



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
SIDNEI DA SILVA

HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES:
VISÃO ATUAL

FLORIANÓPOLIS

2009

SIDNEI DA SILVA

**HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES:
VISÃO ATUAL**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Profa. Andréia Régis Vaz, Msc.

Florianópolis

2009

SIDNEI DA SILVA

**HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES:
VISÃO ATUAL**

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, ____ de novembro de 2009.

Professora e orientadora Andréia Régis Vaz, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professor
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES: VISÃO ATUAL

Declaro, para todos os fins, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativamente, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, ____ de novembro de 2009.

SIDNEI DA SILVA

Dedico à memória da minha mãe, Marina Ferreira Nalin de Melo. Pela educação com que fui forjado e, sobretudo, pelos ensinamentos divinos que me transmitiu, durante toda nossa convivência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo sopro da vida.

A minha mãe biológica, Joânica Antônia da Silva, pelo carinho com que sempre me acolheu, nos horários mais críticos desse bom combate.

Aos amigos Marcelo, Marlon e João, pelo espírito de companheirismo e cooperação espontânea, durante esta longa caminhada. As amizades forjadas no calor do combate, jamais fenecem...

Aos professores desta Instituição de Ensino, pelos conhecimentos transmitidos e pela paciência que tiveram para comigo, ao longo da graduação.

A Adam Rover, pela cooperação na formatação desse trabalho.

E, finalmente, à professora e orientadora, Andréia Régis Vaz, por aceitar o meu convite e ter me orientado com profissionalismo e amizade.

“Soldados... Não sois máquinas. Homens é que sois.” (Charles Chaplin).

A EL-REI:

Senhor, umas casas existem, no vosso reino onde homens vivem em comum, comendo do mesmo alimento, dormindo em leitos iguais. De manhã, a um toque de corneta, se levantam para obedecer. De noite, a outro toque de corneta, se deitam obedecendo. Da vontade fizeram renúncia como da vida. Seu nome é sacrifício. Por ofício desprezam a morte e o sofrimento físico. Seus pecados mesmo são generosos, facilmente esplêndidos. A beleza de suas ações é tão grande que os poetas não se cansam de a celebrar. Quando eles passam juntos, fazendo barulho, os corações mais cansados sentem estremecer alguma coisa dentro de si. A gente conhece-os por militares...

Corações mesquinhos lançam-lhes em rosto o pão que comem; como se os cobres do pré pudessem pagar a liberdade e a vida. Publicistas de vista curta acham-nos caros demais, como se alguma coisa houvesse mais cara que a servidão.

Eles, porém, calados, continuam guardando a Nação do estrangeiro e de si mesma. Pelo preço de sua sujeição, eles compram a liberdade para todos e os defendem da invasão estranha e do jugo das paixões. Se a força das coisas os impede agora de fazer em rigor tudo isto, algum dia o fizeram, algum dia o farão. E, desde hoje, é como se o fizessem.

Porque, por definição, o homem da guerra é nobre. E quando ele se põe em marcha, à sua esquerda vai à coragem, e à sua direita a disciplina. (MONIZ BARRETO - CARTA A EL-REI DE PORTUGAL, 1893).

RESUMO

Esta monografia tem por escopo demonstrar a possibilidade do emprego do *habeas corpus* em sede de transgressões disciplinares militares. Em que pese o artigo 5º da Constituição Federal vigente prever que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e o inciso LXVIII do mesmo artigo aduzir que todos os cidadãos fazem jus ao *habeas corpus*, essa igualdade não se estende a toda categoria. O artigo 142, §2º, da mesma Constituição Federal vigente, veda, expressamente, a utilização do remédio heróico aos servidores públicos militares. Desse modo, ao negar a uma determinada categoria um instituto que tutela um direito valiosíssimo do ser humano, qual seja: a liberdade, não há como negar o disparate constitucional e o descumprimento do Pacto de São José da Costa Rica ratificado pelo Brasil, em 22 de novembro de 1969. Assim sendo, o que se propõe não é uma subversão do princípio da autoridade militar, mas sim, demonstrar que o servidor público militar, em todos os níveis, faz jus ao uso do *habeas corpus*, por ser ele cidadão integrante de um Estado que se diz democrático de Direito.

Palavras-chaves: Militar. *Habeas Corpus*. Punição Disciplinar.

LISTA DE SIGRAS E ABREVIATURAS

CPM - Código Penal Militar

CPPM - Código de Processo Penal Militar

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CF - Constituição Federal

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DGP - Departamento Geral do Pessoal.

ECEME - Escola de Comando e Estado Maior do Exército

E.B - Exército Brasileiro

E.M - Estatuto dos Militares

O.M - Organização Militar

RDE - Regulamento Disciplinar do Exército

RDAer - Regulamento Disciplinar da Aeronáutica

RDMar - Regulamento Disciplinar da Marinha

RDPMSC - Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	O AGENTE PÚBLICO MILITAR	13
2.1	CONCEITO	13
2.1.1	Peculiaridades da profissão militar	14
2.2	PODER HIERÁRQUICO.....	20
2.3	PODER DISCIPLINAR.....	21
2.4	CRIMES MILITARES	23
2.4.1	Transgressões disciplinares militares	25
2.4.2	Penalidades disciplinares militares.....	27
3	DIREITO MILITAR.....	29
3.1	DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR.	29
3.1.1	Direito administrativo disciplinar militar.....	30
3.2	PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DISCIPLINAR MILITAR.....	31
3.2.1	Princípio da legalidade.....	32
3.2.2	Princípio da tipicidade.....	34
3.2.3	Princípios do contraditório e da ampla defesa	36
3.2.4	Princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário	38
3.2.5	Princípio da presunção de inocência	40
3.2.6	Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade	43
3.2.7	Princípio do <i>non bis idem</i>.....	44
4	HABEAS CORPUS.....	47
4.1	BREVE LINEAMENTO HISTÓRICO SOBRE A ORIGEM DO <i>HABEAS CORPUS</i> ..	47
4.2	BREVE HISTÓRICO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NO DIREITO BRASILEIRO	51
4.3	<i>HABEAS CORPUS</i> NA ESFERA DISCIPLINAR MILITAR	53
4.3.1	Da admissibilidade do <i>habeas corpus</i> nas transgressões militares.....	57
4.3.2	Da legitimidade ativa e passiva	63
4.3.3	Do entendimento atual do Supremo no tocante ao assunto.....	65
5	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

Em que pese o *habeas corpus* existir, como já ensinava Pontes de Miranda, há mais de oitocentos anos, no Direito Militar Brasileiro este instituto é pouco conhecido. À categoria dos servidores públicos militares, é negado, constitucionalmente, tal instituto.

