade de o oficial ser submetido a Conselho de Justificação que, remetido para o tribunal competente, decidirão os seus juízes se o justificante é ou não culpado. Já no inciso VII, a previsão de refere aos processos de perda do posto e da patente, tendo como pressupostos a condenação a uma pena definitiva privativa de liberdade superior a dois anos pela Justiça Comum ou Militar.

Na mesma publicação, Mendes (2010, p.16-21) suscita que a discursão sobre a natureza do Conselho de Justificação veio à baila no Processo de Justificação nº 150 no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais (TJMMG). Naquela ocasião, a autora alega que o Juiz Fernando Galvão defendeu a tese de que o TJMMG não poderia prestar a jurisdição sem ter sido provocado por parte legítima¹²⁸ e este procedimento violaria o princípio da separação dos Poderes.

O magistrado alegava, ainda, que o Poder Judiciário não poderia praticar atividades administrativas em relação aos integrantes do Poder Executivo, tendo em vista que os procedimentos judicialiformes não foram recepcionados pela CF/88.¹²⁹

¹²⁸ No entendimento do Juiz a parte legítima é o Ministério Público.

¹²⁹ Referência igual ao do parágrafo anterior.

Tal discussão dividiu os doutrinadores e o caso foi levado à apreciação do STF que decidiu que o CJ tem natureza administrativa¹³⁰, contudo, pode ser apreciado pelos Tribunais militares sem, no entanto, ser adotado os recursos próprios das leis processuais.¹³¹

De acordo com as informações acima e com a interpretação sistemática das legislações elencadas¹³², bem como os julgados do anexo “B” e bibliografia utilizada, conclui-se que o julgamento que o legislador está se referindo tem caráter essencialmente moral e/ou ético, se constitui em processo especial militar, possui natureza totalmente administrativa e/ou judicialiforme,¹³³ busca investigar se o oficial desrespeitou o preconizado no Estatuto dos Militares, em especial, os artigos 27, 28 e 31, combinado com um ou mais dos motivos do artigo 2º da Lei nº 5.836/72.¹³⁴

No que pese o aspirante a oficial receber um tratamento diferenciado (conforme já apontado na nota de rodapé nº 61), ele é praça, logo, goza de estabilidade e não vitaliciedade. O Decreto 71.500/72 (em seu artigo 1º) e o Estatuto dos Militares (em seu artigo 49) estabelecem que o aspirante a oficial é submetido ao Conselho de Disciplina, portanto, tais normas liquidam de uma vez a dúvida referente a submissão do Asp Of ao CJ.

Apenas a título ilustrativo, parte das dúvidas em relação ao artigo 2º da Lei nº 5.836/72 elencadas no item 1.5 do capítulo 1, poderão ser respondidas, conforme leciona Abreu:¹³⁵

(...) a) procedido incorretamente no desempenho do cargo. Nesse caso, a ação ou omissão do oficial deve ser praticada no exercício das atribuições, deveres e responsabilidades a ele conferidos pelo cargo militar especificado nos quadros de efetivo ou tabelas de lotação das forças armadas ou previstos, caracterizado ou definido com tal, em outras disposições legais, do qual seja titular ou ocupe interinamente (2015, p. 241).

Já a expressão “tornasse incompatível com o oficialato”, segundo Pedrosa (2002, p. 89), pode ser entendido como sendo o “Oficial cuja índole e o modo de proceder não se harmonizam com os requisitos de disciplina, liderança e cumprimento do dever militar, comprometendo irremediavelmente o seu desempenho profissional. ” A incapacidade é

¹³⁰Exemplos de julgados que trataram desse assunto no STF: REsp. 88.161-1/MG e REsp. 318.469-5/DF.

¹³¹ Idem.

¹³² As legislações elencadas são as apontadas no apêndice “A” e as apontadas no capítulo 1. Nota-se que inicialmente foi utilizado a hermenêutica para elucidar a questão.

¹³³ O procedimento judicialiforme nos TH é aquele caracterizado por ser iniciado na esfera administrativa e ser julgado na esfera judicial (STM), em conformidade ao procedimento descrito no inciso V do artigo 13 da Lei nº 5.836/72. Tal instituto era também previsto nos artigos 26 e 531 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB), contudo, em relação aos procedimentos previstos no CPPB, estes não foram recepcionados pela CF/88. O processo será 100% administrativo quando originados pela Comissão de Promoções de Oficiais.

¹³⁴ O desrespeito ao Estatuto dos Militares tem que ser gravoso a ponto do militar se tornar indigno ou incompatível para o oficialato.

¹³⁵ Defini de forma semelhante tal instituto os autores: Rosa (2011, p. 137-138) e Heuseler (2011, p.108).

caracterizada pelo fato do oficial não conseguir executar satisfatoriamente às suas atribuições devido à falta de habilidade.

As demais respostas aos questionamentos levantados no item 1.5 do capítulo 1 estão relatadas no item a seguir e/ou nas propostas das IG (anexo “B”).

3.3 ENTENDENDO MELHOR O “ATIVISMO ADMINISTRATIVO” E O SEU PODER DE EFETIVAR OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NOS CJ

O emprego do “ativismo administrativo” possibilitou “transformar” a Lei nº 5.836/72 (anexo “A” desta dissertação) no projeto de Instruções Gerais (anexo “B” desta dissertação). As futuras Instruções Gerais (IG) representam a aplicação prática do “ativismo administrativo” e possibilitam a aplicação do instituto dos TH sem qualquer tipo de vícios.

Com o intuito de fundamentar mais esse conhecimento, serão demonstrados o rito procedimental antigo e o rito procedimental novo, bem como as ferramentas que possibilitaram tal transformação.

Realizando a leitura da Lei nº 5.836/72 e da proposta da IG, conclui-se, em linhas gerais, que o rito procedimental previsto segue o seguinte formato:

Quadro 4 – Quadro comparativo entre o rito procedimental da Lei nº 5.836/72 e do rito procedimental da proposta das novas Instruções Gerais

Rito procedimental da Lei nº 5.836/72	Rito procedimental da proposta das IG
Confecção da Portaria de Nomeação	Confecção da Portaria de Nomeação
Reunião dos Membros do CJ	Reunião dos Membros do CJ
Autuação	Autuação
Confecção do Libelo Acusatório	Confecção do Libelo Acusatório
Notificação	Notificação Inicial e entrega do LA
Qualificação e Interrogatório	Sessão Inicial
Entrega do Libelo acusatório (LA)	Defesa prévia
Defesa prévia	Instrução (inquirição das testemunhas arroladas pelo CJ, inquirição das testemunhas arroladas pelo CJ e pela defesa, inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, perícias, carta precatórias, inquirição do justificante, etc.)
Instrução (inquirição do justificante e demais atos de instrução)	Vistas
Julgamento (secreto)	Alegações finais
Remessa dos autos à autoridade nomeante	Sessão de Julgamento (não é secreta)
Remessa dos autos ao STM (SFC)	Sessão de leitura
-	Remessa a autoridade nomeante
-	Remessa ao STM (SFC)

FONTE: quadro confeccionado pelo autor desta dissertação.

Acontece que o rito previsto na Lei nº 5.836/72 é bastante omissivo no que diz respeito aos prazos para executar o CJ¹³⁶, assim como possuía vício insanável de defesa. Com o escopo de possibilitar uma melhor visualização sobre o emprego do “ativismo administrativo” no instituto dos TH, a seguir está exposto um novo quadro com as informações necessárias (bem como a fundamentação) para uma perfeita execução do rito procedimental.

Quadro 5 – Justificação das alterações realizadas no rito procedimental da Lei nº 5.836/72

Nr Ord	Fato	Prazo	Amparo legal (obtido por intermédio do Atv Adm)
1	Mudança do rito procedimental	Não se Aplica ao item	<p>Fundamentam essas modificações os seguintes amparos:¹³⁷</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. jurisprudência - A jurisprudência aplicada neste item é a do HC 127.900. Tal julgado já foi estudado nesta dissertação; 2. princípio da legalidade - Previsão expressa na CF/88 do respeito aos direitos e garantias fundamentais; 3. princípio da reserva legal - Em conformidade com o previsto no artigo 1º e no § 2º e caput do 9º da Lei 5.836/72; 4. princípio do contraditório; 5. princípio da ampla defesa; 6. princípio da razoabilidade; 7. princípio da proporcionalidade; 8. princípio do interesse público; 9. princípio da eficiência; 10. princípio da motivação; 11. princípio da moralidade; 12. princípio da instrumentalidade das formas - Em conformidade com o artigo 499 do CPPM a seguir transcrito: “Art. 499. Nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”; 13. critério de solução de antinomia (critério hierárquico). A CF/88 é norma superior a Lei nº 5.836/72, logo, deve prevalecer aquela em detrimento desta no que diz respeito aos itens 2.,4. e 5. , ou seja, as previsões constitucionais devem prevalecer sobre as previsões legais da Lei nº 5.836/72 nos casos de antinomias; 14. emprego do instituto da subsidiariedade (em conformidade com a previsão legal dos artigos 17 e 18 da Lei nº 5.836/72). Tendo em vista que a Lei nº 5.836/72 não atende mais os anseios da sociedade em

¹³⁶ Aconselha-se uma nova leitura com o objetivo de identificar tais problemas. Aconselha-se, ainda, realizar uma leitura simultânea, ou seja, ler a Lei nº 5.836/72 (anexo “A”) e o projeto de IG (anexo “B”).

¹³⁷ Esses foram os principais argumentos que fundamentaram a mudança do rito procedimental.

			alguns aspectos, foram utilizados os institutos previstos no CPPM e no CPM para complementar o rito procedimental dos TH (Ex.: implementação de vistas e alegações finais no rito procedimental. Artigo 2º e 3º do CPPM); 15. poder-dever de agir da autoridade administrativa; e 16. devido processo legal - inc. LIV da CF/88.
Nr Ord	Fato	Prazo	Amparo legal (obtido por intermédio do Atv Adm)
2	Portaria de nomeação	(1) TOTAL: 00 DC	Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos: 1. princípio da reserva legal - artigo 4º da Lei nº 5.836/72 c/c caput do artigo 48 do Estatuto dos militares; 2. jurisprudência - A autoridade nomeante (Cmt da Força Armada) não pode delegar a competência para determinar a nomeação do CJ, conforme CJ nº 143 DF 1990.01.000143-4; 3. a assinatura da Portaria inicia a contagem do prazo para a execução do CJ (inteligência do art. 11 da Lei nº 5.836/72); e 4. aplicação do capítulo III e IV da proposta da nova IG no que couber.
3	Reunião dos Membros do CJ	Não existe prazo específico. TOTAL: 00 DC	Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos: 1. princípio da reserva legal - artigo 7º da Lei nº 5.836/72 c/c a aplicação subsidiária do inciso VI do artigo 27 e do inciso VI do artigo 28 do Estatuto dos Militares; 2. princípio do interesse público; e 3. princípio da eficiência.
4	Autuação	Não existe prazo específico. TOTAL: 00 DC	Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos: 1. princípio da reserva legal - artigo 6º, 7º e 8º da Lei nº 5.836/72; 2. princípio da legalidade - Previsão expressa na CF/88 de que os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados (Ex.: devido processo legal); 3. princípio do interesse público; 4. princípio da eficiência; e 5. aplicação do capítulo VI da proposta da nova IG no que couber.
5	Confecção do Libelo Acusatório	Não existe prazo específico. TOTAL: 00 DC	Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos: 1. princípio da reserva legal - artigo 9º da Lei nº 5.836/72; 2. princípio da legalidade - Previsão expressa na CF/88 de que os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados (Ex.: devido processo legal);

			<p>3. princípio do interesse público;</p> <p>4. princípio da eficiência;</p> <p>5. poder-dever de agir da autoridade administrativa; e</p> <p>6. aplicação do capítulo V da proposta da nova IG no que couber (Ex.: art.16).</p>
6	Notificação Inicial e entrega do LA	<p>Não existe prazo específico.</p> <p>TOTAL: 00 DC</p>	<p>Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos:</p> <p>1. princípio da reserva legal - artigo 7º e 9º da Lei nº 5.836/72;</p> <p>2. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 deste quadro; e</p> <p>3. emprego do instituto da subsidiariedade (em conformidade com a previsão legal dos artigos 17 e 18 da Lei nº 5.836/72) para determinar o prazo para que o justificante se apresente aos membros do CJ para a sessão inicial:</p> <p># CPPM – art. 291 prevê que o prazo mínimo para as notificações são 24 h;</p> <p># CPPM – art. 3º prevê a aplicação subsidiária do CPP no rito do CPPM;</p> <p># CPP – art. 396 e 406 (denúncia ou queixa) prevê 10 dias para a citação do acusado;</p> <p># CPP – art. 798 prevê a aplicação de dias corridos em todos os prazos. O CPPM é omissivo quanto aos dias corridos ou úteis, logo, utiliza subsidiariamente o CPP;</p> <p># a lei nº 9784/99 – art. 26, § 2º prevê 3 dias úteis para a intimação e o art. 69 prevê a aplicação desta lei aos processos específicos somente na forma subsidiária; e</p> <p># aplicando-se o poder discricionário mais os princípios da razoabilidade e proporcionalidade chega-se ao entendimento que o prazo para a notificação para a sessão inicial será de 5 dias corridos.</p>
7	Sessão Inicial	<p>5 DC</p> <p>TOTAL: 05 DC</p>	<p>Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos:</p> <p>1. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 deste quadro;</p> <p>2. critério de solução de integração das normas; e</p> <p>3. emprego do instituto da subsidiariedade (em conformidade com a previsão legal dos artigos 17 e 18 da Lei nº 5.836/72). A aplicação dos atos previstos nos artigos 32 e 33 das IG foram extraídos do CPPM [Ex.: art. 400 do CPPM (juramento) e §1º do art. 404 (leitura das peças processuais)], da antiga IG 10-04 (Ex.: item 7. Decisão do CJ sobre impedimento e suspeição e item 11. Juramento), do CPP (Ex.: art. 3º A lei processual penal admitirá a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito) e do CPC (Ex.: artigo 188; 276 e 278).</p>

			Versam sobre o princípio da instrumentalidade das formas).
8	Defesa prévia	5 DC TOTAL: 10 DC	Fundamentam esse ato administrativo os seguintes ampargos: 1. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 desta tabela; 2. critérios de integração das normas (art. 9º - 5 dias); e 3. emprego do instituto da subsidiariedade [art. 396 do CPP (caso de defesa prévia)].
9	Instrução ¹³⁸ (Testemunhas)	3 DC ¹³⁹ TOTAL: 13 DC	Fundamentam esse ato administrativo os seguintes ampargos: 1. a Lei nº 5.836/72 é omissa quanto a realização da instrução não regulando uma série de atos como: i) tempo para notificar a testemunha para a inquirição; ii) tempo para notificar o justificante para o interrogatório; iii) quantidade de testemunha que a defesa pode solicitar; iv) etc; 2. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. do item 1 desta tabela; 3. princípio da reserva legal – De acordo com os artigos 6º ao 12º da Lei nº 5.836/72; 4. critérios de integração das normas e aplicação subsidiária do CPPM [(Ex.: prazo para notificação de testemunha de no mínimo 24 h - art. 421); (Ex.: adiamento da audiência - §3º do art. 390); (Ex.: vedação à auto incriminação – 1ª parte do art. 305). Tudo do CPPM); 5. a aplicação das ferramentas permitiram a confecção do rito procedimental estabelecido na proposta das novas IG [(Ex.: seção III do capítulo VII das IG. O art. 35 da IG foi feito com base na alínea h) do art.77); e 6. para definir a quantidade de testemunha foi estudado também o art. 417, §§ 2º e 3º e o art. 455 §1º (que estabelecem o número de 3 testemunhas), o art. 676 alínea e) (que estabelece de 2 a 4 testemunhas para a acusação), o art. 679, §1º (que estabelece de 2 testemunhas para a defesa), todos do CPPM. Além disso, foi estudado o art. 406, §§ 2º e 3º do CPP (que estabelece o máximo de 8). Após analisar cuidadosamente chegou-se ao entendimento de que o mais correto seria padronizar 6 testemunhas por fato, em conformidade com o art. 77 alínea h).
10	Instrução (novas diligências) ¹⁴⁰	3 DC TOTAL:	Fundamentam esse ato administrativo os seguintes ampargos:

¹³⁸ A instrução é caracterizada por uma série de atos e procedimentos. A título de exemplo citam-se: inquirição das testemunhas arroladas pelo CJ, inquirição das testemunhas arroladas pelo CJ e pela defesa, inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, perícias, carta precatórias, etc.

¹³⁹ A Notificação prévia para cada testemunha deve obedecer ao prazo mínimo de 3 dias corridos.

		16 DC	<p>1. a Lei nº 5.836/72 é omissa quanto a realização da instrução não regulando uma série de atos como: tempo para expedir carta precatória;</p> <p>2. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 desta tabela;</p> <p>3. princípio da reserva legal – De acordo, por exemplo, com o artigo 8º e 10º da Lei nº 5.836/72 estabelece, respectivamente a possibilidade dos membros do CJ fazer repregunta ou diligenciar ouvindo o acusador quando necessário;</p> <p>4. critérios de integração das normas e aplicação subsidiária do CPPM [(Ex.: prazo para notificação de testemunha de no mínimo 24 h - art. 421); (Ex.; prazo para realizar carta precatória é aberto, ou seja, o CPPM menciona que deve ser razoável – art.359); (CPP – art. 222 - prazo para realizar carta precatória é aberto, ou seja, o CPP menciona que deve ser razoável);</p> <p>5. a lei 9.874/99 prevê no art. 41ª realização de diligências com a antecedência de 3 dias úteis; e</p> <p>6. analisando os dados do item nº 9 desta tabela mais os dados deste item chega-se ao entendimento que os demais atos devem ser precedido de no mínimo 3 dias corridos.</p>
11	Instrução (Interrogatório)	5 DC TOTAL: 21 DC	<p>Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos:</p> <p>1. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 desta tabela;</p> <p>2. poder-dever de agir da autoridade administrativa;</p> <p>3. inversão do rito conforme o estudo já realizado do HC 127.900;</p> <p>4. critérios de integração das normas e aplicação subsidiária do CPPM e do CPP [(Ex.: art. 291 e art. 3º do CPPM); (art. 406 – prazo de 10 dias para se manifestar); e</p> <p>5. compulsando a Lei nº 9.784/99, o art. 26 § 2º prevê um prazo de 3 dias úteis. Analisando todos os dados e empregando o poder discricionário e os critérios para integração das normas chega-se à conclusão que o prazo deverá ser de 5 dias corridos.</p>
12	Vistas	5 DC TOTAL: 26 DC	<p>Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos:</p> <p>1. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 desta tabela;</p> <p>2. poder-dever de agir da autoridade administrativa;</p>

¹⁴⁰ Diligências solicitadas pelos membros do CJ ou pela defesa

			<p>3. critérios de integração das normas e aplicação subsidiária do CPPM seguindo o procedimento geral explicado no final da pág. 79;</p> <p>4. compulsando a Lei nº 9.784/99, o art. 3º, inc. II prevê a garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações, contudo é omissa quanto ao prazo de vistas; e</p> <p>5. analisando todos os dados e empregando o poder discricionário e os critérios para integração das normas, chega-se à conclusão que o prazo deverá ser de 5 dias corridos para as vistas, em conformidade com o art. 427 do CPPM c/c o artigo 798 do CPP.</p>
13	Alegações finais	8 DC TOTAL: 34 DC	<p>Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos:</p> <p>1. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 desta tabela;</p> <p>2. poder-dever de agir da autoridade administrativa; e</p> <p>3. analisando todos os dados e empregando o poder discricionário e os critérios para integração das normas, chega-se à conclusão que o prazo deverá ser de 8 dias corridos para as vistas, em conformidade com o art. 428 do CPPM c/c o artigo 798 do CPP.</p>
14	Sessão de Julgamento	3 DC TOTAL: 37 DC	<p>Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos:</p> <p>1. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 desta tabela;</p> <p>2. poder-dever de agir da autoridade administrativa;</p> <p>3. extinção do julgamento secreto previsto no art. 12 da Lei ° 5.836/72. Prevalência do princípio da legalidade sobre o princípio da reserva legal;</p> <p>4. analisando todos os dados e empregando o poder discricionário e os critérios para integração das normas, chega-se à conclusão que a sessão de julgamento deve proceder em conformidade com o art.52 das novas IG; e</p> <p>5. o prazo de 3 dias corridos segue o raciocínio do item 10 desta tabela.</p>
15	Sessão de leitura	3 DC TOTAL: 40 DC	<p>Fundamentam esse ato administrativo os seguintes amparos:</p> <p>1. a modificação do rito é fundamentada em conformidade com os números 2.;4.;5.;6.;7.;8.;9.;11.;12. e 15. Do item 1 desta tabela;</p> <p>2. poder-dever de agir da autoridade administrativa; e</p> <p>3. analisando todos os dados e empregando o poder discricionário e os critérios para integração das normas, chega-se à conclusão que a sessão de julgamento deve proceder em conformidade com o art. 56 das novas IG.</p>
16	Remessa a	3 DC	Em relação a este item as normas são omissas. Com

	autoridade nomeante	TOTAL: 43 DC	base no raciocínio até aqui adotado, emprega-se o prazo de 3 dias corridos referentes a novas diligências.
17	Solução do Cmt EB	20 DC TOTAL: 63 DC	O Prazo é em conformidade com o artigo 13 da Lei nº 5.836/72 (prazo impróprio).
18	Recurso da decisão do Cmt EB	10 DC ¹⁴¹ TOTAL: 73 DC	1. Empregando os critérios de integração das normas, utiliza-se o artigo 51 do Estatuto dos militares para interpor recurso de consideração de ato nos casos de CJ oriundos da Comissão de Promoção de Oficiais (CPO) [respeito aos preceitos constitucionais]; 2. Prazo de 10 dias para interpor recurso em conformidade ao rito utilizado no CD (§ único do art.14 do D 71.500); e 3. Não existe recurso nos demais casos (utilização da alínea b) do §2º do art. 2º do CPPM).
19	Decisão Referente a Reconsideração de Ato	20 DC ¹⁴² TOTAL: 93 DC	1. Prazo de 20 dias para julgar recurso em conformidade ao rito utilizado no CD art. 15 do D 71.500 c/c art. 51 do Estatuto dos militares e preceitos constitucionais); e 2. Não existe recurso nos demais casos (utilização da alínea b) do §2º do art. 2º do CPPM).
20	Remessa ao STM (SFC) ou ao DGP	10 DC TOTAL: 73/103 DC	1. As leis são omissas. Não existe previsão legal de prazo para remeter ao STM ou ao DGP; 2. Este ato deverá ser executado o mais rápido possível; 3. Empregando os raciocínios aqui utilizados, sugere-se como prazo razoável o envio em até 10 dias corridos; 4. Prazo para concluir o CJ superior a 50 dias contrariando o princípio da reserva legal. Possibilidade da realização do feito em virtude de privilegiar os princípios do contraditório, da ampla defesa, da razoabilidade, da proporcionalidade, do interesse público, da razoável duração do processo; e 5. Utilização da jurisprudência do STM. Todos os processos de CJ duraram mais de 50 dias (Ex.: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO Nº 222-24.2013.7.00.0000 – DF)

Nota:

- (1) Os prazos para determinar a nomeação do CJ estão previstos nos artigos 17 e 18 da Lei nº 5.836/72;
- (2) DC – Dias corridos;
- (3) Não existe prazo específico para realizar o próximo ato.

Após analisar o quadro acima, nota-se que este processo administrativo ficou com características de processo judicial, tendo em vista a necessidade de respeitar os princípios da legalidade, da reserva legal, do contraditório e da ampla defesa, assim como de empregar

¹⁴¹ Somente nos CJ oriundos da CPO.

¹⁴² Somente nos CJ oriundos da CPO.

corretamente as “ferramentas” jurídicas e/ou administrativas necessárias para a elucidação deste problema.

Conforme já mencionado a confecção da nova IG seguiu fielmente este raciocínio e o resultado foi a produção de um novo Tribunal de Honra com feições mais modernas, democráticas e garantistas. Cabe enfatizar que as modificações realizadas foram todas necessárias em virtude da nova ordem jurídica vigente no país, ou seja, as mudanças realizadas não desrespeitaram, não prejudicaram e/ou alteraram o curso/finalidade do tribunal de Honra. Tais alterações foram extremamente necessárias para possibilitar o correto emprego do instituto dos Conselhos de Justificação.¹⁴³

No Exército os processos administrativos, de uma forma geral, são executados em conformidade com a Portaria nº 107, de 13 de fevereiro de 2012 [aprova as instruções gerais para a elaboração de sindicâncias no Âmbito do Exército Brasileiro (EB-IG 09.001) e dá outras providências]. Quando o EB tem a necessidade de apurar um determinado fato e/ou conceder ou retirar algum benefício aos seus administrados, esta instituição faz uso dos mandamentos da portaria citada.

A Portaria nº 107/2012 estabelece um rito procedimental muito mais simples do que o novo rito do CJ, contudo, respeita todos os direitos e garantias fundamentais. Tendo em vista os mandamentos do ordenamento jurídico pátrio (Ex.: as leis elencadas no apêndice “A”, os julgados elencados no apêndice “B”, os mandamentos da CF/88 e as “ferramentas” judiciais/administrativas), o rito procedimental dos TH teve que ser moldado em conformidade aos diversos mandamentos da lei, em especial, com a CF/88, conforme exaustivamente já comentado.

3.3.1 A mitigação dos atos administrativos vinculados nos casos de afronta aos mandamentos constitucionais

Com o intuito de permitir uma maior visualização sobre o “ativismo administrativo”, cabe, neste momento, enfatizar o poder mitigador deste instituto diante dos atos vinculados que se contrapõem aos mandamentos constitucionais.

Assim sendo, é importante abordar o que é ato vinculado, bem como aspectos relacionados à atividade administrativa, em especial, aos seus fundamentos e limites.

Em relação aos atos vinculados da administração, Mello (2010, p. 430) manifesta-se da seguinte forma:

¹⁴³ A título exemplificativo, cita-se que os recursos previstos na justiça militar não foram agregados aos institutos dos TH, pois iriam alterar a natureza do processo administrativo. Tal pensamento está em consonância com os seguintes julgados: STF (RE 20023184 69), (R Ext. 318.469-5/DF) e (RE 599.613/AC). STJ (REsp. 280.353/SP), (Ag Rg no RMS: 27315/SP), (Ag Rg no Ag: 1310990/SP) e (REsp 806643/PR).

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Por sua vez, em relação aos fundamentos e limites da atividade administrativa, Mello (2003, p. 49) novamente se manifesta conforme a transcrição abaixo:

No Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o governo dos homens, consoante a clássica assertiva proveniente do Direito Inglês. Isto significa que é ao Poder Legislativo que assiste o encargo de traçar os objetivos públicos a serem perseguidos e de fixar os meios e os modos pelos quais hão de ser buscados, **competindo à Administração, por seus agentes, o mister, o dever, de cumprir dócil e fielmente os desiderata legais, segundo os termos estabelecidos em lei.** Assim, a atividade administrativa encontra na lei seus fundamentos e limites. É próprio do Estado de Direito que se delinee na regra geral e impessoal, produzida pelo Legislativo, o quadro, o esquema, em cujo interior se moverá a Administração. Esta atuará por meio de agentes cuja qualificação específica, de direito, é a de operadores das disposições legais. (Sem grifo no original).

Do exposto, conclui-se, que a Administração não pode fazer senão aquilo que já está previsto em uma regra legal. Ratificando este pensamento, Stassinopoulos (1954, p.69) afirma que a Administração não só está proibida de atuar contra a lei como só pode agir segundo os ditames dela (visão tradicional do direito administrativo).

Conforme já abordado no item 2.5 do capítulo 2, o direito administrativo passou por uma grande transformação. A visão clássica do Direito Administrativo estabelece uma enorme vinculação aos ditames legais, não sendo incomum, encontrar autores que defendam a inércia da administração em caso de lacunas e/ou conceitos jurídicos indeterminados.

Em relação a essa paralisação administrativa, o autor Souza (1994, p. 82) defende a argumentação de que a inércia da administração pública diante de, por exemplo, conceitos jurídicos indeterminados é fato já démodé e antiquado para os verdadeiros valores do Estado Democrático de Direito.

Souza (1994, p.82), ainda, explana que a administração pública moderna para atender aos anseios constitucionais deve ser dinâmica, clara e interveniente. Para isso, os atos administrativos devem ser transparentes e, sempre que possível, solucionar as incompatibilidades existentes entre os interesses da administração e os interesses dos particulares. Para solucionar tais divergências, as autoridades administrativas devem aplicar o “quadro legislativo” que seja pertinente ao caso concreto em conformidade com a vontade finalística do legislador.¹⁴⁴

Cabe destacar que a teoria da Constitucionalização do Direito Administrativo mitiga a vinculação do administrador a norma infraconstitucional e amplia a sua vinculação a Constituição Federal.

¹⁴⁴ Segundo Souza (1994, p.82), o autor Gerson dos Santos também compartilha deste pensamento.

De forma similar ao comentado no parágrafo anterior, a teoria do “ativismo administrativo” segue o mesmo raciocínio. Compulsando a Lei nº 5.836/72 é possível afirmar que tal norma impõe à autoridade administrativa a realização de atos administrativos de caráter vinculado e discricionário¹⁴⁵.