Consoante aduz o art. 142, § 2º, da Constituição de 1988, não caberá *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares. Todavia, o art. 5º, LXVII, da mesma Constituição Federal, diz que qualquer cidadão faz jus ao instituto, ou seja, em momento algum o referido dispositivo diferencia o cidadão civil do cidadão militar. E, ademais, os artigos 6º e 7º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil, em nenhum momento fazem tal distinção. Assim sendo, nota-se que há uma aparente colisão entre os dispositivos constitucionais que se referem ao assunto. Desse modo, com a intenção de trazer à baila essa celeuma, foi elaborado esse trabalho.

O objetivo geral do presente trabalho monográfico é discutir a vedação constitucional do cabimento do *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares.

Os objetivos específicos são: a) demonstrar a aparente contradição constitucional ao negar o instituto aos servidores públicos militares; b) verificar se há possibilidades do cabimento do instituto em sede de transgressões disciplinares militares; c) demonstrar quais são os entendimentos doutrinários e do Superior Tribunal Federal, sobre a vedação constitucional, desse remédio heróico, aos servidores públicos militares.

Quanto à metodologia de pesquisa, entendeu-se necessária a adoção do método dedutivo, no qual se partiu da análise do desenvolvimento de um contexto histórico de vedação da utilização de *habeas corpus*, no que tange à liberdade ambulatorial do funcionário público militar, até se chegar à análise específica do cabimento do instituto, em sede de transgressão disciplinar militar. Para tanto, utilizou-se o procedimento monográfico e, como técnica, a pesquisa bibliográfica.

Para alcançar os objetivos propostos, o trabalho alicerça-se em três capítulos, além da introdução e da conclusão.

No primeiro capítulo, aborda-se a peculiaridade da profissão militar. Procura-se diferenciar alguns aspectos que existem na carreira das armas e estão ausentes nas profissões do amplo domínio da vida civil. Discorre-se, ainda, sobre os poderes disciplinares e hierárquicos, os quais exsurtem, inevitavelmente, da hierarquia militar e da disciplina militar:

pilares fundamentais das forças armadas. Ademais, trata-se, também, nesse capítulo, dos crimes militares e realiza-se uma distinção entre estes e as transgressões disciplinares militares. Abordam-se as penalidades destas, à luz dos Regulamentos Disciplinares Militares.

No segundo capítulo, discorre-se sobre o Direito Militar e ressaltam-se suas ramificações, cada vez mais autônomas, em Direito Administrativo Militar e em Direito Administrativo Disciplinar Militar. Além disso, analisam-se os princípios norteadores do Direito Disciplinar Militar, análise fundamental para que se alcancem os objetivos supramencionados.

No terceiro capítulo, realiza-se um delineamento histórico sobre o *habeas corpus* e aborda-se o foco principal desse trabalho, usando como norte os ensinamentos de Pontes de Miranda, Tourinho Filho, Afonso da Silva, Pinto Ferreira, Fernando Capez, entre outros.

Por fim, com o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, arremata-se o assunto.

2 O AGENTE PÚBLICO MILITAR

Dentre os agentes públicos, há os agentes públicos militares, uma espécie especial de servidores da pátria. Especial, porque sua profissão se caracteriza por exigir sacrifícios sem similitude nas profissões civis. Sobre este servidor público militar, discorre-se nesse capítulo.

2.1 CONCEITO

Militares são todos os integrantes das forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, consoante prevê a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), nos artigos 142, §3º, e 42, caput¹, respectivamente.

Bem por isso, Gasparini (2008, p.254) assevera que:

[...] os agentes militares são todas as pessoas que, permanente ou temporariamente, desempenham atividade militar no âmbito federal ou estadual, percebendo por esse desempenho um subsídio. Para a Lei Maior em vigor são agentes militares os integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), os pertencentes às Polícias Militares e os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares. Os primeiros são federais, enquanto os últimos são estaduais, distritais e territoriais, embora não se tenha nenhum território instalado.

Na opinião de Lobão (2004, p.95), o conceito de militar vem expresso no art. 22 do Código Penal Militar, o qual aduz ‘é considerado militar, para efeito da aplicação desse Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas para nela servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar’.

¹ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. [...]; § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, [...]. Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições

E explica:

[...] em que pese o art.22 do CPM não se referir ao policial militar e ao bombeiro militar, como destinatário da lei castrense, o art. 42 da CRFB/88 assim o fez, considerando os como militares, com a seguinte redação: ‘Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios’. (LOBÃO, 2004, p. 95).

Para Duarte (1996, p.33), o conceito é simples e elucidante:

Servidores públicos militares (regime estatutário):

- 1) Integrantes das Forças Armadas:
 - a) da Marinha ;
 - b) do Exército;
 - c) da Aeronáutica.
- 2) Integrantes das Polícias Militares;
- 3) Integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares.

Portanto, como militar, entende-se quem se encontra incorporado às Forças Armadas, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares, mesmo afastados temporariamente do serviço ativo, por licença para tratamento de saúde, licença especial, férias, licença para tratar de interesse particular, etc.

Assim sendo, observa-se que o militar possui *modus vivendi* próprio. Com características sem similitude na vida civil. A peculiaridade da profissão militar se verá na próxima subseção.

2.1.1 Peculiaridades da profissão militar

Ao ingressar nas Forças Armadas, o militar tem de obedecer a severas normas disciplinares e a estritos princípios hierárquicos, que condicionam toda a sua vida pessoal e profissional.

organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 18, de 1998).

Nesse norte, observa-se a pertinência do texto extraído do sítio eletrônico do Exército Brasileiro:

Durante toda a sua carreira, o militar convive com risco. Seja nos treinamentos, na sua vida diária ou na guerra. A possibilidade iminente de um dano físico ou da morte é um fato permanente de sua profissão. O exercício da atividade militar, por natureza, exige o comprometimento da própria vida. (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

Corroborando o entendimento Assis (2001, p.38) aduz: “a sociedade militar é peculiar; possui *modus vivendi* próprio; e esta peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida), que é mais do que simples risco de serviço das atividades tidas como penosas ou insalubres como um todo”.

Do sítio eletrônico do Exército, colhem-se mais esses ensinamentos:

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. (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

No dizer de Valla (2003, p.116):

A organização militar é baseada em princípios simples, claros e que existem há muito tempo, a exemplo da disciplina e da hierarquia. Como se trata dos valores centrais das instituições militares é necessário conhecer alguns atributos que revestem a relação do profissional com estes dois ditames basilares da investidura militar, manifestados pelo dever de obediência e subordinação, cujas particularidades não encontram similitudes na vida civil.

Um outro encargo peculiar na profissão militar é este estar sujeito à disponibilidade integral, ou seja, ele tem que se manter disponível para o serviço, ao longo das 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial e, também, está impossibilitado de acumular outro cargo. (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

Nesse sentido, a CRFB/88 dispõe em seu art.142, inciso III:

Art.142, III - o militar da ativa que de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não transferido para a reserva, nos termos da lei.(BRASIL, 2008).

Por sua vez, o Estatuto dos Militares enfatiza, em seu art.82, inciso XII, que:

Art.82 - O militar será agregado quando for afastado temporariamente do serviço ativo por motivo de: [...] - XII - ter passado à disposição de Ministério Civil, de órgão do Governo Federal, de Governo Estadual, de Território ou Distrito Federal, para exercer função de natureza civil. (BRASIL, 2007)

Levando em consideração que o militar pode ser escalado para cumprir missão, a qualquer dia, a qualquer hora e em qualquer lugar, cumprindo, desse modo, o dever que a Constituição Federal lhe confiou, isto é, a defesa da pátria, a disponibilidade integral é um ônus que ele tem que suportar.

A CRFB/88, em seu art.142, incisos IV e V, aduz, ainda, que o militar da ativa é proibido de se filiar a partidos políticos e de participar de atividades políticas, especialmente as de cunho político-partidário. Assim como, também, é impedido de se sindicalizar e de realizar greve. (BRASIL, 2008).

Nessa toada, no sítio do Exército Brasileiro encontra-se os seguintes esclarecimentos:

O militar da ativa é proibido de filiar-se a partidos e de participar de atividades políticas, especialmente as de cunho político-partidário. [...]; O impedimento de sindicalização advém da rígida hierarquia e disciplina, por ser inaceitável que o militar possa contrapor-se à instituição a que pertence, devendo-lhe fidelidade irrestrita. A proibição de greve decorre do papel do militar na defesa do país, interna e externa, tarefa prioritária e essencial do Estado. (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

“A necessidade de tais proibições está na nobre missão dos militares, qual seja: a defesa da nação e a garantia da lei e da ordem, a qual só se efetivará havendo as citadas proibições” (GASPARINI, 2008, p.258).

Cretella Júnior (1996, p.241) assevera:

Não teria sentido que o militar, pertencente a uma organização fundada, por excelência, em rígida hierarquia, tivesse o direito de filiar-se a sindicatos que, em nome do filiado, investissem contra a entidade que tem por objetivo a defesa da ordem pública. Hierarquia militar e sindicato de militares são idéias absolutamente inconciliáveis, porque antiéticas.

Nessa toada, Assis (2009, p.31) diz que “é taxativa a proibição, dirigida aos militares brasileiros, de alguns direitos que são assegurados ao trabalhador brasileiro em geral: o direito à sindicalização, o direito à greve e, o direito de filiação a partidos políticos, enquanto no serviço ativo”.

Filocre (2004, p. 217) lembra o seguinte:

[...] é compreensível e fundamental à sobrevivência da democracia e do Estado de direito, que os militares - todos e não só as praças-estejam subordinados a normas especiais. Detêm a força e, especialmente os policiais militares, exercitam permanentemente o poder de coação contra o cidadão comum, com as armas que o Estado lhes confia. São segurança, mas a um passo, podem converter-se no arbítrio absoluto.

Ademais, consoante à CRFB/88, o servidor militar não usufrui de alguns direitos trabalhistas, de caráter universal, elencados em seu art.7º, que são assegurados aos trabalhadores em geral. Dentre os quais se incluem os incisos:

Art. 7º IX - a remuneração do trabalho noturno superior à do trabalho diurno; [...]; XIII - jornada de trabalho diário limitada a oito horas; [...]; XV - a obrigatoriedade de repouso semanal remunerado; e XVI - a remuneração de serviço extraordinário, devido a trabalho diário superior a oito horas diárias.(BRASIL,2008).

“Ressalta-se, também, que segundo o art. 3º e 4º² do Estatuto dos Militares (E.M), o servidor militar, sobretudo das Forças Armadas, mesmo quando na inatividade, permanece vinculado à sua instituição”.(EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

“Na inatividade, quando não reformado, constitui a "reserva" de 1ª linha da Força, devendo se manter pronto para eventual convocação e retorno ao serviço ativo, independente de estar exercendo outra atividade, não podendo por tal motivo se eximir dessa convocação.” (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

Contudo reconhece Assis (2009, p.38) que:

Em contrapartida, diferenciando-os dos servidores civis, a Constituição permite que a lei regule as regras de passagem para a reserva, garantindo tratamento previdenciário mais benéfico, v.g. possibilitando aos militares se aposentarem a partir dos 30 anos de serviço, enquanto o resto dos trabalhadores brasileiro passaram a se aposentar com 60 anos de idade e 35 anos de contribuição previdenciária, aumentando inclusive o limite etário anterior que era de 53 anos de idade.

² Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares. § 1º-Os militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) na ativa: I - os de carreira; II - os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos; III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados. Art. 4º-São considerados reserva das Forças Armadas - individualmente: a) os militares da reserva remunerada; - b) os demais cidadãos em condições de convocação ou de mobilização para a ativa. II - no seu conjunto: a) as Polícias Militares; - b) os Corpos de Bombeiros Militares.

Na esteira desse comentário, Alves (2005, p.44) aduz o seguinte:

[...] é válida a lição proferida em conferência do eminente advogado português Dr. Cipriano Martins, que foi deputado à Assembléa da República e foi Governador Civil de Coimbra. Ele lembra que as pessoas devem ter, em volta de si, um muro que as protege de interferências externas. São, em regra, garantias postas nas Constituições dos Estados democráticos. Todavia - observa o jurista lusitano - o muro do funcionário público é mais baixo do que o muro dos demais cidadãos. Aqueles que escolherem as carreiras no serviço público, na verdade gozam de prerrogativas que os particulares não têm; a média de salário é mais alta que as dos trabalhadores comuns; mas em contrapartida, têm, diante do Estado, responsabilidades, obrigações, deveres, expressos ou implícitos, que vão além daqueles a que sujeitam os demais mortais.