A título exemplificativo, se fosse adotada a visão clássica do Direito administrativo, em tese, os mandamentos previstos nos artigos 7º, 9º, 11 e 12 da supramencionada lei não poderiam ser modificados em virtude de tais mandamentos possuir caráter vinculado. Para uma melhor compreensão, segue a transcrição dos artigos mencionados:

Art. 7º Reunido o Conselho de Justificação, convocado previamente por seu presidente, em local, dia e hora designados com antecedência presente o justificante, o presidente manda proceder a leitura e a situação dos documentos que constituíram o ato de nomeação do Conselho; em seguida, ordena a qualificação e o interrogatório do justificante, o que é reduzido a auto, assinado por todos os membros do Conselho e pelo Justificante, fazendo-se a juntada de todos os documentos por este oferecidos.

(...)

Art. 9º Ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1º O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.

(...)

Art. 11. O Conselho de Justificação dispõe de um prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de sua nomeação, para a conclusão de seus trabalhos, inclusive remessa do relatório.

Parágrafo único. A autoridade nomeante, por motivos excepcionais, pode prorrogar até 20 (vinte) dias o prazo de conclusão dos trabalhos.

Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.

Tendo em vista que tais dispositivos afrontam os direitos e garantias fundamentais previstos na CF/88 foi que este estudo desenvolveu uma teoria que permitisse a efetivação dos direitos e garantias fundamentais nos institutos denominados de Conselhos de Justificação.¹⁴⁶

Mais uma vez, com o escopo de melhor visualizar o que já foi exaustivamente abordado, cita-se que em oposição à força normativa do artigo 7º da Lei nº 5.836/72 tem-se o estipulado nos artigos 11, 13 e 31 da proposta das IG (anexo “B”), conforme texto colacionado abaixo:

Art. 11 É assegurado ao justificante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo, sendo-lhe facultado e ao seu defensor: acompanhar o processo, apresentar defesa prévia e alegações finais, arrolar testemunhas, solicitar reinquirições, requerer perícias, juntar documentos, obter cópias de peças dos autos,

¹⁴⁵ Em relação a discricionariiedade, este autor já realizou as devidas considerações no capítulo 2.

¹⁴⁶ A materialização da teoria do “ativismo administrativo” encontra-se presente no anexo “B” desta dissertação.

formular quesitos em carta precatória e em prova pericial e requerer o que entender necessário ao exercício de seu direito de defesa.

§ 1º **A defesa pode requerer a produção de todas as provas admitidas em direito**, desde que não atentem contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares.

(...)

Art. 13 **O justificante será notificado de todos os atos do CJ com a antecedência devida**, sendo o seu comparecimento às sessões ato de serviço, se da ativa, e obrigatório se da reserva remunerada ou reformado.

(...)

Art. 31 Em local, dia e hora designados, proceder-se-á à tomada de declarações do justificante (se houver), à inquirição das testemunhas arroladas pelo CJ e pela defesa, nesta ordem, ressalvado os casos de carta precatória, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, **qualificando-se e interrogando-se, ao final, o justificante**. (sem grifo no original).

Destaca-se, novamente, que a aplicação do “ativismo administrativo” é voltada para os casos nos quais exista flagrante afronta aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Após essas considerações, finaliza-se esse capítulo com uma série de demonstrações sobre a viabilidade jurídica/administrativa do emprego do “ativismo administrativo” nos institutos denominados de Conselhos de Justificação. Essas demonstrações possibilitaram visualizar como os institutos jurídicos/administrativos podem auxiliar a autoridade administrativa no cumprimento de suas obrigações, bem como de que forma a autoridade deve conceder os direitos e garantias fundamentais.

Restou provado neste estudo que a autoridade administrativa deve-se preocupar sempre em exercer suas atividades e obrigações em conformidade com o preconizado na CF/88¹⁴⁷, exemplo disso, foram as modificações do novo rito dos TH, conforme já demonstrado e comentado.

Caso necessário o leitor poderá, novamente, realizar uma nova análise da lei nº 5.836/72 e da proposta das IG¹⁴⁸. As Instruções Gerais contemplam mais informações sobre as modificações realizadas e representam/materializam o emprego do “ativismo administrativo”¹⁴⁹ sobre o instituto dos Tribunais de Honra.

Por fim, tendo em vista que os “institutos” abordados nos itens 2.3; 2.4; 2.5 e 3 apresentam semelhanças que podem se tornar difícil realizar a distinção entre eles, a seguir

¹⁴⁷ Tal pensamento possibilitar uma maior segurança jurídica.

¹⁴⁸ Para uma compreensão absoluta faz-se necessário realizar uma leitura atenta tanto da Lei nº 5.836/72 quanto do projeto das Instruções Gerais.

¹⁴⁹ No caso em questão, o “ativismo administrativo” foi utilizado para conceder os direitos e garantias fundamentais aos militares submetidos aos Tribunais de Honra no âmbito do Exército Brasileiro, bem como possibilitar que a autoridade administrativa militar pudesse cumprir com suas obrigações funcionais prevista na CF/88.

consta um quadro no qual são apresentados as principais semelhanças e diferenças entre tais assuntos abordados.

Quadro 6 – Semelhanças e diferenças entre o Ativismo Judicial, a Constitucionalização do Direito Administrativo, o Ativismo Administrativo e a Discricionariedade Administrativa¹⁵⁰

Características	Atv Jurd	Const Dir Adm	Atv Adm	Disc Adm
Participação mais ampla e intensa visando os valores e fins constitucionais ou o cumprimento das obrigações funcionais no que tange a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.	Sim	Sim. Restrito a esfera Adm	Sim. Restrito a esfera Adm	Em parte
Invasão na área de competência de outros poderes.	Sim	Sim	Sim	Não
Interpretação construtivista e atuação com ênfase nos direitos e garantias fundamentais segundo a CF/88 e que visam as aspirações sociais ou parte das aspirações sociais (CF como cerne de vinculação).	Sim	Sim	Sim	Em parte
a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário (ausência de norma).	Sim	Sim	Sim	Não
Declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição.	Sim	Não	Não	Não
A imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.	Sim	Não	Não	Não
Atuação diante de necessidades novas em que a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei.	Sim	Sim	Sim	Não
Estabelecimento de jurisprudência.	Sim	Não	Não	Não
Espectro de atuação e liberdade.	Máximo. Pode ter reflexo em todas as esfe-	Médio. ¹⁵¹ Restrito a esfera Adm.	Médio. ¹⁵² Restrito a esfera Adm.	Pouco. Restrito aos atos discricionários e limi-

¹⁵⁰ Uma das diferenças entre o ativismo judicial, a constitucionalização do direito administrativo, o ativismo administrativo e a discricionariedade é que o primeiro é um grande fenômeno jurídico, o segundo é uma teoria, o terceiro é um pequeno fenômeno jurídico e o quarto é um instituto.

¹⁵¹ Pode ser Grande, médio ou pequeno. Isto dependerá do caso concreto e do juízo de ponderação.

¹⁵² Idem.

	ras.			tes legais.
Vinculação da decisão na Esfera administrativa.	Sim	Sim ¹⁵³	Sim ¹⁵⁴	Sim
Vinculação da decisão na esfera judicial.	Sim	Não (regra geral)	Não (regra geral)	Não (regra geral)
Reflexo na esfera administrativa.	Sim	Sim	Sim	Sim
Utilização de critérios menos rígidos.	Sim	Sim	Sim	Sim
Existência de margem de liberdade, segundo critérios de conveniência e oportunidade com o escopo de atingir o objetivo e a finalidade legal ou constitucional.	Sim	Sim	Sim	Sim
Decisão baseada em uma análise profunda levando-se em consideração o pensamento <u>majoritário</u> da jurisprudência do STF e STM.	Sim	Não Idt	Sim	Não
Existência de juízo subjetivo.	Sim	Sim	Sim	Sim
Estabelece um espaço próprio para as autoridades independentes da divisão tradicional da separação dos poderes.	Sim	Sim	Sim	Não
Atuação segundo a lei (quando esta for constitucional).	Sim	Sim	Sim	Sim
Eventualmente atuação contra a lei (quando esta for inconstitucional).	Sim	Sim	Sim	Não
A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa.	Não	Sim	Sim	Não
Aumento da eficácia administrativa e do alargamento da discricionariedade.	Não	Sim	Sim	Não
Proatividade e interpretação proativa	às vezes	Não Idt	Sim	Não
Utilização de institutos jurídicos e administrativos para fundamentar as decisões. Tal emprego possui maior grau de intensidade do que os paramentos aceitáveis como normais nos dias atuais.	Sim	Sim	Sim	Não
Elaboração de “normas” internas pela autoridade Adm que podem contrariar a lei, portanto que esteja em harmonia com a CF/88. A elaboração normativa visa padronizar, sanar lacunas e efetivar as os direitos e garantias fundamentais.	Sim	Não Idt	Sim	Não
Visão holística e sistêmica de um campo jurídico/administrativo multidimensional. ¹⁵⁵	às vezes	Não Idt	Sim	Não

¹⁵³ Restrito a cada instituição.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Incluem as atividades envolvendo doutrina e pesquisa por intermédio de grupo de estudos e/ou cursos, além de grande grau de comprometimento. A visão holística está relacionada com o conhecer o todo, ou seja, no que pese os TH estarem inseridos no ramo do direito administrativo militar, a autoridade militar e/ou seus assessores

Fonte: quadro produzido pelo próprio autor.

Nota:

(1) Em relação aos aspectos relacionados ao ativismo judicial foi levado em consideração o pensamento dos autores Barroso, Miarelli, Nowark, Rotunda e Galvão. Em relação a constitucionalização do direito administrativo foi levado como ponto de referência o pensamento dos autores Binenbojm e Di Pietro. Em relação a discricionariedade administrativa foi levado em consideração o pensamento dos autores Mello, Di Pietro e Mendes.

(2) Utilizou-se como abreviatura das palavras ativismo judicial, constitucionalização do direito administrativo, ativismo administrativo, discricionariedade administrativa e não identificado as seguintes palavras, respectivamente: Atv Jurd, Const Dir Adm, Atv Adm, Disc Adm e não Idt.

(3) A proatividade a que o autor se refere consiste em agir com a devida antecipação (impedindo a apatia e/ou inercia administrativa), bem como em elaborar todos os atos administrativos de forma a atender as necessidades administrativas de forma excepcional, utilizando-se para isso a disciplina consciente.¹⁵⁶

(4) A interpretação proativa no ativismo administrativo, consiste em um método de interpretação obrigatória no qual a autoridade administrativa se predispõe a interpretar um determinado texto realizando o exaurimento da vontade objetiva do material jurídico. A interpretação proativa a qual o autor se refere, normalmente se inicia com uma lei infraconstitucional e/ou infra legal e termina com uma análise/ interpretação final dos ditames constitucionais de modo que ocorra o exaurimento do material jurídico interpretativo apresentado.

(5) O campo jurídico/administrativo multimencional sofre influência dos aspectos filosóficos, teóricos, institucionais, políticos, jurídicos, sociais, culturais, midiáticos, éticos, morais, etc. Em virtude da ingerência de tais aspectos sobre as dimensões supracitadas e sobre as práticas decisórias é que se faz necessário um estudo criterioso e um acompanhamento permanente por parte da autoridade administrativa para o alinhamento e a harmonização do instituto dos TH tanto com a CF/88 quanto com o ordenamento jurídico brasileiro. Tal simbiose poderá ser concretizada com o ativismo administrativo.

deverão conhecer bem os outros ramos do direito que tenham correlação com os TH (Ex: direito administrativo, direito constitucional, direito penal militar, etc.). A visão sistêmica aqui comentada consiste em conhecer os sistemas que compõem a República Federativa do Brasil que tenham relação com a atividade fim dos TH. Em outras palavras, a autoridade deverá conhecer e saber empregar os diversos institutos jurídicos e/ou administrativos aplicados neste instituto, bem como deverá conhecer a estrutura do judiciário por onde poderão tramitar os processos oriundos dos TH. Deverá também: i) saber como funciona o judiciário; ii) saber quais as características de determinados tribunais; iii) conhecer qual o pensamento dominante em cada tribunal; e iv) etc.

¹⁵⁶ A disciplina consciente é um termo muito empregado no âmbito do Exército Brasileiro e tem como significado o fato de que o profissional sempre deve agir de forma correta. O agir de forma correta está associado com um dever imposto pela consciência de cada um e não pelo fato de que o militar deve agir em decorrência de sentimentos pessoais, ou em virtude do militar estar sendo fiscalizado ou por medo de ser punido.

CONCLUSÃO

Ao abordar o tema relativo ao emprego dos institutos jurídicos e/ou administrativos por parte da autoridade administrativa com o intuito de sanar conflitos normativos e assegurar direitos e garantias fundamentais aos militares submetidos aos Tribunais de Honra (Conselho de Justificação) no âmbito do Exército Brasileiro, procurou-se verificar se tais “ferramentas” poderiam ser utilizadas pela autoridade administrativa militar, com o intuito de cumprir com suas obrigações funcionais (impedindo que os TH sejam anulados em decorrência de vícios) e, simultaneamente, defender os direitos dos militares do Exército Brasileiro.

Dessa maneira, buscou-se explorar o tema supracitado, inicialmente versando sobre o instituto dos Tribunais de Honra, posteriormente falou-se sobre o ordenamento jurídico brasileiro e as “ferramentas” que são empregadas nesse sistema. Por fim, explanou-se sobre o “ativismo administrativo” como ferramenta garantidora dos direitos e garantias fundamentais nos institutos dos Tribunais de Honra.

O estudo tomou como premissa o fato de que a Constituição Federal de 1988 caracteriza-se por ser a norma das normas e o seu descumprimento extirpa as raízes da árvore jurídica. Em virtude disso é que a Magna Carta impõe uma força vinculante a toda e qualquer atividade de aplicação e interpretação do direito, tendo como consequência uma maior segurança jurídica.

Dessa forma, foi possível comprovar que a evolução das ciências jurídicas, a omissão do legislativo em criar nova lei e o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores (STF, STM e STJ), contribuíram para que os Conselhos de Justificação nomeados pelo Exército Brasileiro até junho de 2016 não concedessem os direitos e garantias fundamentais necessários ao qual os administrados/justificantes faziam jus (Ex.: contraditório e ampla defesa).

Com o escopo de realizar este trabalho de pesquisa e elucidar as questões, fez-se necessário estudar os seguintes institutos: hermenêutica, jurisprudência, critérios para a solução de antinomias, critérios de integração das normas, discricionariedade, dentre outros.

Após o estudo, verificou-se que a autoridade administrativa militar tinha três opções: i) a primeira seria solicitar ao legislativo a edição de nova lei (conforme abordado neste trabalho, esta solução não é viável a curto prazo); ii) a segunda seria aplicar a lei atual (cumprindo assim uma obrigação legal) mesmo sabendo que o processo administrativo poderia ser anulado pelo judiciário; e iii) atuar de forma coerente e racional, utilizando-se para isso o “ativismo administrativo”.

De forma similar ao que aconteceu com o ativismo judicial, a teoria denominada, por este autor, de “ativismo administrativo”, surge com os mesmos propósitos, quais sejam, quebrar paradigmas e proporcionar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Neste trabalho, foi possível verificar que o “ativismo administrativo” desvincula a autoridade administrativa a executar um comando legal, contanto, que este comando esteja afrontando claramente aos ditames da CF/88 no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Tal pensamento privilegia uma série de institutos jurídicos tais como: i) princípio da legalidade; ii) princípio da supremacia do interesse público; iii) Princípio da eficiência; iv) princípio da razoabilidade; v) princípio da proporcionalidade; vi) jurisprudência (insta esclarecer que não é qualquer julgado que irá influenciar na tomada da decisão da autoridade administrativa. Para poder ser levada em consideração, o julgado deve possuir os mesmos requisitos do HC 127.900 [julgado estudado no capítulo 3]); vii) princípio da instrumentalidade das formas; e viii) dentre outros.

Nessa toada, no capítulo 3 foi possível verificar em que medida/como os institutos jurídicos e/ou administrativo podem auxiliar o administrador no cumprimento de suas obrigações funcionais (impedindo que os TH sejam anulados em decorrência de vícios) e, simultaneamente, como a autoridade administrativa deve conceder os direitos e garantias fundamentais aos administrados submetidos ao Conselho de Justificação (CJ).

Destaca-se que o resultado prático do “ativismo administrativo” está materializado no anexo “B” desta dissertação. Para se ter uma visão mais completa sobre o “ativismo administrativo” basta realizar uma leitura/análise do anexo A”, do anexo “B” e dos apontamentos do capítulo 3 desta dissertação.

Restou comprovado que, atualmente, por intermédio do “ativismo administrativo”, a autoridade administrativa militar está cumprindo com todas as suas obrigações funcionais prevista na CF/88 no que tange aos TH, bem como está sendo aplicado, de forma efetiva, todos os direitos e garantias fundamentais nos processos administrativos militares especiais denominados de Conselho de Justificação. Tal modus operandi teve como consequência o aumento da segurança jurídica nos institutos conhecidos como Tribunais de Honra.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. São Paulo: Método, 2010.

_____. **Manual de Direito Disciplinar Militar**. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Manual de Processos Administrativos Disciplinares Militares**. Curitiba: Juruá, 2015.

ACKERMAN, Bruce. **The Failure or The Founding Fathers**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. São Paulo: Método, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales** (trad. De Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ASSIS, Jorge Cesar de. **A declaração de indignidade e de incompatibilidade para o oficialato e a consequente declaração da perda do posto e da patente**. Disponível em: <<http://www.ego.v.ufsc.br/portal/conteudo/declara%C3%A7%C3%A3o-de-indignidade-e-de-incompatibilidade-para-o-oficialato-e-consequente-declara%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 25 jul 2017.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples Transgressão ao Processo Administrativo**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Processo de Justificação de oficiais militares perante o Tribunal com petente: rito não recepcionado e necessidade de se dar um tratamento conforme a Constituição Federal**. Disponível em: <<https://j1c2a3.jusbrasil.com.br/artigos/381644594/processo-de-justificacao-de-oficiais-militares-perante-o-tribunal-competente-rito-nao-recepcionado-e-necessidade-de-se-dar-um-tratamento-conforme-a-constituicao-federal>>. Acesso em: 25 jul 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, vol 5, nº 1, p. 23-32, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Rio de Janeiro, nº 240, p. 12/13, 2005.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Cláudio De Cicco. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo: Saraiva, v.3 p.38, 1961.

CAPEZ, Fernando; ROTH, Ronaldo João. **O Processo de Indignidade ou Incompatibilidade com o Oficialato e o Processo do Conselho de Justificação: Tratamento Isonômico e Recursal**. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas; COSTA, Ilton Garcia da; ROTH, Ronaldo João (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CARMELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 2ª ed. ,1946.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul/dez 2004.

CLÈVER, Clèmerson Merlin. **O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais**, in jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais (org. LEITE SAMPAIO, José Adércio). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylva Zanella. **Direito administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Discrecionariiedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discrecionariiedade administrativa. **Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 83-106, jan./jun.2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro, 1º Volume**, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Talking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FAGUNDES, João Batista. **A Justiça do Comandante**. 2ª ed. Brasília: Edição do autor, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa (em colaboração com Maria Helena Diniz e Ritinha A. Stevenson Georgakilas)**. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, Haroldo Erichsen da. O Conselho de Justificação. **Revista do Superior Tribunal Militar**, Brasília, v.14/15, p. 57-80, 1992/1993.

GALVÃO, José Octávio Lavocat. **Entre Kelsen e Hercules: Uma análise jurídico-filosófica**; In: **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; Menéndez, Aurelio Menéndez. **La Democracia, La Ley y el Juez**, in **El Derecho, la Ley y el Juez**. Madrid: Civitas, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HEUSELER, Elbert da Cruz. **Processo Administrativo Disciplinar Comum e Militar à luz dos Princípios Constitucionais e da Lei nº 9.784 de 1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008.158 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **El Derecho Civil em la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones**. 2ª ed. Madrid, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. **Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 30. ed, São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4.ed rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9.ed rev e atual – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Maria Paula Pimenta. Da Natureza do Conselho de Justificação. **Estudos e Informações**, Belo Horizonte, n. 27, p. 16-21, mar. 2010.

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: Estado de Direito e Ativismo judicial. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 25ª ed. Rio e Janeiro: Forense, 2003.

NOWARK, John E. ; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional Law**, St Paul: West Publishing Co., 1995.

ORNELLAS, Paulo Lopes. **Vitaliciedade dos Oficiais Militares e o Conselho de Justificação**. In: RAMOS, Dirceô Torrecillas; COSTA, Ilton Garcia da; ROTH, Ronaldo João (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação Administrativa à Juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEDROSA, José Julio. **A Perda do Posto e Patente dos Oficiais das Forças Armadas**. In: CORRÊA, Getúlio (org.). Direito Militar: artigos inéditos. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.

PEREIRA, F.H.U. Conceitos jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. **Revista CEJ**, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan/mar 2007.

PIRES, Sérgio de Ary. Uma Venerável Instituição a Serviço do Brasil. **Revista do Clube Militar**, Rio de Janeiro – RJ, n. 364, p.12-14, out 1999.

QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. **O Conselho de Justificação no Direito Militar Brasileiro**. In: CORRÊA, Getúlio (org.). Direito Militar: artigos inéditos. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REIS, Palhares Moreira. Justificação de Conduta de Militares e de Magistrados. **Revista de Administração Pública e Política**, São Paulo, n. 155, p. 15-7, maio 2011.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar: teoria e prática**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROTH, Ronaldo João. **A Incompatibilidade da Lei do Conselho de Justificação (Lei Federal nº 5.836/72) Diante da Constituição Federal**. Disponível em: <<http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/incompat-cj-cf.pdf>>. Acesso em: 25 jul 2017.

_____. **Temas de Direito Militar**. 1ª ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

SCHLESINGER JR., Artur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v.35, n.73, jan.1947.

SEGADO, Francisco Fernandes. La obsolescência de la bipolaridade tradicional (modelo americano –modelo europeu-Kelsiano) de los sistemas de justicia constitucional. **Revista de direito público**. Brasília- Porto Alegre, v1, n.2, p. 55-82, out/dez, 2003.

SILVA, Jadir. **Da legitimidade para a Propositura do Processo de Justificação**. In: RAMOS, Dirceô Torrecillas; COSTA, Ilton Garcia da; ROTH, Ronaldo João (Coord.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no Direito Brasileiro**, 2º vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SILVIA, Maria Terezinha Cauduro da. A Perda do Posto e da Patente dos Oficiais das Forças Armadas do Brasil. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, n. 44, p. 27-9, Novembro/Dezembro 2003.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des Actes Administratifs**. Sirey, 1954.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

TOSCANO, Mônica Martins, O Ato Administrativo e seus Requisitos Procedimentais. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 18, Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2009.

ANEXO A – Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o **CONGRESSO NACIONAL** decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas - militar de carreira - para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Parágrafo único. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou "ex officio" o oficial das forças armadas:

I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;

b) tido conduta irregular; ou

c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;

II - considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;

III - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

V - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerado, entre outros, para os efeitos desta Lei, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

a) estiver inscrito como seu membro;

b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;

c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou

d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Art. 3º O oficial da ativa das Forças Armadas, ao ser submetido a Conselho de Justificação, é afastado do exercício de suas funções:

I - automaticamente, nos casos dos itens IV e V, do artigo 2º; e

II - a critério do respectivo Ministro, no caso do item I, do artigo 2º.

Art. 4º A nomeação do Conselho de Justificação é da competência:

I - do Ministro da Força Armada a que pertence o oficial a ser julgado; e

II - do Comandante do Teatro de Operações ou de Zona de Defesa ou dos mais altos comandantes das Forças Singulares isoladas, para os oficiais sob seu comando e no caso de fatos ocorridos na área de sua jurisdição, quando em campanha no país ou no exterior.

§ 1º As autoridades referidas neste artigo podem, com base nos antecedentes do oficial a ser julgado e na natureza ou falta de consistência dos fatos argüidos, considerar, desde logo, improcedente a acusação e indeferir, em consequência, o pedido de nomeação do Conselho de Justificação.

§ 2º O indeferimento do pedido de nomeação do Conselho de Justificação, devidamente fundamentado, deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos do oficial, se este é da ativa.

Art. 5º O Conselho de Justificação é composto de 3 (três) oficiais, da ativa, da Força Armada do justificante, de posto superior ao seu.

§ 1º O membro mais antigo do Conselho de Justificação, no mínimo um oficial superior da ativa, e o presidente, o que lhe segue em antigüidade é o interrogante e relator, e o mais moderno, o escrivão.

§ 2º Não podem fazer parte do Conselho de Justificação:

a) o oficial que formulou a acusação;

b) os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco consanguíneo ou afim, na linha reta ou até quarto grau de consangüinidade colateral ou de natureza civil; e

c) os oficiais subalternos.

§ 3º Quando o justificante é oficial-general cujo posto não permita a nomeação de membros do Conselho de Justificação com posto superior, estes serão nomeados dentre os oficiais daquele posto, da ativa ou na inatividade, mais antigos que o justificante.

§ 4o Quando o justificante é oficial da reserva remunerada ou reformado, um dos membros do Conselho de Justificação pode ser da reserva remunerada.

Art. 6º O Conselho de Justificação funciona sempre com a totalidade de seus membros, em local onde a autoridade nomeante julgue melhor indicado para à apuração do fato.

Art. 7º Reunido o Conselho de Justificação, convocado previamente por seu presidente, em local, dia e hora designados com antecedência presente o justificante, o presidente manda proceder a leitura e a situação dos documentos que constituíram o ato de nomeação do Conselho; em seguida, ordena a qualificação e o interrogatório do justificante, o que é reduzido a auto, assinado por todos os membros do Conselho e pelo Justificante, fazendo-se a juntada de todos os documentos por este oferecidos.

Parágrafo único. Quando o justificante é oficial da reserva remunerada ou reformado e não é localizado ou deixa de atender a intimação por escrito para comparecer perante o Conselho de Justificação:

a) a intimação é publicada em órgão de divulgação na área do domicílio do justificante; e

b) o processo corre à revelia, se não atender à publicação.

Art. 8º Aos membros do Conselho de Justificação é lícito reperguntar ao justificante e às testemunhas sobre o objeto da acusação e propor diligências para o esclarecimento dos fatos.

Art. 9º Ao justificante é assegurada ampla defesa, tendo ele após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Justificação fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1º O justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Justificação, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório.

§ 2º Em sua defesa, pode o justificante requerer a produção, perante o Conselho de Justificação, de todas as provas permitidas no Código de Processo Penal Militar.

§ 3º As provas a serem realizadas mediante Carta Precatória são efetuadas por intermédio da autoridade militar ou, na falta desta, da autoridade judiciária local.

Art. 10. O Conselho de Justificação pode inquirir o acusador ou receber, por escrito, seus esclarecimentos, ouvindo, posteriormente, a respeito, o justificante.

Art. 11. O Conselho de Justificação dispõe de um prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de sua nomeação, para a conclusão de seus trabalhos, inclusive remessa do relatório.

Parágrafo único. A autoridade nomeante, por motivos excepcionais, pode prorrogar até 20 (vinte) dias o prazo de conclusão dos trabalhos.

Art. 12. Realizadas todas as diligências, o Conselho de Justificação passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.

§ 1º O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Justificação, deve julgar se o justificante:

a) é, ou não, culpado da acusação que lhe foi feita; ou

b) no caso de item II, do artigo 2º está ou não, sem habilitação para o acesso, em caráter definitivo; ou

c) no caso do item IV, do artigo 2º, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar, está, ou não, incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

§ 2º A deliberação do Conselho de Justificação é tomada por maioria de votos de seus membros.

§ 3º Quando houver voto vencido é facultada sua justificação por escrito.

§ 4º Elaborado o relatório, com um termo de encerramento, o Conselho de Justificação remete o processo ao Ministro Militar respectivo, através da autoridade nomeante, se for o caso.

Art. 13. Recebidos os autos do processo do Conselho de Justificação, o Ministro Militar, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, aceitando ou não seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:

I - o arquivamento do processo, se considera procedente a justificação;

II - a aplicação de pena disciplinar se considera contravenção ou transgressão disciplinar a razão pela qual o oficial foi julgado culpado;

III - na forma do Estatuto dos Militares, e conforme o caso, a transferência do acusado para a reserva remunerada ou os atos necessários a sua efetivação pelo Presidente da República, se o oficial foi considerado não habilitado para o acesso em caráter definitivo;

IV - a remessa do processo ao auditor competente, se considera crime a razão pela qual o oficial foi considerado culpado;

V - a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar:

a) se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está previsto nos itens I, III e V do artigo 2º; ou

b) se, pelo crime cometido prevista nos itens IV do artigo 2º o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

Parágrafo único. O despacho que julgou procedente a justificação deve ser publicado oficialmente e transcrito nos assentamentos do oficial, se este é ativa.

Art. 14. É da competência do Superior Tribunal Militar julgar, em instância única, os processos oriundos de Conselhos de Justificação, a ele remetidos por Ministro Militar.

Art. 15. No Superior Tribunal Militar, distribuído o processo, é o mesmo relatado por um dos Ministros que, antes, deve abrir prazo de 5 (cinco) dias para a defesa se manifestar por escrito sobre a decisão do Conselho de Justificação.