No tocante ao ingresso na carreira militar, diz Gasparini (2008, p. 254 -255):

Tais agentes públicos ingressam no quadro do pessoal militar mediante recrutamento ou concurso. Nas forças Armadas, o ingresso de pessoal nos quadros faz-se por recrutamento, que é a convocação para a prestação do serviço militar, ou por concurso (exame de ingresso) nos cursos de formação de sargento ou de oficiais. [...] Nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares o ingresso nos respectivos quadros é voluntário e, portanto, depende de concurso. [...] Uma vez integrado ao quadro ocupam cargos militares, que compõem a carreira militar.

Do sítio do Exército Brasileiro, colhem-se mais estes esclarecimentos:

O ingresso na carreira militar ocorre mediante concurso público, do qual participam milhares de jovens. As escolas de formação militar organizam suas atividades de modo muito exigente: formaturas, aulas, reuniões, manobras, exercícios físicos e inspeções. Uma programação que começa, diariamente, às 06h00min da manhã com a "alvorada" e termina às 22h00min com o "toque de silêncio". A maior parte delas funciona em regime de internato. Não se trata, apenas, de uma situação acadêmica, em que, terminada a aula, ou mesmo antes, o aluno retira-se para sua casa ou para onde lhe aprouver. Durante todo dia, estão presentes os encargos e deveres, as condições de disciplina e a exposição aos riscos do treinamento militar, em qualquer nível. Os alunos de uma escola militar são submetidos a rigorosos testes de avaliação, que abrangem os campos intelectual, psicológico, físico, moral, disciplinar e de aptidão específica para a carreira militar. Os valores e as atitudes próprios do militar e a necessária capacitação profissional serão desenvolvidos por meio do serviço diário [...], em que o risco estará sempre presente, como em qualquer atividade militar. Os objetivos dos sistemas educacionais das Forças Armadas se referem: à formação e ao aperfeiçoamento do combatente. (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

“Aqueles que ingressam por meio de concurso público, de acordo com o concurso realizado, podem ser oficiais ou sargentos. Estes são formados na Escola de Sargentos das Armas; aqueles, na Academia Militar das Agulhas Negras”. (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

“Os que são recrutados, por força do art. 143 da CRFB/88³, cumprem o ano militar obrigatório e, de acordo com seu desempenho, durante o ano letivo, lhe é facultado o

³ Art. 143 - O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. Nesse sentido a Lei 4. 375 de 17/ 08/ 1964, Lei do Serviço Militar: Art. 2 - Todos os brasileiros são obrigados ao Serviço Militar, na forma da presente Lei e sua regulamentação.

direito de permanecer na Força, por mais seis anos.”. (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

Por fim, para afirmar a aceitação consciente das peculiaridades constitucional e manifestar a sua firme disposição de bem cumpri-las, o art. 32 do Estatuto dos Militares (LEI 6880/80) prevê que o militar responda, solenemente, perante a bandeira do Brasil e na presença da tropa, o seguinte compromisso:

Incorporando-me ao (Exército, Marinha ou Aeronáutica), prometo cumprir, rigorosamente, as ordens das autoridades a que estiver subordinado, respeitar os superiores hierárquicos, tratar com afeição os irmãos de armas, e com bondade os subordinados, e dedicar-me inteiramente ao serviço da pátria, cuja honra, integridade e instituições defenderei com o sacrifício da própria vida. (BRASIL, 2007).

Nessa mesma linha, o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, baixado pela lei nº. 6. 218 de 10 de fevereiro de 1983, prevê, no seu art. 34, compromisso semelhante, nestes termos:

Ao ingressar na Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, prometo regular minha conduta pelos preceitos da moral, cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado e dedicar-me inteiramente ao serviço policial-militar, à manutenção da ordem pública e à segurança da comunidade, mesmo com o risco da própria vida (BRASIL, 2007).

Por isso, assevera Tadeu: “[...] aquele que [...] viola o seu juramento [...] comprovada a acusação, deve ser punido, e, se for o caso, demitido dos quadros da corporação, na qual ingressou [...]”. (TADEU, 2009, p. 25).

“O compromisso militar emana de um conjunto de vínculos moral, constitucional, disciplinar e hierárquico, os quais ligam o militar à Pátria e à Instituição Militar.” (EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

Por essas razões, nota-se, que é essencial à carreira das armas que esta esteja apoiada em dois pilares fundamentais, quais sejam: a disciplina e a hierarquia. Dos quais exsurtem os poderes disciplinares e hierárquicos. Este se abordará na próxima subseção.

2.2 PODER HIERÁRQUICO

“O poder hierárquico objetiva ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito dessa ou daquela instituição, ou corporação, ou da Administração Pública direta ou indireta”.(GOLVEIA, 2006, p.23).

Segundo Meirelles (2002, p.117): “Poder hierárquico é o poder que o Estado dispõe para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre servidores do seu quadro de pessoal”.

Pode-se, segundo Golveia, conceituar a hierarquia como sendo uma relação de distribuição, escalonada e gradativa, existente entre os vários órgãos da Administração Pública ou entre os vários postos (patentes) e graduações existentes numa corporação, empresa, instituição, etc. (GOLVEIA, 2006, p. 26).

Do ponto de vista de Walquiria e Queiroz (2008, p. 113):

A hierarquia permite o escalonamento em departamentos, secretarias, órgãos e, internamente, entre funcionários públicos, para que, por meio de uma relação de sujeição, a Administração possa atingir seus objetivos. Algumas ações são ínsitas do poder hierárquico, tais como: a) dar ordens; b) fiscalizar; c) delegar; d) avocar; e) revisar atos ou autotutela,etc.

Medauar (2001, p. 137) leciona que:

A existência de hierarquia nas relações entre órgãos e nas relações funcionais entre servidores leva ao exercício de poderes e faculdades do superior sobre o subordinado, visto como desdobramentos ou decorrências do poder hierárquico, dentre os quais; poder de: dar ordens ou instruções [...].

Assim, “o poder hierárquico configura um instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público”. (MADAUAR, 2001, p.137).

Na mesma linha, Gasparini (2008, p. 53) aduz:

A estruturação da Administração Pública, seja civil ou militar, compreendida como a instituição dos órgãos encarregados da execução de certas e determinadas atribuições, faz-se com observância do princípio da hierarquia, que é a relação de subordinação existente entre os órgãos públicos com competência administrativa e, por conseguinte, entre seus titulares, decorrente do exercício da atribuição hierárquica, é chamada por alguns de poder hierárquico.

Do já mencionado Meirelles colhem-se mais alguns ensinamentos:

[...] a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes, seja civil ou militar. Ela (a hierarquia) impõe ao subalterno ou subordinado a estrita obediência às ordens, a instruções legais superiores. E, ademais, é através dela que se define a responsabilidade de cada um (MEIRELLES, 2002, p. 117).

Assim sendo, poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem sustentáculos de toda organização administrativa, seja ela civil ou militar.

Pela importância do poder disciplinar, no seio da corporação militar, como já se mencionou, torna-se necessário abordá-lo, na próxima subseção.

2.3 PODER DISCIPLINAR

É *conditio sine qua non* para existência das Instituições Militares que seus integrantes tenham o poder disciplinar, para que possam exigir de seus subordinados a obediência às ordens, e que haja efetivo controle de um dos pilares fundamentais das Instituições Militares: a disciplina.

Bem por isso, Meirelles (2002, p. 120) ressalta que: “O poder disciplinar apresenta - se como a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeita à disciplina dos órgãos e serviço da Administração”.

Para Alessi (1970, p.227):

O poder disciplinar é aquele que corresponde à Administração Pública para castigar com determinadas sanções o comportamento de quem está ligado à Administração, por relação nas que concorra uma relação de supremacia especial, que se exerça sobre os mesmos, quando o referido comportamento prejudique o devido cumprimento da relação administrativa principal.

Nos dizeres de Medauar (2001, p.137-138): “O poder disciplinar é atribuído a autoridades administrativas com o objetivo de apurar e punir faltas, ou seja, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão e irregularidades de diversos tipos [...]”.

Contudo, lembra Madauar que:

[...] não deve ser confundido o poder disciplinar com o poder penal do Estado. Este é exercido pelo Poder Judiciário, regido pelo processo penal; Visa à repressão de condutas qualificadas, na legislação penal, como crime ou contravenções; portanto, tem finalidade de preservar, de modo precípua, a ordem e a convivência na sociedade como um todo. O poder disciplinar, por sua vez, é atividade administrativa, regida pelo direito administrativo, seguindo normas do processo administrativo; visa à punição de condutas qualificadas em estatutos ou leis administrativas como infrações ou ilícitos; tem finalidade de preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura. A diferença entre as duas atuações possibilita sua concomitância ante a mesma conduta do servidor, ensejando a imposição conjunta de sanção administrativa e de sanção penal, sem que possa ser invocado o “bis in idem” (MEDAUAR, 2001, p.138).

Walquiria e Queiroz (2008, p.114) salientam, ainda, que:

O poder disciplinar organiza-se, pautado nos princípios e regras do Direito Administrativo, para coibir certos fatos na esfera administrativa com o objetivo de manter um equilíbrio nas relações administrativas internas, sejam estas civis ou militares.

Meirelles (2002, p.120) assim pontua:

O poder disciplinar é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde. No uso do poder hierárquico a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; no uso do poder disciplinar ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas.

Entretanto, lembra Tadeu que o poder hierárquico e o poder disciplinar são os fundamentos das instituições militares, mas isso não significa a inobservância dos preceitos constitucionais. Uma corporação, civil ou militar, poderá ser rígida em seus princípios e ao mesmo tempo respeitar a Constituição Federal. (TADEU, 2009, p. 33).

Na subseção subsequente aborda-se o crime militar, cuja classificação é intrigante na doutrina e na jurisprudência, e, ademais, discorre-se sobre as transgressões e as penalidades disciplinares militares.

2.4 CRIMES MILITARES

“Não existe, na doutrina brasileira, uma classificação rigorosa dos chamados crimes militares. Os critérios utilizados são variados e a própria Carta Magna em vigor relegou ao legislador ordinário a tarefa de conceituar e classificar delitos militares”. (DUARTE, 1996, p. 55).

Nessa toada, Neto (2009, p. 35) assevera que:

Ainda que se trate de um dos ramos mais antigos do Direito, remontando seu surgimento, no Brasil, à época do Príncipe Regente, que, por Alvará de 1º de Abril de 1808, criou o Conselho Supremo Militar de Justiça, não se delimitou, ainda, o conceito sobre crime militar. A legislação, seja na Carta Constitucional, art. 5º, LXI, 124 e 125, § 4º, ou nos diplomas castrenses, Código de Processo Penal Militar (CPPM) e o Código Penal Militar (CPM), não o define, não sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência os critérios para a sua classificação.

Assim, pontuou Mirabete (2004, p137): “Árdua por vezes é a tarefa de distinguir se o crime, se o fato é crime militar ou comum, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares”.

Nessa mesma linha de raciocínio, o voto do Ministro Paulo Brossard no RE nº.122706/RJ, o qual citando o entendimento do Ministro Orozimbo Nonato, aduz:

[...] o conceito de delito militar foi sempre considerado, nos domínios da doutrina, como dos mais tormentosos. ‘ Doctores certant ‘ e deles, alguns, desenganados de qualquer critério científico, apegam-se, sobretudo, ao simples critério legal. Não, porém, sem relutâncias e dúvidas. O critério legal, quando moderado e sem quebra de princípios essenciais, é o que vem norteando a jurisprudência. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1990).

Acrescentou, ainda, que “essas dificuldades são tão importantes que muitos juristas, desenganados do critério doutrinário, seguem o critério objetivo da lei. Isto é, crime militar é o definido em lei como militar”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1990).

Lembra Neto (2009, p. 36) que:

O critério objetivo, ou seja, os crimes militares são os definidos em lei como militar, encontra respaldo no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, o qual diz que ‘ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares ou crimes propriamente militares, definidos em lei’. (NETO, 2009, p.36).

“O critério *ratione legis*, isto é, objetivo, transborda de forma explícita no sistema penal militar, podendo se com isso, aduzir que crime militar é aquele que a lei assim o define”. (DUARTE, 1996, p. 55).