Parágrafo único. Concluída esta fase é o processo submetido a julgamento.

Art. 16. O Superior Tribunal Militar, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto nos itens I, III e V, do artigo 2º ou que, pelo crime cometido, previsto no item IV, do artigo 2º, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve, conforme o caso:

I - declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou

II - determinar sua reforma.

§ 1º A reforma do oficial é efetuada no posto que possui na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º A reforma do oficial ou sua demissão "ex officio" conseqüente da perda de posto e patente, conforme o caso, é efetuada pelo Ministro Militar respectivo ou encaminhada ao Presidente da República, tão logo seja publicado o acórdão do Superior Tribunal Militar.

Art. 17. Aplicam-se a esta lei, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar.

Art. 18. Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.

Parágrafo único. Os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogada a Lei nº 5.300, de 29 de junho de 1967 e demais disposições em contrário.

Brasília, 5 de dezembro de 1972; 151º da Independência e 84º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI
Alfredo Buzaid

Adalberto de Barros Nunes

Orlando Geisel

J. Araripe Macêdo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 6.12.1972 e retificado em 19.12.1972

ANEXO B¹⁵⁷

PORTARIA Nº _____ DE __ DE _____ DE 201__.

Aprova as Instruções Gerais para o Funcionamento de Conselho de Justificação no Âmbito do Exército Brasileiro (EB10-IG____) e dá outras providências.

O COMANDANTE DO EXÉRCITO, de conformidade com o previsto na Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972, no uso da competência que lhe confere o Art 4º da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; no Art 20, os incisos I e XIV, do Lei nº 5.751, de 12 de abril de 2006; e no Art 42, *caput* e parágrafo único, das Instruções Gerais para as Publicações Padronizadas do Exército (EB 10-IG-01.002), 1ª Edição, 2011, aprovadas com a Portaria nº 770, de 7 de dezembro de 2011, do Comandante do Exército, ouvido o Estado-Maior do Exército, resolve:

Art. 1º Aprovar as Instruções Gerais para o Funcionamento de Conselho de Justificação no Âmbito do Exército Brasileiro (EB 10 – IG - _____) que com esta baixa.

Art. 2º Estabelecer que esta Portaria entre em vigor na data de sua publicação, ficando os Conselhos de Justificação em andamento regidos pelas presentes IG, sem prejuízo dos atos processuais anteriormente praticados.

Art. 3º Revogar a Portaria Ministeriai nº 3.010, de 30 de novembro de 1978, do Ministro de Estado do Exército.

INSTRUÇÕES GERAIS PARA O FUNCIONAMENTO DE CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO (CJ) NO ÂMBITO DO EXÉRCITO BRASILEIRO¹⁵⁸

(EB 10 – IG ____)

ÍNDICE DOS ASSUNTOS

CAPÍTULO I – DA FINALIDADE	1º
CAPÍTULO II – DAS DEFINIÇÕES.....	2º
CAPÍTULO III – DA NOMEAÇÃO DO CJ	3º/8º
CAPÍTULO IV – DA COMPOSIÇÃO DO CJ	9º/10
CAPÍTULO V – DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	11/20
CAPÍTULO VI – DOS AUTOS	21/22
CAPÍTULO VII – DA INSTRUÇÃO E DO JULGAMENTO	
Seção I – Disposições Gerais	23/30

¹⁵⁷ Os Trabalhos para a elaboração das Instruções Gerais aconteceram da seguinte forma: inicialmente foram ouvidas as opiniões e as sugestões de todos os assessores de apoio para assuntos jurídicos do Exército sobre o tema em questão. Em seguida, os membros da Assessoria 2 (A2) do Gab Cmt Ex consolidaram tais informações e acrescentaram às suas sugestões. Posteriormente, a versão inicial foi encaminhada para a Asse AI de modo que os integrantes daquela assessoria pudessem opinar a respeito. Atos contínuos foram ouvidos novamente os diversos assessores para que pudessem ratificar e/ou retificar as ideias já elencadas na versão inicial. Em seguida, os integrantes da Asse AI e da A2 se reuniram mais 17 vezes para chegar à versão final. Posteriormente o documento foi encaminhado para a aprovação do Escalão superior. Por fim, este autor realizou as devidas adaptações das IG do CD para esta proposta das IG do CJ. Os primeiros trabalhos envolvendo a atualização do instituto dos TH ocorreram no ano de 2014 por intermédio de um simpósio organizado pela A2.

¹⁵⁸ Para a elaboração destas Instruções gerais foram levadas em consideração todas as legislações elencadas no apêndice “A”, bem como as jurisprudências elencadas no apêndice “B”.

Seção II – Da Sessão Inicial	31/33
Seção III – Das Testemunhas	34/41
Seção IV – Das Diligências.....	42/50
Seção V – Do Julgamento	51/56
CAPÍTULO VIII – DA DECISÃO DA AUTORIDADE NOMEANTE	57/59
CAPÍTULO IX – DO RECURSO E DA DECISÃO DO COMANDANTE DO EXÉRCITO	60/61
CAPÍTULO X – DOS PRAZOS	62/63
CAPÍTULO XI – DISPOSIÇÕES FINAIS	64/67

ANEXO:

CAPÍTULO I DA FINALIDADE

Art. 1º As presentes Instruções Gerais (IG) têm por finalidade regular os procedimentos para a realização de Conselho de Justificação (CJ) no âmbito do Exército Brasileiro.

CAPÍTULO II DAS DEFINIÇÕES

Art. 2º Para fins destas Instruções considera-se:

I – Acusação oficial: documento público ou particular, contendo a identificação da autoridade ou da pessoa que tenha tido conhecimento de fato (s) que se enquadre(m) nas situações descritas no inciso I do Art 2º da Lei nº 5.836/1972.

II - Conduta irregular: comportamento atentatório às normas legais e morais, seja na vida castrense como na civil pública ou privada, que torne questionável a permanência do autor na condição de militar.

III – Conselho de Justificação (CJ): processo administrativo especial destinado a julgar, sob o aspecto ético-moral, o oficial das Forças Armadas, militar de carreira da ativa, como também os oficiais da reserva remunerada ou reformadas que, por sua conduta, tornaram-se, em tese, incapazes de permanecerem na ativa ou na inatividade, proporcionando-lhes, ao mesmo tempo, condições para se defenderem.

IV – Decoro da classe: refere-se aos valores moral e social da Instituição (Exército Brasileiro) e a sua imagem ante a sociedade; representa o conceito social dos militares.

V – Defensor: advogado ou defensor público constituído pelo justificante ou oficial orientador do Exército designado pela Administração Militar, a pedido ou indicado pelo justificante.

VI – Dever militar: conjunto de vínculos racionais, morais e jurídicos que ligam o militar à Pátria e à Instituição, os quais se evidenciam pelas manifestações de dedicação e fidelidade à pátria, o respeito e o culto aos símbolos nacionais, a probidade, a lealdade, a disciplina, o respeito à hierarquia, o rigoroso cumprimento dos deveres, das obrigações e das ordens e o trato do subordinado com dignidade, com urbanidade, interesse e bondade.

VII – Disciplina: rigorosa obediência e o acatamento integral das leis, dos regulamentos, normas e disposições, correção de atitudes na vida pessoal e profissional, pronta obediência às ordens dos superiores hierárquicos e o fiel cumprimento do dever.

VIII – Ética Militar: conjunto de regras ou padrões que levam o militar a agir de acordo com o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, impondo, a cada militar, conduta moral e profissional irrepreensíveis.

IX – Hierarquia: ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações, alicerçada no culto à lealdade, à confiança e ao respeito entre chefes e subordinados, na compreensão recíproca de seus direitos e deveres, na liderança em todos os níveis, cujo respeito se consubstancia no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

X – Honra pessoal: sentimento de dignidade própria, como o apreço e o respeito de que é objeto ou se torna merecedor o militar, perante seus superiores, pares e subordinados e à comunidade em geral; refere-se à conduta como pessoa, a sua boa reputação e ao respeito de que é merecedor no seio da comunidade.

XI – Intimação: ato escrito pelo qual se dá ciência de atos processuais já praticados para conhecimento ou manifestação.

XII – Lealdade: sinceridade, franqueza, culto à verdade, fidelidade aos compromissos e, também, intenção de não ludibriar seus superiores, pares e subordinados.

XIII – Libelo acusatório: peça processual contendo a descrição minuciosa e precisa dos fatos e atos imputados ao justificante, incluindo as circunstâncias que possam influir na apreciação da conduta tida, em tese, como violadora dos preceitos éticos e morais, relacionando-a com os preceitos dos valores, da ética e dos deveres militares elencados nos Art 27, 28 e 31, respectivamente, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

XIV – Meio lícito de comunicação social: registros analógicos ou digitais de ocorrências utilizados para transmitir textos, imagens ou áudios, desde que minimamente comprovados pela Administração Militar.

XV – Notificação: ato escrito pelo qual se dá ciência para comparecimento ou execução de atos no curso do processo.

XVI – Probidade: integridade de caráter, honradez e honestidade.

XVII – Pundonor militar: dever de o militar, como indivíduo, pautar a sua conduta como a de um profissional correto; exige dele, em qualquer ocasião, em serviço ou fora dele, alto padrão de comportamento ético que refletirá no seu desempenho perante a Instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido.

XVIII – Sentimento do dever: refere-se ao exercício, com autoridade e eficiência, das funções que lhe couberem em decorrência do cargo, ao cumprimento das leis, regulamentos e ordens e à dedicação integral ao serviço.

CAPÍTULO III DA NOMEAÇÃO DO CJ

Art. 3º O CJ será nomeado a pedido ou “*ex officio*” nos termos do Art 2º da Lei 5.836/1972.

§ 1º O militar será enquadrado em uma ou mais das situações descritas no inciso I do Art 2º da Lei nº 5.836/1972 quando deixar de observar os preceitos do valor, da ética e do dever militares, preconizados, sobretudo, nos Art 27, 28 e 31 da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares).

§ 2º Quando a violação dos preceitos éticos e morais configurarem, em tese, crime, independentemente da instauração da ação penal, poderá ser determinada a nomeação ou ser nomeado o CJ, com base no inciso I do Art 2º da Lei nº 5.836/1972.

§ 3º Na hipótese de a autoridade não detiver competência para nomear o CJ, deverá informar os fatos dos quais tomou conhecimento e remeter a documentação pertinente ao Cmt Ex, respeitada a cadeia de comando e/ou canal técnico.

§ 4º No CJ nomeado simultaneamente ou em decorrência de outros processos (administrativos ou judiciais), as provas desses processos podem ser aproveitadas, desde que o justificante tenha figurado como parte e seja observado o contraditório.

§ 5º Em razão de se tratar de um processo autônomo, deverão ser inquiridos novamente o justificante e as testemunhas necessárias, de modo a esclarecer os atos ou omissões de caráter ético-moral.

Art. 4º O oficial submetido ao CJ poderá ser afastado de suas funções e obrigações a partir da data da edição da Portaria de Nomeação e até a Sessão de Leitura do Relatório do CJ, em conformidade com o Art 3º da Lei nº 5.836/1972.

§ 1º O afastamento das funções e obrigações será publicado em Boletim de Acesso Restrito da OM do justificante, juntando-se cópia aos autos.

§ 2º O oficial submetido ao CJ cumpre expediente normalmente em sua OM, permanecendo vinculado para fins administrativos e disciplinares, devendo ser autorizada a sua saída da OM, quando solicitada, a fim de aviar a sua defesa, exceto se estiver cumprindo pena restritiva de liberdade em decorrência de punição disciplinar ou decisão judicial.

§ 3º Os afastamentos do justificante da sua OM para aviar a sua defesa devem ser registrados pelo seu comandante de organização militar (Cmt OM) ou autoridade equivalente, ou ainda, por militar que tenha sido designado para realizar tal missão, sendo tais registros confeccionados em documento próprio e remetido cópia ao Presidente do Conselho que deverá anexar aos autos.

§ 4º O comandante de organização militar (Cmt OM) concederá prazo regulamentar para passagem de funções, carga e obrigações antes do afastamento do oficial de suas funções e obrigações sempre que possível.

Art. 5º A exclusão a bem da disciplina independerá de submissão ao CJ quando constar expressamente da decisão judicial transitada em julgado.

Parágrafo Único. Na hipótese de não constar a exclusão das fileiras do Exército da condenação à pena restritiva de liberdade superior a dois anos, transitada em julgado, o CJ

será nomeado com base no inciso I do Art 2º da Lei nº 5.836/1972, analisando-se a questão sob o aspecto ético-moral.

Art 6º A competência para a nomeação do CJ é sempre do Comandante do Exército ou do militar que estiver respondendo pelo Comando da Força Terrestre.

§ 1º A autoridade militar que tomar conhecimento de fato que possa submeter o oficial ao CJ deverá entrar em contato com a Assessoria de Assuntos Internos (Asse AI) do Departamento-Geral do Pessoal (DGP) e com a Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos (Asse Ap As Jurd) antes de tomar as providências elencadas no Art 4º destas IG.

Art 7º A Portaria de Nomeação do CJ deverá conter:

- I – alusão às normas que atribuem competência à autoridade nomeante;
- II – os postos, os nomes, os números de registro de identidade e as OM dos membros do CJ, com as suas funções no CJ;
- III – o posto, o nome, o número de registro de identidade e a OM do justificante;
- IV – o enquadramento do justificante no Art 2º da Lei nº 5.836/1972; e
- V – o local onde funcionará o CJ.

§ 1º A autoridade nomeante encaminhará ao Presidente do Conselho a Portaria, a qual terá como anexos os documentos inerentes ao CJ, entre os quais:

- I – cópia das Folhas de Alterações do justificante, se militar da ativa;
- II – cópia dos autos do processo criminal no caso do inciso IV do Art 2º da Lei nº 5.836/1972;
- III – cópia dos autos do processo judicial (se houver) no caso do inciso V do Art 2º da Lei nº 5.836/1972; e
- IV – cópia de documentos, registros pessoais militares e processos administrativos ou judiciais civis ou militares findos ou em execução sobre o caso em apreço.

§ 2º A Portaria de Nomeação será publicada em Boletim de Acesso Restrito (BAR) da OM da autoridade nomeante e transcrita nos BAR das OM a que pertencem os membros do Conselho e o justificante, se militar da ativa, sendo a decisão de nomeação informada ao DGP.

Art 8º As sessões do CJ não são públicas, sendo restritas às pessoas necessárias: membros do CJ, justificante e seu defensor, testemunhas e peritos.

CAPÍTULO IV DA COMPOSIÇÃO DO CJ

Art. 9º O CJ é composto por três oficiais de carreira do Exército, sendo o presidente no mínimo um oficial superior, e os que lhe seguem em antiguidade e nessa ordem o interrogante/relator e o escrivão, sendo um deles preferencialmente da mesma Arma/Quadro ou Serviço do justificante.

Art 10 Além dos previstos no § 2º do Art 5º da Lei nº 5.836/1972, são considerados:

I - impedidos de compor o CJ os oficiais que tiverem:

a) desempenhado a função de encarregado, auxiliar, perito ou testemunha em processo ou procedimento administrativo ou ainda em processo judicial que deu causa à nomeação;

b) desempenhado a função de juiz militar em processo penal militar que deu causa à nomeação;

c) cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau inclusive, que atuou nas situações citadas nas alíneas anteriores; e

d) cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau inclusive, que tenham particular interesse na decisão do Conselho de Justificação; e

II – suspeitos, devendo assim declarar-se e, se não o fizerem, podendo ser recusados pelo justificante, o oficial que:

a) seja amigo íntimo ou inimigo do justificante;

b) sustente demanda contra o justificante ou responda a processo demandado pelo justificante, ou ainda, possua cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, até o segundo grau inclusive, nas mesmas condições;

c) for procurador do justificante ou tiver como procurador o justificante, ou ainda, possuir cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim até o segundo grau inclusive, nas mesmas condições;

d) tiver dado parte oficial do crime que deu causa à nomeação do CJ;

e) tiver aconselhado o justificante em fatos relacionados à nomeação do CJ;

f) for herdeiro, donatário ou usufrutuário do justificante, bem como possuir cônjuge nas mesmas condições; e

g) for credor ou devedor do justificante.

§ 1º Sempre que possível, o Cmt/Ch imediato do justificante não deve compor o CJ.

§ 2º Qualquer membro do CJ que se julgar impedido ou suspeito de participar do Conselho deverá explicitar suas razões por escrito até um dia após tomar conhecimento da nomeação.

§ 3º A autoridade nomeante que tiver carência de oficiais solicitará ao escalão superior que designe oficiais de outras OM, preferencialmente da guarnição onde funcionará o CJ.

CAPÍTULO V DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Art. 11 É assegurado ao justificante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo, sendo-lhe facultado e ao seu defensor: acompanhar o processo, apresentar defesa prévia e alegações finais, arrolar testemunhas, solicitar reinquirições, requerer perícias, juntar documentos, obter cópias de peças dos autos, formular quesitos em carta precatória e em prova pericial e requerer o que entender necessário ao exercício de seu direito de defesa.

§ 1º A defesa pode requerer a produção de todas as provas admitidas em direito, desde que não atentem contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militar.

§ 2º O CJ poderá indeferir, mediante decisão fundamentada, pedido que incida nas hipóteses vedadas na segunda parte do § 1º do presente artigo ou quando o seu objeto for ilícito, impertinente, desnecessário, protelatório ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Art. 12 O justificante poderá realizar a sua própria defesa, sendo-lhe facultado constituir defensor em qualquer fase do processo.

§ 1º A indicação do justificante não pode dar causa a impedimento ou suspeição nem recair sobre oficial de Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos do Exército.

§ 2º Quaisquer despesas do justificante com a sua defesa correrão por sua conta.

Art. 13 O justificante será notificado de todos os atos do CJ com a antecedência devida, sendo o seu comparecimento às sessões ato de serviço, se da ativa, e obrigatório se da reserva remunerada ou reformado.

Art. 14 Quando o justificante for oficial da reserva remunerada ou reformado, opuser obstáculo à notificação ou intimação, deixar de atendê-la para comparecer perante o CJ, não for encontrado, ou estiver em lugar incerto e não sabido, deverão ser observados os seguintes procedimentos quanto à notificação ou intimação:

I – publicá-la três vezes em jornal oficial de circulação do município ou estado declarado como residência do justificante junto ao órgão pagador de inativos e pensionistas (OPIP) de vinculação (jornal de circulação diária no caso de não circular jornal oficial no local);

II – certificá-la nos autos e juntar as páginas do jornal em que constem as datas das publicações; e

III - conter:

a) nome do Presidente do Conselho;

b) nome e posto do justificante;

c) motivo da convocação com rol de testemunhas; e

d) local, dia e hora em que o justificante deverá comparecer, respeitado o prazo de cinco dias contados da última publicação.

Parágrafo Único. Os prazos para o justificante manifestar-se são de:

I – 5 dias, quando se ocultar ou opor obstáculo para não ser notificado ou intimado;

II – 15 dias, quando não for encontrado; e

III – 20 dias, quando estiver em lugar incerto e não sabido.

Art. 15 No caso de justificante revel, satisfeitas as providências relativas às notificações e publicações, se mesmo assim o justificante não comparecer, o CJ lavrará o Termo de Revelia e oficiará à Autoridade Nomeante.

§ 1º Caberá à autoridade que nomeou o CJ designar oficial orientador, que deverá estar presente a todas às sessões do CJ.

§ 2º O justificante revel que comparecer no curso do CJ não terá direito à repetição de qualquer ato, sendo notificado/intimado regularmente a partir de sua apresentação.

§ 3º O comparecimento do justificante na Sessão de Julgamento implica na sua qualificação e interrogatório.

Art. 16 O libelo acusatório conterá:

I - a qualificação do justificante (grau hierárquico, nome completo, número do registro de identidade e OM/OPIP de vinculação no caso de militar da reserva remunerada ou reformado);

II - os dispositivos legais concernentes aos valores, à ética e aos deveres militares violados com as respectivas capitulações nos Art 27, 28 e 31 da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares);

III - o relato dos fatos e a descrição dos atos em minúcias, com todas as suas circunstâncias e de forma clara e objetiva, com especificação de tempo e lugar, com eventuais apurações, punições ou condenações e conseqüências decorrentes;

IV - o enquadramento no Art 2º do Lei nº 5.836/1972; e

V - o rol das testemunhas, em número não superior a seis por fato, salvo razões fundamentadas.

Parágrafo único. O libelo acusatório deverá ser entregue ao justificante junto com a notificação para comparecer à primeira sessão do Conselho.

Art. 17 A recusa do justificante e/ou seu defensor em assinar qualquer documento relativo ao CJ deverá constar em ata, sendo, entretanto, o documento, assinado pelos integrantes do colegiado e demais participantes da sessão.

Art. 18 Caso os membros do CJ constatem que a presença do justificante poderá influir no ânimo da testemunha, de modo que prejudique a verdade do depoimento, a inquirição será feita sem contato visual com o justificante, com a presença do seu defensor se existir, consignando-se a ocorrência e os motivos que a determinaram em ata e,

posteriormente, no relatório, intimando-se o justificante de imediato sobre o teor do depoimento, no caso de não haver defensor.

Parágrafo Único. Caso o justificante se manifeste de forma a intimidar a testemunha ou essa assim se declare, a inquirição poderá ser feita em separado, com a presença do defensor do justificante se existir, consignando-se a ocorrência e os motivos em ata e, posteriormente, no relatório.

Art. 19 Sempre que o justificante, regularmente notificado para a prática de atos no processo, deixar de se manifestar tempestivamente ou permanecer inerte, o escrivão certificará tal situação nos autos mediante a lavratura de certidão.

Art. 20 O justificante deverá ser intimado da juntada aos autos de qualquer documento.

Parágrafo Único. Não devem ser juntados aos autos prontuários médicos, exceto quando apresentados pelo próprio paciente ou com a sua autorização por Termo de Consentimento, mediante autorização judicial ou do Conselho Regional de Medicina.

CAPÍTULO VI DOS AUTOS

Art. 21 As folhas do processo serão numeradas em ordem crescente com algarismos arábicos de acordo com a ordem cronológica de anexação aos autos, sendo rubricadas pelo escrivão no canto superior direito a partir da autuação, que constituirá a folha nº 1.

Art. 22 Os autos serão organizados por volumes.

§ 1º Todos os volumes terão um Termo de Abertura e um Termo de Encerramento, exceto o primeiro, que terá Termo de Abertura e Autuação, e o último que terá um Termo de Encerramento e Remessa.

§ 2º Cada volume conterá aproximadamente 200 páginas, mantendo a integridade do conteúdo de determinada peça no mesmo volume.

Art. 23 O escrivão lavrará ata a cada sessão, na qual fará constar, de forma sucinta, todas as ações realizadas, tais como as solicitações da defesa, as decisões do colegiado e quaisquer outros incidentes ocorridos, e que será assinada por todos os membros do Conselho, pelo justificante e seu defensor, se houver.

CAPÍTULO VII DA INSTRUÇÃO E DO JULGAMENTO

Seção I Disposições Gerais

Art. 24 O CJ deve diligenciar no sentido de trazer aos autos provas que confirmem ou não a violação dos valores, da ética e dos deveres militares, conforme descrito no libelo acusatório.

Art. 25 O Presidente do CJ determinará as ações mediante despacho, sendo o seu cumprimento certificado pelo Escrivão mediante termo, o qual consignará eventuais razões que impedirem o seu cumprimento, bem como a data.

Art. 26 As sessões serão realizadas durante o dia, entre as 7 (sete) e as 18 (dezoito) horas.

§ 1º O depoimento que não for concluído até 18 (dezoito) horas será encerrado, devendo prosseguir no primeiro dia útil seguinte, em hora determinada pelo presidente do CJ.

§ 2º Excepcionalmente e de forma justificada, as sessões poderão ser realizadas, ou mesmo prolongadas, para além do citado horário.

Art. 27 Os depoimentos não terão mais de quatro horas consecutivas, havendo intervalo de meia hora sempre que ultrapassarem esse tempo.

Art. 28 Constitui a qualificação: grau hierárquico ou profissão se civil, nome completo, número de registro da identidade militar ou civil, OM se militar da ativa, naturalidade, idade, filiação, estado civil, grau de instrução, endereço e OPIP de vinculação no caso de militar da reserva remunerada ou reformado.

Art. 29 As notificações/intimações determinadas pelo Presidente do Conselho serão feitas:

I - diretamente ao justificante e ao seu defensor, se houver, por um dos membros do Conselho;

II - diretamente ao justificante ou testemunha presas por um dos membros do Conselho, sendo cientificada à autoridade que tiver a sua custódia, após a devida autorização judiciária ou militar para o afastamento da prisão;

III - ao Cmt/Ch/Dir nos casos dos demais militares da ativa ou funcionários públicos em atividade; e

IV - diretamente aos militares da reserva remunerada ou reformados, funcionários públicos aposentados ou civis por um dos membros do Conselho.

Parágrafo Único – No caso do destinatário residir fora do local onde funciona o CJ, as notificações/intimações poderão ser feitas pelo Correio com Aviso de Recebimento ou por intermédio de Unidade Militar mais próxima.

Art. 30 A falta não justificada do justificante regularmente intimado a qualquer ato do CJ, implicará nas seguintes providências por parte do Presidente do CJ:

I - informar o fato ao Cmt do justificante para fins disciplinares;

II - na primeira falta ao longo de todo o CJ, suspender o ato após 30 (trinta) minutos de tolerância e remarcar-lo para nova data, notificando o justificante e seu defensor e registrando o ocorrido em ata; e

III - a segunda e demais faltas não justificadas do justificante regularmente intimado não obstarão o prosseguimento dos trabalhos do CJ, após trinta minutos de tolerância, sendo o fato registrado em ata.

Parágrafo Único. Na hipótese de falta injustificada de oficial da reserva remunerada ou reformado aplicam-se os Art 14 e 15 destas IG referentes à revelia.

Art. 31 Em local, dia e hora designados, proceder-se-á à tomada de declarações do justificante (se houver), à inquirição das testemunhas arroladas pelo CJ e pela defesa, nesta ordem, ressalvado os casos de carta precatória, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, qualificando-se e interrogando-se, ao final, o justificante.

Seção II Da Sessão Inicial

Art. 32 A Sessão Inicial tem o seguinte roteiro:

I - abertura da Sessão pelo Presidente do CJ;

II - verificação da presença do justificante;

III - verificação da constituição de defensor pelo justificante;

IV - prestação do compromisso pelos membros do CJ;

V - verificação de impedimento e suspeição arguida pelo justificante ou seu defensor e decisão do Conselho;

VI - leitura da Portaria de Nomeação, do boletim de acesso restrito que publicou o afastamento do justificante das suas funções e obrigações e do libelo acusatório;

VII - juntada de documentos oferecidos pelo justificante mediante despacho do Presidente do CJ;

VIII – notificação do justificante de dia e hora para oitiva de testemunhas arroladas pelo Conselho;

IX – notificação do justificante para apresentar defesa prévia com o rol de suas testemunhas em número não superior a seis por fato, salvo razões fundamentadas;

X - encerramento da Sessão pelo Presidente do CJ; e

XI - elaboração da ata da Sessão pelo Escrivão e sua assinatura por todos os presentes.

Parágrafo único. As demais sessões seguirão esse roteiro com as adaptações necessárias.

Art. 33 O compromisso dos membros do CJ será prestado solenemente, com todos os presentes à Sessão Inicial em pé, da seguinte forma:

I - o Presidente lerá, em voz alta: “PROMETO APRECIAR COM IMPARCIAL ATENÇÃO OS FATOS QUE ME FOREM SUBMETIDOS E JULGÁ-LOS DE ACORDO COM A LEI E A PROVA DOS AUTOS!”; e

II - terminada a leitura, os demais membros dirão, em voz alta: “ASSIM O PROMETO!”

Parágrafo Único – O Escrivão lavrará o Termo de Compromisso a ser assinado pelos membros e juntado aos autos.

Art 34 - O impedimento e a suspeição arguidos pelo justificante ou seu defensor, de forma verbal ou escrita, sempre fundamentada, será registrada em ata e juntada aos autos se escrita.

§ 1º Os membros do CJ decidirão sobre os casos de impedimento e suspeição, por maioria, na própria Sessão Inicial, devendo a decisão fundamentada ser registrada em ata.

§ 2º Considerado procedente qualquer impedimento ou suspeição, o Presidente do CJ solicitará à autoridade nomeante a substituição do(s) oficial (is) e a suspensão dos trabalhos até que novo membro seja nomeado.

§ 3º A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando o justificante injuriar qualquer dos membros do CJ, ou de propósito der motivo para criá-la.

Seção III Das Testemunhas

Art. 35 O justificante deverá indicar suas testemunhas, em número não superior a seis por fato constante do Libelo Acusatório, salvo razões fundamentadas, por ocasião da apresentação de sua defesa prévia.

Parágrafo Único - A não apresentação da defesa prévia no prazo será certificada nos autos mediante termo.

Art. 36 Ao comparecer para depor, a testemunha será qualificada e declarará se é parente, e em que grau, do justificante e do acusador se houver e quais as suas relações com eles.

§ 1º A testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade sobre o que souber e lhe for perguntado.