O Ministro Paulo Brossard, ainda, em seu voto no RE. nº. 122706/RJ, cita os comentários de Álvaro Mayrink da Costa às disposições do art. 9^o do CPM:

[...] o legislador [...] adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar é o que a lei obviamente considera como tal. Não o define, enumera. Não quer dizer que não haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione materiae*, *loci*, *personae* ou *ratione numeris*. Apenas não são expressos, pois o estudo do art. 9^o revela que, na realidade, estão todos ali presentes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1990).

Desse modo, evidencia-se que crimes militares são aqueles definidos em lei, adotando-se, portanto, o critério *ratione legis*, conforme se extrai da leitura do inciso LXI do art. 5^o, do art. 124 e § 4^o do art. 125, todos da CRFB/88.

As condutas militares reprováveis que não estão previstas em leis, e sim em regulamentos disciplinares, são encardas como faltas, ou seja, transgressões disciplinares. Cuja análise se fará na próxima subseção.

⁴ Art. 9^o consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

2.4.1 Transgressões disciplinares militares

O Regulamento Disciplinar do Exército (RDE ou R/4), aprovado pelo Decreto nº. 90.608, de 04 de dezembro de 1984, define em seu art. 12, transgressão militar como:

[...] qualquer violação dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua manifestação elementar e simples. Distingue-se do crime, militar ou comum, que consiste na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações, mas na sua expressão complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal. (BRASIL, 2008).

Nessa mesma linha, o Regulamento Disciplinar da Marinha (RDMar), baixado pelo Decreto nº. 88.545, de 26 de julho de 1983, chama a transgressão disciplinar de contravenção disciplinar, definindo-a, em seu art.6º, como:

[...] Toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a organização militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime. (BRASIL, 2008).

Já o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer), vigente com o Decreto nº. 76.322, de 22 de Setembro de 1975, denomina, em seu art.8º, transgressão disciplinar como sendo:

[...] toda ação ou omissão contraria ao dever militar, e como tal classificado nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é a ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar. (BRASIL, 2008).

Lembra Golveia que:

Esses regulamentos disciplinares trazem uma relação do que consideram transgressão disciplinar ou contravenção disciplinar: o primeiro tem uma relação com 121 itens; o 2º com 84 e o último com 100. Contudo, esses itens são enumerativos, isto é, os três regulamentos, *ad cautelam*, acrescentam que também consideram transgressão (ou contravenção) disciplinares militar, '[...] todas as ações ou omissões, não especificadas na relação, nem qualificadas como crime nas leis penais brasileiras, que afetam a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe e outras prescrições estabelecidas no Estatuto dos Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra normas e ordens de serviço, emanadas de autoridade competente', consoante se lê no art.10^{o5}, parágrafo único do

⁵ Parágrafo Único. São consideradas também, transgressões disciplinares, as ações ou omissões não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crimes nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais; contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decoro da classe, contra os preceitos sociais e

Regulamento Disciplinar da Aeronáutica; e no art. 7º⁶, parágrafo único, do Regulamento Disciplinar da Marinha.(GOLVEIA, 2006, p.20)⁷.

Nessa mesma linha, foram criados os Regulamentos Disciplinarias das Polícias Militares e do Corpo de bombeiros Militares. Ou seja, uma cópia bem aproximada dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas.

À guisa de exemplo, temos o art.12, do Regulamento Disciplinar da Policia militar do Estado de Santa Catarina,o qual aduz:

[...] transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da Ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime. (BRASIL, 2008).

Portanto, nota-se que para verificação da transgressão militar ou transgressão disciplinar militar deve-se observar, sobretudo, os chamados regulamentos disciplinares de que dispõe as Forças Armadas, as Policias Militares e o Corpo de Bombeiros Militares.

Assim sendo, segundo Assis:

É possível dizer que a diferença entre crime militar e transgressão disciplinar será apenas de intensidade da referida violação das obrigações e deveres, o que mostra a estreita ligação entre o Direito Penal Militar e o Direito Disciplinar Militar. Em outras palavras, o que distingue crime militar da transgressão disciplinar é que nesta há uma ofensa menos grave ao mesmo dever militar. (ASSIS, 2009, p.114).

A essa ofensa menos grave, os regulamentos disciplinares de cada corporação prevêem penalidades bem semelhantes. Sobre estas penalidades, discorre-se na subseção seguinte.

as normas da moral contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos, ou prescritos por autoridade competente.

⁶Parágrafo Único - São também consideradas contravenções disciplinares todas as omissões do dever militar não especificadas no presente artigo, desde que não qualificadas como crimes nas leis penais militares, cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes.

⁷No atual Regulamento Disciplinar do Exército tal cláusula de reserva discricionária não está mais presente. A finalidade da revogação do dispositivo regulamentar anterior (Dec. 90.608, de 04. 12. 1984, art. 13, n. 2), referente à aplicação de punição de uma ação ou omissão não especificadas na relação de transgressão, ao que parece, foi para evitar questionamentos judiciais. (ASSIS, 2009, p. 165).

2.4.2 Penalidades disciplinares militares

No que concerne às sanções disciplinares, em Costa (2003, p.154) encontram-se os seguintes esclarecimentos:

quanto ao **gênero**, a sanção pode ser **Corretiva**, isto é, aquela em que há um escopo de cunho retributivo ao sujeito ativo do ato transgressional ;outro de caráter preventivo individual visando a coibir que o sujeito ativo não mais cometa tal ilícito administrativo; preventivo coletivo (*interna corporis*), com intuito de evitar a sensação de impunidade aos demais, coibindo a pratica de atos ilícitos por outros militares,e, por fim, o princípio maior (finalístico) da reeducação.Ou, ainda, **Depurativa**: é a que tem como condão o ideal retributivo e preventivo coletivo, diferindo na ausência do caráter preventivo individual e reeducativo, pois este tipo de sanção visa a excluir o militar da organização, haja vista que uma aplicação de sanção corretiva não atingiria o efeito finalístico.(grifo do autor).

E finaliza, aduzindo que, quanto ao resultado, podem ser de caráter:

Restritivo de liberdade: permanência disciplinar e detenção; **Admonitória**: advertência e repreensão; **Restritivo de Direito**: proibição do uso de uniforme; **Exclusório**: demissão, expulsão e reforma administrativa; e **Pecuniário**: detenção, também, com caráter restritivo de liberdade, (COSTA, 2003, p. 154).