§ 2º Não prestam o compromisso de que trata o § 1º deste artigo os doentes e deficientes mentais, os menores de quatorze anos, nem os ascendentes, os descendentes, os afins em linha reta, o cônjuge, ainda que separado de fato ou judicialmente, a companheira com quem o justificante viva em união estável, e os irmãos do justificante bem como pessoa que, com ele, tenha vínculo de adoção.

Art. 37 As pessoas proibidas por lei de depor, em razão do dever de guardar segredo relacionado com a função, ministério, ofício ou profissão, desde que desobrigadas pela parte interessada, poderão dar o seu testemunho.

Art. 38 A testemunha será inquirida sobre o objeto da acusação, o que sabe ou que tem razão de saber, a respeito dos fatos e circunstâncias que com o mesmo tenham pertinência, sempre sob viés ético moral.

§ 1º A testemunha não poderá manifestar suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

§ 2º Antes de iniciado o depoimento da testemunha, o justificante e/ou seu defensor poderão contraditar a testemunha quanto a sua idoneidade ou arguir circunstâncias

ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé. Tais motivações deverão constar do termo de inquirição, bem como a resposta da testemunha quanto à sua idoneidade e a decisão do colegiado sobre o prosseguimento ou não da inquirição, seja como testemunha compromissada ou não.

Art. 39 A testemunha poderá, após a leitura do depoimento, pedir a retificação de tópico que não tenha, no seu entender, traduzido fielmente a declaração.

Parágrafo Único. Caso a testemunha queira suprimir resposta ou alterá-la substancialmente, isso deve ser registrado no depoimento, mantendo-se a resposta original.

Art. 40 As testemunhas serão ouvidas de per si, de modo que uma não possa ouvir o depoimento da outra.

Art. 41 Se a pessoa ouvida não souber ou não puder assinar, o Escrivão certificará o fato, sendo o depoimento assinado pelos demais membros do CJ, pelo justificante e por seu defensor.

Art. 42 Quando a testemunha se encontrar em local diverso daquele onde funciona o CJ, poderá ser ouvida por autoridade do lugar onde se encontra, preferencialmente militar, expedindo-se para esse fim, carta precatória.

§ 1º O justificante e/ou seu defensor poderão comparecer à oitiva da testemunha, podendo fazer perguntas por intermédio do encarregado da execução da precatória que, nesse caso, deverá ser mais antigo do que o justificante.

§ 2º A expedição de carta precatória não suspenderá a instrução.

Seção IV Das Diligências

Art. 43 Na tomada de qualquer depoimento, o CJ poderá indeferir as perguntas impertinentes, desnecessárias, protelatórias, distanciadas ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos, devendo constar do termo de inquirição a pergunta e a motivação para o seu indeferimento.

Art. 44 O CJ pode inquirir o acusador ou receber, por escrito, seus esclarecimentos.

Art. 45 O interrogante/relator fará as perguntas planejadas pelo Conselho, ditando as respostas ao escrivão.

§ 1º Os membros do Conselho farão as próprias perguntas ao declarante.

§ 2º As perguntas da defesa serão feitas por intermédio do presidente.

§ 3º A defesa não poderá intervir ou influir nas perguntas e nas respostas. Questões de ordem serão resolvidas pelo presidente.

§ 4º As testemunhas arroladas pelo Conselho serão inquiridas primeiramente pelos membros do Colegiado, ficando as perguntas da defesa para o final.

§ 5º As testemunhas arroladas mutuamente pelo Conselho e pela defesa serão ouvidas após as arroladas somente pelo Conselho e antes das arroladas apenas pela defesa,

sendo inquiridas primeiro pelo conselho e em seguida pela defesa, salvo se os membros do CJ desistirem da inquirição.

Art. 46 As diligências, tantas quantas forem necessárias, poderão consistir em notificação de novas testemunhas, requisição de processos administrativos, solicitação de cópias de processos judiciais, juntada de documentos, reconhecimento de pessoas ou coisas, vistorias, inspeções, perícias, acareações, solicitação de busca e apreensão ou quaisquer providências para o esclarecimento dos fatos.

Parágrafo único. A busca e a apreensão, bem como as quebras de qualquer tipo de sigilo, somente poderão ser realizadas por determinação judicial, após pedido apresentado à autoridade julgante, por intermédio da Advocacia-Geral da União (AGU).

Art. 47 Por ocasião do interrogatório e após a sua qualificação, o Presidente informará ao justificante de que não está obrigado a responder às perguntas e que o seu silêncio não importará confissão, nem será interpretado em prejuízo de sua defesa.

Parágrafo Único. Consignar-se-ão as perguntas que o justificante deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo se apresentadas.

Art. 48 O justificante poderá, em qualquer fase do processo até o escoamento do prazo para apresentação de alegações finais, solicitar a juntada de documentos.

Art. 49 Se houver dúvida quanto à sanidade mental do justificante, o presidente do CJ solicitará à autoridade nomeante a submissão daquele à Inspeção de Saúde para fins de Justiça e Disciplina, de acordo com o previsto na legislação específica.

§ 1º Nesse caso, fica suspenso o processo, salvo a prática de diligências que possam ficar prejudicadas com o adiamento.

§ 2º O justificante será intimado da submissão à Inspeção de Saúde para fins de Justiça e Disciplina, a fim de apresentar quesitos para Junta de Inspeção de Saúde Especial (JISE), além dos seguintes:

I - se o justificante sofre de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado;

II - se no momento da(s) ação (ões) ou omissão (ões) o justificante se achava em algum dos estados referidos no inciso anterior;

III - se, em virtude das circunstâncias referidas nos incisos antecedentes, possuía o justificante capacidade de entender o caráter ilícito, imoral, antiético, desonroso ou indecoroso do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento;

IV - se a doença ou deficiência mental do justificante, não lhe suprimindo, diminuiu-lhe, entretanto, consideravelmente, a capacidade de entendimento da ilicitude, da imoralidade, da falta de ética, da desonra ou da falta de decoro da (s) conduta(s) praticada(s) por ocasião do(s) fato(s) ou a sua capacidade de autodeterminação, quando o(s) praticou; e

V - outros a critério do CJ.

§ 3º Serão encaminhadas à Junta de Inspeção de Saúde Especial (JISE) cópias de documentos pertinentes.

Art. 50 Terminadas todas as diligências e reunidas as provas necessárias à completa elucidação dos fatos, obedecidas às formalidades e exigências legais, o CJ lavrará o Termo de Encerramento da Instrução e notificará o justificante e seu defensor, se houver, para ter vista dos autos e requerer o que julgar de direito.

§ 1º Requeridas novas diligências, o CJ determinará as medidas que julgar convenientes ao processo.

§ 2º Se o justificante não se manifestar, tal fato será certificado nos autos.

Art. 51 Encerradas as providências do artigo anterior, o CJ notificará o justificante e seu defensor, se houver, para apresentação de alegações finais.

Seção V Do Julgamento

Art. 52 A Sessão de Julgamento para a deliberação do Relatório tem o seguinte roteiro:

I - abertura da Sessão pelo Presidente do CJ;

II - leitura das principais peças do CJ:

a) Portaria de Nomeação;

b) Libelo Acusatório;

c) exame de corpo de delito e a conclusão de outros exames ou perícias;

d) interrogatório do justificante; e

e) qualquer outra, por proposta dos membros do CJ ou por solicitação do justificante ou da sua defesa;

III - concessão de até três horas para que o justificante ou o seu defensor realizem sustentação oral;

IV - apresentação do voto de cada integrante do CJ, por ordem inversa de hierarquia;

V - proclamação do resultado pelo presidente do CJ;

VI - notificação do justificante para Sessão de Leitura do Relatório;

VII - encerramento da Sessão pelo Presidente do CJ; e

VIII - elaboração da ata da Sessão pelo Escrivão e sua assinatura por todos os presentes.

Art. 53 O CJ decidirá se o justificante é, ou não, culpado de cada acusação que

lhe foi feita no Libelo Acusatório, está ou não, sem habilitação para o aceso em caráter definitivo ou se, em razão da condenação que lhe foi imposta, está ou não incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade.

Art. 54 Concluída a Sessão de Julgamento, será confeccionado Relatório, completo e objetivo, com menção às páginas onde se encontram nos autos os fatos relatados, contendo um parecer conclusivo sobre as apurações realizadas, as rubricas dos membros do Conselho no canto inferior direito de todas as suas folhas e a assinatura na última, constituído de quatro partes:

I - Introdução: menção à Portaria de Nomeação, a descrição sucinta do(s) fato(s) a ser (em) apurado(s) e os dados de identificação do justificante;

II - Diligências Realizadas: relação das ações desencadeadas pelo CJ;

III - Parte Expositiva: resumo conciso e objetivo dos fatos e uma análise comparativa e valorativa das provas, destacando aquelas que formaram a convicção do colegiado; e

IV - Parte Conclusiva: conclusões fundamentadas nas provas contidas nos autos e no relatado na parte expositiva, consignando os motivos pelos quais o colegiado considerou o justificante:

a) culpado ou não culpado das acusações que lhe foram feitas, nos casos dos incisos I, III e V do Art 2º do Lei 5.836/1972;

b) está ou não sem habilitação para o acesso em caráter permanente, no caso do inciso II do Art 2º do Lei 5.836/1972; ou

b) incapaz ou não de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade no caso do inciso IV do Art 2º do Lei nº 5.836/1972, levando em consideração os preceitos de aplicação da pena, entre os quais:

1) gravidade do crime praticado;

2) personalidade do réu;

3) intensidade do dolo;

4) maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano;

5) meios empregados;

6) modo de execução;

7) motivos determinantes;

8) circunstâncias de tempo e lugar;

9) antecedentes do réu; e

10) atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu após o crime.

Parágrafo único. Na hipótese do CJ nomeado com amparo no inciso III do Art 2º do Lei nº 5.836/1972, deverá ser avaliado o potencial ofensivo da conduta aos valores e à

ética e ao dever militar (art. 27, 28 e 31 da Lei nº 6.880/1980).

Art. 55 A justificação por escrito de voto vencido, se houver, será juntada aos autos até a Sessão de Leitura do Relatório.

Art. 56 A Sessão de Leitura do Relatório tem o seguinte roteiro:

I - abertura da sessão pelo Presidente do CJ;

II - leitura do Relatório pelo Escrivão; e

III - entrega de uma cópia do Relatório e, se for o caso, do Voto Vencido, ao justificante, mediante recibo;

IV – notificação do justificante e seu defensor, se houver, do prazo de 10 (dez) dias para interposição de recurso à autoridade nomeante;

V - encerramento da Sessão pelo Presidente do CJ; e

VI - elaboração da ata da Sessão pelo Escrivão e sua assinatura por todos os presentes.

Parágrafo Único. O justificante ou seu defensor, se houver, poderá dispensar a leitura do Relatório, devendo tal fato ser registrado em ata.

Art. 57 o Presidente do Conselho encaminhará os autos para o Comandante do Exército para as medidas decorrentes no mais curto prazo possível.

CAPÍTULO VIII DA DECISÃO DA AUTORIDADE NOMEANTE

Art. 58 A Autoridade Nomeante, dentro do prazo de 20 (vinte) dias do recebimento dos autos, aceitando ou não o julgamento do CJ, despachará de forma motivada e justificada, determinando:

I - o arquivamento do processo se considera procedente a justificação;

II - a instauração de processo administrativo disciplinar, se considerar transgressão disciplinar a razão pela qual o oficial foi julgado culpado;

III- na forma do Estatuto dos Militares, e conforme o caso, a transferência do justificante para a reserva remunerada ou os atos necessários a sua efetivação pelo Presidente da República, se o oficial foi considerado não habilitado para o acesso em caráter definitivo;

IV - a remessa do processo ao auditor competente se considerar crime a razão pela qual o justificante foi julgado culpado; ou

V - a remessa do processo ao Superior Tribunal Militar:

a) se a razão pela qual o justificante foi julgado culpado está prevista nos itens I, III ou V do Art 2º do Lei 5.836/1972; ou

b) se, pelo crime cometido, previsto no item IV do Art 2º do Lei 5.836/1972, o justificante foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou de ostentar a condição de militar na inatividade.

Art. 59 A decisão da autoridade nomeante será publicada em Boletim de Acesso Restrito e comunicada, mediante recibo, ao justificante e ao seu defensor.

Art. 60 A Autoridade Nomeante, no caso previsto no inciso II da Lei nº 5.836/72, só poderá efetivar a sua decisão, após transcorrido o prazo recursal sem que o justificante não tenha interposto recurso ou ainda, após a decisão desfavorável ao oficial no caso de interposição de recurso.

CAPÍTULO IX DO RECURSO E DA DECISÃO DO COMANDANTE DO EXÉRCITO

Art. 61 O justificante ou seu defensor poderão interpor recurso da decisão da Autoridade Nomeante ao Comandante do Exército, por intermédio da OM/OPIP de vinculação do justificante ou diretamente à Autoridade Nomeante, no prazo de 10 dias, após tomar conhecimento oficialmente da decisão proferida.

§ 1º O recurso será encaminhado pelo justificante e/ou seu defensor, diretamente ao Comandante do Exército, somente no caso previsto no inciso II da Lei nº 5.836/72 .

§ 2º Nos demais casos não cabe recurso da decisão do Comandante do Exército.

§ 3º A decisão do Comandante do Exército será publicada em Boletim de Acesso Restrito do Exército e comunicada, mediante recibo, ao justificante e ao seu defensor.

§ 4º Nos casos de reforma ou exclusão a bem da disciplina do justificante, a decisão do Comandante do Exército será comunicada à autoridade competente para a efetivação desses atos.

§ 5º Nos casos de arquivamento e aplicação de pena disciplinar, os autos do CJ serão encaminhados ao Comandante do oficial justificante para execução das medidas decorrentes.

§ 6º Em qualquer caso, a decisão final do Comandante do Exército será informada ao DGP para acompanhamento das medidas decorrentes.

CAPÍTULO X DOS PRAZOS

Art. 62 Todos os prazos do CJ contam-se em dias corridos, sendo de:

I - 3 (três) dias: para notificações para oitiva de testemunhas, diligências, acareações, apresentação de quesitos em carta precatória e perícias, vistas de documentos, notificações para as sessões de Julgamento e de Leitura do Relatório, e demais atos cujos prazos não tenham sido especificados;

II - 5 (cinco) dias: para notificação para Sessão Inicial, apresentação da defesa prévia a realização da primeira sessão do Conselho, interrogatório e vistas dos autos para requerer diligências complementares;

III - 8 (oito) dias: para apresentação de alegações finais e solicitação de prorrogação de prazo por parte do CJ à Autoridade Nomeante;

IV - 10 (dez) dias: para interposição de recurso por parte do justificante da decisão da Autoridade Nomeante em relação ao previsto no inciso II do Art 2º da Lei nº 5.836/72;

V - 20 (vinte) dias: para cada prorrogação de prazo fundamentada para conclusão dos trabalhos do CJ, decisão da Autoridade Nomeante e julgamento do recurso pelo Comandante do Exército; e

VI - 30 (trinta) dias: para conclusão do CJ como tempo inicial.

§ 1º Os prazos iniciam e terminam em dias úteis, com expediente normal na OM onde funciona o CJ ou onde os atos devam ser praticados.

§ 2º Na contagem dos prazos excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o dia do encerramento.

§ 3º A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 4º Qualquer concessão de prorrogação do prazo para conclusão dos trabalhos do CJ deve ser publicada em Boletim de Acesso Restrito, juntando-se cópia das folhas pertinentes do Boletim aos autos do CJ.

CAPÍTULO XI DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 63 O Presidente do CJ participará os fatos que não sejam objeto do CJ e que tenham indícios de crime ou transgressão disciplinar à Autoridade Nomeante para as devidas providências.

Art. 64 Cabe ao Presidente do Conselho a manutenção da ordem e da disciplina durante as sessões, podendo, dentre outras medidas, cassar a palavra de quem utilizar de linguagem incompatível com o decoro e a disciplina militares ou, ainda, ofensiva à autoridade pública, registrando o fato em ata, bem como adotando as providências decorrentes em relação a comportamentos inadequados.

Art. 65 Aplicam-se a estas Instruções Gerais, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Art. 66 Integram às presentes Instruções Gerais os modelos exemplificativos anexos, que deverão ser adaptados conforme o caso.

Art. 67 Os casos omissos serão resolvidos pelo Comandante do Exército.

APÊNDICE A – Relação das leis aplicáveis aos Conselhos de Justificação

Nr Ord	Legislação
1	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
2	Lei nº 5.836, de 5 de dezembro de 1972 (Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências).
3	Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Dispõe sobre o Estatuto dos Militares).
4	Decreto – Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar).
5	Decreto – Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar).
6	Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).
7	Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro).
8	Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)).
9	Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 (Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares).
10	Lei nº 7.524, de 17 de julho de 1986.
11	Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).
12	Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960 (Dispõe sobre as Pensões Militares).
13	Regimento Interno do STM.
14	Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002 (Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências).
15	Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972 (Dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas e dá outras providências).
16	Decreto nº 71.500, de 5 de dezembro de 1972 (Dispõem sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências).
17	Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados, e dá outras providências).
18	Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código Penal).
19	Portaria nº 156, de 18 de março de 2013 (Aprova as Instruções Gerais sobre as Assessorias de Apoio para Assuntos Jurídicos no âmbito do Exército e dá outras providências).
20	Portaria nº 1.392, de 25 de outubro de 2016 (Aprova o Vade – Mécum de Cerimonial Militar do Exército- Valores, Deveres e Ética Militares EB10-VM-12.010, 2ª edição, 2016).
21	Portaria Ministerial nº 1.193, de 16 de agosto de 1976 (IG 10-04).
22	Portaria Ministerial nº 3.010, de 30 de novembro de 1978 (Manda adotar formulários sobre o funcionamento dos Conselhos de Justificação).
23	Portaria Ministerial nº 315, de 29 de março de 1982 (IG 10-04 Altera).
24	Portaria nº 1.495, de 11 de dezembro de 2014 (Delega competência para a prática de atos administrativos e dá outras providências).
25	Portaria nº 155, de 29 de fevereiro de 2016 (que aprovou o mais novo Regulamento do Departamento-Geral do Pessoal.), alterada pela Portaria 597 – Cmt Ex, de 02 de JUN 16.

Fonte: quadro elaborado pelo próprio autor.

APÊNDICE B – Relação das jurisprudências estudadas e que são aplicáveis aos Conselhos de Justificação

Nr Ord	Jurisprudência do STF	FFAA	ANO
1	Agravo Regimental 895.204-DF	MB	2013
2	Agravo Regimental no HC 97.119-9-DF	MB	2009
3	Recurso Ord. em Mandado de Segurança 32.970	EB	2008
4	Segundo Agravo Regimental no Recurso Ord. em MS 27889-DF	EB	2008
5	Recurso Extraordinário nº 318.469-5-DF	EB	2000
6	Agravo Regimental no Recurso Ord. Com Agravo 889.205-DF	FA	2015
7	Agravo Regimental no Recurso Ord. Em MS 33.306-DF	FA	2015
8	Recurso Ord. em Mandado de Segurança 32.645-DF	FA	2014
9	HC 88.950-6 – Rio Grande do SUL	FA	2007
10	Recurso Ord. Em Mandado de Segurança 22.450-2-DF	FA	1999
Nr Ord	Jurisprudência do STM	FFAA	ANO
12	Conselho de Justificação nº 53-32.2016.7.00.0000 - DF	EB*	2016
13	Conselho de Justificação nº 26-83.2015.7.00.0000 - DF	EB	2015
14	Conselho de Justificação nº 23-31.2015.7.00.0000 - DF	EB	2015
15	Conselho de Justificação nº 215-95.2014.7.00.0000 -DF	EB	2014
16	Conselho de Justificação nº 168-24.2014.7.00.000 - DF	EB	2014
17	Conselho de Justificação nº 23-65.2014.7.00.0000 - DF ¹⁵⁹	EB*	2014
18	Conselho de Justificação nº 222-24.2013.7.00.0000 - DF	EB	2013
19	Conselho de Justificação nº 49-97.2013.7.00.0000 - DF	EB	2013
20	Conselho de Justificação nº 193-42.2011.7.00.0000 - DF	EB	2011
21	Conselho de Justificação nº 6-39.2008.7.00.0000 - DF	EB	2008
22	Conselho de Justificação nº 3-84.2008.7.00.0000 - DF	EB	2008
23	Conselho de Justificação nº 2008.01.000201-5 - DF	EB	2008
24	Conselho de Justificação nº 22-27.2007.7.00.0000 - DF	EB	2007
25	Conselho de Justificação nº 2005.01.000196-5 - DF	EB	2005
26	Conselho de Justificação nº 2003.01.000192-2 - DF	EB	2003
27	Conselho de Justificação nº 2003.01.000191-4 - DF	EB	2003
28	Conselho de Justificação nº 2002.01.000189-2 - DF	EB*	2002
29	Conselho de Justificação nº 2001.01.000188-4 - DF	EB	2001
30	Conselho de Justificação nº 2000.01.000185-0 - DF	EB	2000
31	Conselho de Justificação nº 2000.01.000182-5 - DF	EB	2000
32	Conselho de Justificação nº 1999.01.000181-7 - DF	EB	1999
33	Conselho de Justificação nº 1997.02.000168-0 - MS	EB	1997
34	Conselho de Justificação nº 1997.02.000165-5 - DF	EB	1997
35	Conselho de Justificação nº 1997.01.000174-4 - DF	EB	1997
36	Conselho de Justificação nº 1997.01.000172-8 - DF	EB	1997
37	Conselho de Justificação nº 1997.01.000170-1 - DF	EB	1997
38	Conselho de Justificação nº 1997.01.000169-8 - DF	EB	1997
39	Conselho de Justificação nº 1996.01.000168-0 - MS	EB	1996
40	Conselho de Justificação nº 1996.01.000167-1 - DF	EB	1997

¹⁵⁹ CJ em andamento. Ainda não julgado

Nr Ord	Jurisprudência do STM	FFAA	ANO
41	Conselho de Justificação nº 1994.02.000140-0 - DF	EB*	1994
42	Conselho de Justificação nº 1994.01.000166-3 - DF	EB	1994
43	Conselho de Justificação nº 1994.01.000165-5 - DF	EB*	1994
44	Conselho de Justificação nº 1994.01.000164-7 - DF	EB	1994
45	Conselho de Justificação nº 1994.01.000163-9 - DF	EB	1994
46	Conselho de Justificação nº 1994.01.000161-2 - DF	EB	1994
47	Conselho de Justificação nº 1993.01.000157-4 - RJ	EB*	1993
48	Conselho de Justificação nº 1992.01.000155-8 - DF	EB*	1992
49	Conselho de Justificação nº 1991.01.000153-1 - DF	EB*	1991
50	Conselho de Justificação nº 1991.01.000149-3 - DF	EB*	1991
51	Conselho de Justificação nº 1990.01.000142-6 - DF	EB*	1990
52	Conselho de Justificação nº 1989.01.000141-8 - DF	EB*	1989
53	Conselho de Justificação nº 1989.01.000140-0 - DF	EB*	1989
54	Conselho de Justificação nº 1989.01.000139-6 - DF	EB*	1989
55	Conselho de Justificação nº 1989.01.000138-8 - DF	EB*	1989
56	Conselho de Justificação nº 1989.01.000137-0 - DF	EB*	1989
57	Conselho de Justificação nº 236-08.2013.7.00.0000 - DF	MB	2013
58	Conselho de Justificação nº 20-23.2008.7.00.0000 - DF	MB	2008
59	Conselho de Justificação nº 13-31.2008.7.00.0000 - DF	MB	2008
60	Conselho de Justificação nº 9-91.2008.7.00.0000 - DF	MB	2008
61	Conselho de Justificação nº 10-47.2006.7.00.0000 - DF	MB	2006
62	Conselho de Justificação nº 5-59.2005.7.00.0000 - DF	MB	2005
63	Conselho de Justificação (1) nº 5-93.2004.7.00.0000 - DF	MB	2004
64	Conselho de Justificação (2) nº 5-93.2004.7.00.0000 - DF	MB	2004
65	Conselho de Justificação (3) nº 5-93.2004.7.00.0000 - DF	MB	2004
66	Conselho de Justificação nº 2004.01.000193-0 - DF	MB	2004
67	Conselho de Justificação nº 2000.01.000186-8 - DF	MB	2000
68	Conselho de Justificação nº 2000.01.000184-1 - DF	MB	2000
69	Conselho de Justificação nº 2000.01.000183-3 - DF	MB	2000
70	Conselho de Justificação nº 1999.01.000180-9 - DF	MB	1999
71	Conselho de Justificação nº 1998.01.000179-5 - DF	MB	1998
72	Conselho de Justificação nº 1998.01.000178-7 - DF	MB	1998
73	Conselho de Justificação nº 1998.01.000177-9 - DF	MB	1998
74	Conselho de Justificação nº 1997.01.000175-2 - DF	MB	1997
75	Conselho de Justificação nº 1997.01.000173-6 - DF	MB	1997
76	Conselho de Justificação nº 1997.01.000171-0 - DF	MB	1997
77	Conselho de Justificação nº 1995.02.000152-3 - DF	MB	1995
78	Conselho de Justificação nº 1993.02.000143-4 - DF	MB	1993
79	Conselho de Justificação nº 1993.01.000156-6 - RJ	MB*	1993
80	Conselho de Justificação nº 1992.01.000154-0 - DF	MB*	1992
81	Conselho de Justificação nº 1991.01.000152-3 - DF	MB*	1991
82	Conselho de Justificação nº 1991.01.000151-5 - DF	MB*	1991
83	Conselho de Justificação nº 1991.01.000150-7 - DF	MB*	1991
84	Conselho de Justificação nº 1990.01.000147-7 - DF	MB*	1990
85	Conselho de Justificação nº 1990.01.000146-9 - DF	MB*	1990
86	Conselho de Justificação nº 1990.01.000145-0 - DF	MB*	1990

Nr Ord	Jurisprudência do STM	FFAA	ANO
87	Conselho de Justificação nº 1990.01.000144-2 - DF	MB*	1990
88	Conselho de Justificação nº 1990.01.000143-4 - DF	MB*	1990
89	Conselho de Justificação nº 185-26.2015.7.00.0000 - DF ¹⁶⁰	FA	2015
90	Conselho de Justificação nº 43-56.2014.7.00.0000 - DF	FA	2014
91	Conselho de Justificação (2) nº 4-98.2010.7.00.0000 - DF	FA	2010
92	Conselho de Justificação nº 54-56.2012.7.00.0000 - DF	FA	2012
93	Conselho de Justificação nº 192-57.2011.7.00.0000 - DF	FA	2011
94	Conselho de Justificação (1) nº 4-98.2010.7.00.0000 - DF	FA	2010
95	Conselho de Justificação nº 6-10.2006.7.00.0000 - RS	FA	2006
96	Conselho de Justificação nº 4-40.2006.7.00.0000 - DF	FA	2006
97	Conselho de Justificação nº 2002.01.000190-6 - DF	FA	2002
98	Conselho de Justificação nº 2001.01.000187-6 - DF	FA	2001
99	Conselho de Justificação nº 1997.01.000176-0 - DF	FA	1997
100	Conselho de Justificação nº 1994.01.000162-0 - DF	FA	1994
101	Conselho de Justificação nº 1994.01.000160-4 - DF	FA*	1994
102	Conselho de Justificação nº 1994.01.000159-0 - DF	FA*	1994
103	Conselho de Justificação nº 1994.01.000158-2 - DF	FA	1994
104	Conselho de Justificação nº 1990.01.000148-5 - DF	FA*	1990
105	Conselho de Justificação nº 1988.01.000134-5 - DF	FA*	1988
Nr Ord	Jurisprudência do STJ	FFAA	ANO
1	Mandado de Segurança nº 20.591-DF	EB	2013
2	Habeas Data nº 232 - DF	EB	2011
3	Mandado de Segurança nº 7.676 -DF	EB	2001
4	Mandado de Segurança nº 6.641 -DF	EB	2002
5	Mandado de Segurança nº 7.896 -DF	EB	2000
6	Mandado de Segurança nº 3.889 -DF	EB	2000
7	Mandado de Segurança nº 6.718 -DF	EB	2000
8	Mandado de Segurança nº 3.889 -DF	EB	1999
9	Mandado de Segurança nº 6.061 -DF	EB	1999
10	Mandado de Segurança nº 3.917-2 /DF	EB	1996
11	Mandado de Segurança nº 70 -DF	MB	1989
12	AgRg no Mandado de Segurança nº 19.988 -DF	FA	2013
13	Mandado de Segurança nº 19.935 -DF	FA	2013
14	EDcl no Mandado de Segurança nº 8.315 - DF	FA	2003
15	Mandado de Segurança nº 8.315 -DF	FA	2002
16	AgRg no HC nº 13.447 - DF	FA	2000
17	Mandado de Segurança nº 4.742 -DF	FA	1998
18	Mandado de Segurança nº 2.695 -DF	FA	1997
19	Mandado de Segurança nº 4.162/DF	FA	1997
20	Mandado de Segurança nº 3.303 -DF	FA	1996
21	Mandado de Segurança nº 284 -DF	FA	1990

Nota:

* Julgado com a ementa disponível, porém, não foi possível obter acesso ao Acórdão.

¹⁶⁰ Em andamento