Nos dizeres de Assis (2009, p.127-128):

As sanções que podem ser aplicadas a uma transgressão disciplinar constante no RDE em seu art. 23 e ss. são: **ADVERTÊNCIA** forma mais branda de punir, consistindo em censura verbal; **REPREENÇÃO** é censura enérgica ao transgressor, escrita; **IMPEDIMENTO DISCIPLINAR** é a obrigação de o transgressor não se afastar da Organização Militar, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir; **PRISÃO DISCIPLINAR** é a obrigação de o punido permanecer em local próprio e designado para tal; **LICENCIAMENTO E EXCLUSÃO A BEM DA DISCIPLINA; QUE É O AFASTAMENTO** ex officio das fileiras da Corporação. Além disso, em razão do processo administrativo e/ou condenação por crime militar, existem ainda penas de **DEMISSÃO** do Oficial conseqüente da perda do Posto ou da Patente. (grifo do autor).

Prosegue afirmando que:

No âmbito das Forças Armadas, as punições são similares, valendo destacar, no entanto, que na Marinha, a **prisão** é dividida em simples (recolhimento do Oficial, na Organização Militar ou outro local determinado, sem prejuízo do serviço interno que lhe couber; recolhimento da praça à sua cobertura na Organização Militar ou outro local determinado, sem prejuízo dos serviços internos que lhe couberem, salvo os de responsabilidade e confiança) e **rigorosa** (recolhimento do Oficial, ao recinto que na Organização Militar for destinado ao uso de seu círculo; recolhimento das praças à prisão fechada), existindo ainda pena de serviço extraordinário, que consistirá no desempenho pelo contraventor de qualquer serviço interno, inclusive 'faina'

(atividade ou trabalho a que concorre considerável parcela da tripulação de um navio), em dias e horas em que não lhe competir esse serviço, consoante o R.D.Mar., art. 14. (ASSIS, 2009,128).

E conclui, aduzindo:

As polícias militares e o corpo de bombeiros militares, na condição de força auxiliar e reserva do Exército Brasileiro, guardam similitude com a força terrestre em termos de punições disciplinares, com algumas peculiaridades, como por exemplo, a Brigada Militar do Rio Grande do Sul prevê, no art. 13 do seu Regulamento Disciplinar ao tratar da prisão que, 'exclusivamente para atendimento das disposições de conversão de infração penal em disciplinar, previstas na lei penal militar, haverá o instituto da prisão administrativa, que consiste na permanência do punido no âmbito do quartelamento, com prejuízo do serviço e da instrução'. Por aí se vê que o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar restringiu o conceito de prisão administrativa, que passa a ser aplicado somente nas hipóteses em que o Conselho de Justiça Permanente⁸ ou o Juiz de Direito do Juízo Militar desclassificar o crime militar para transgressão disciplinar, nas hipóteses em que o Código Penal Militar assim permitir. (ASSIS, 2009, p. 128-129).

Lembra Tadeu que:

A prisão administrativa não pode ser um instrumento de coação, mas uma medida excepcional, devendo ser assegurado ao infrator todas as garantias processuais para que o cerceamento da liberdade, *jus libertatis*, possa ser revisto pelo Poder Judiciário, que é o guardião dos direitos do cidadão. (TADEU, 2009, não-paginado).

Qualquer medida que cerceie a liberdade do cidadão, seja civil ou militar, tem que estar amparada por um dos ramos do Direito pátrio. Os servidores públicos militares estão sob a égide do Direito Militar, sobre o qual se tratará no próximo capítulo.

⁸ Quando o militar federal, ou estadual, pratica um ilícito tipificado nas Leis Militares como crime será levado a uma auditoria militar para ser julgado por um Conselho de Justiça. Os Conselhos de Justiça dividem-se em Conselho de Justiça Especial, que julga os oficiais, e o Conselho de Justiça Permanente que julga as praças acusadas da prática de ilícitos penais militares. Os Conselhos funcionam na sede das auditorias militares, que em regra ficam nas Capitais dos Estados. (TADEU, 2009, não-paginado).

3 DIREITO MILITAR

O Direito Militar é desconhecido da maioria dos doutrinadores e profissionais da Ciência Jurídica. Poucas universidades têm, em sua grade curricular, tal disciplina. Aquelas que possuem a matéria, a tem como disciplina optativa. Desse modo, a grande maioria dos acadêmicos não possui contato com esse ramo do Direito.

Esse ostracismo acadêmico faz com que o Direito Militar contribua, cada vez menos, para a consolidação de um Estado democrático de Direito.

Esse esquecido ramo do direito tem como uma das suas ramificações o Direito Administrativo Militar, atualmente muito autônomo. Discorrer-se-á sobre o Direito Administrativo Militar na próxima subseção.

3.1 DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR.

Consoante a doutrina, acredita-se que a fixação do Direito Administrativo Militar, como disciplina autônoma, tem, como marco importante, a edição em 1995, da obra de Antonio Pereira Duarte, *Direito Administrativo Militar*.

Nos dizeres de Assis (2009, p. 75):

O Direito Administrativo Militar pode ser definido como: O conjunto harmônico de princípios jurídicos próprios e peculiares que regem as instituições militares, seus integrantes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado e fixados no Constituição Federal: a defasa da Pátria e a preservação da ordem pública.

Para Duarte (1996, p.3-4):

O Direito Administrativo Militar é o Direito que estuda o campo dos direitos e obrigações dos servidores militares ativos e inativos (reformados ou da reserva), arrimado na Constituição Federal e em diversas fontes legais esparsas (leis, decretos, regulamentos e portarias aplicadas a tal categoria de servidores), enfatizando os aspectos da inclusão ou ingresso no serviço ativo militar, remuneração, promoção, direitos decorrentes da passagem à situação de inatividade, deveres e obrigações, prerrogativas do exercício da função militar, pensão militar, etc.

Lembra, também, Assis (2009, p.75) que:

A primeira instituição a reconhecer o Direito Administrativo Militar, como instituição autônoma, foi o Ministério Público Militar, quando da publicação do Edital do seu 10º Concurso para Promotor de Justiça Militar – 10º CPJM, datado de 14.03.2005, onde a matéria foi prevista como uma das disciplinas a ser cobrada dos candidatos.

“Esse reconhecimento foi muito importante, visto que até o concurso anterior (9º CPJM), a questão era tratada de forma simplista como Legislação das Forças Armadas, sem a dignidade de disciplina autônoma”. (ASSIS, 2009, p.72).

Nesse mesmo sentido, salientando a autonomia do Direito Administrativo Militar, a obra conjunta de Alexandre Henrique da Costa, Cícero Robson Coimbra, Neves Abelardo Júlio da Rocha, Marcelino Fernandes da Silva e Rogério Luiz Marques Mello, quando comentam o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de São Paulo. (ASSIS, 2009, p. 72).

“Destaque-se, por sua vez, a obra de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática, com a 1ª edição lançada em 2003, a 2ª em 2005, e a 3ª revista e atualizada em 2009”. (ASSIS, 2009, p. 72).

Desse modo, Duarte (1996, p. 4) completa:

O Direito Administrativo Militar pode ser entendido como um ramo autônomo do Direito Administrativo Comum, que, através de um conjunto de princípios jurídicos entrelaçados, disciplina e regula a atuação dos órgãos militares, dos servidores militares, objetivando atingir a função constitucional reservada às Forças Militarizadas.

Pela importância desse ramo do Direito Militar, na organização, coordenação e controle da Administração Pública Militar, foi que dele brotou o Direito Administrativo Disciplinar Militar, sobre o qual se - discorre na próxima subseção.

3.1.1 Direito administrativo disciplinar militar

É por meio do Direito Disciplinar Militar que se mantém a disciplina nas organizações militares. Dos ensinamentos de Assis (2009, p. 75), colhem se as seguintes definições:

Direito Disciplinar Militar é aquele que se ocupa com as relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o que pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Chefes, Comandantes e Diretores Militares (conferido por lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhes são subordinados, relação essa tutelada pelos regulamentos disciplinares quando prevê as infrações disciplinares e suas respectivas punições, e controlada pelo Poder Judiciário quando julga as ações propostas contra atos disciplinares militares.

Costa (1983, p. 3), no início da década de 80 do século passado, assim o definiu: “Direito disciplinar é, portanto, o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do Serviço Público”.

O referido autor, em formato revisto e atualizado de sua obra, mantém a mesma definição, aduzindo, no entanto, que as particularidades intrínsecas que permitem fisionomia própria ao Direito Disciplinar, o fazem, pouco a pouco, se desvincular do seu ramo-mãe, ou seja, do Direito Administrativo Militar.(COSTA, 2004, p. 26).

Ademais, Zaffaroni e Cavalhero (1980, p.14) pontuam que: “O direito disciplinar não protege bens jurídicos e, sim, visa, tão-somente, à infração de um dever especial com relação a um determinado serviço”.

Bem por isso, Assis (2009, p. 75 - 76) ressalta que:

Sem entender a estrutura e a organização das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, seus *modus vivendi* próprios, os usos e costumes militares e os valores que lhe são caros, difícil é a compreensão do que seja o direito disciplinar militar o qual, em última análise, é a manifestação do Estado na delimitação de conduta dos integrantes das instituições militares, visando a uma melhor prestação de serviço na consecução das missões constitucionais fixadas para as Forças Armadas e para as Forças Auxiliares.

Assim sendo, vislumbra-se que enquanto o Direito Disciplinar se ocupa com as transgressões disciplinares, o Direito Penal Militar se relaciona diretamente com os crimes militares. Contudo, ambos são balizados pelos princípios que norteiam um efetivo Estado Democrático de Direito. Sobre esses princípios, é que se ocupa a subseção abaixo.

3.2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM O DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

Lembra Assis que na análise dos princípios que incidem sobre os processos administrativos militares, vale dizer, sobre o Direito Disciplinar Militar, há que se ter extrema cautela, a fim de que não se acabe por confundir o poder disciplinar da Administração

Pública, com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal. (ASSIS, 2009, p.200).

Advoga Oliveira:

Antes de elencarmos os princípios que incidem sobre os processos administrativos militares, convém lembrar que a Administração Pública brasileira – aí incluída a Administração Militar, seja federal, seja estadual ou do Distrito Federal, submetese aos princípios específicos consagrados no art. 37, caput, da Carta Magna: lealdade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. No entanto, outros princípios implícitos ou positivados pelo ordenamento jurídico incidem sobre a Administração Pública. (OLIVEIRA, 2005, p. 99).

Dessa forma, passa-se à enumeração dos princípios aplicáveis ao Direito Disciplinar e, como consequência, ao processo administrativo militar:

3.2.1 Princípio da legalidade

Por este princípio exige-se que o processo administrativo seja instaurado com base na lei e para a preservação dela.

Como caracteriza Assis (2009, p.202):

O princípio da legalidade está previsto no art.37, caput, da Constituição Federal, significando que a Administração Pública Militar, a grosso modo, só poderá fazer o que a lei autoriza, a contrário senso do particular, que poderá fazer, além de tudo o que a lei permite, o que ela não proibir também. Já ao início da Carta Magna brasileira, o princípio da legalidade aparece no seu art.5º, inciso II, pelo que *ninguém está obrigado a fazer ou não fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* (grifo do autor).

Adverte Costa (2003, p.55):

Conquanto guarde o ato punitivo disciplinar certa potestade discricionária, em razão de que não há correspondência absoluta entre a transgressão definida na lei e a ação concreta do servidor, há, todavia, elementos desse ato que devem estar em sintonia absoluta com a lei. São os chamados elementos vinculados do ato discricionário, quais sejam: a competência, a finalidade e a forma.

Lembra Meirelles (2001, p. 87) que: “Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativa, no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública”.

Na visão de Assis (2009, p. 202), ao se trazer a discussão do princípio da legalidade para a previsão das transgressões disciplinares, constatar-se-á que, no Brasil, atualmente, destacam-se duas correntes, a saber:

A primeira é a da LEGALIDADE ESTRITA OU ABSOLUTA, fundada no art.5º, inciso LXI, da CF/88, segundo a qual, todas as transgressões disciplinares devem estar previstas em lei formal, elaborada a partir do art. 59 e ss. da Constituição Federal. Para os seguidores dessa corrente, a partir de 1988 não é mais possível a edição de regulamento disciplinar editado por meio de decreto, mas tão somente por lei. Os regulamentos trazidos a lume por decreto antes de 1988, teriam sido recepcionados com *status* de lei ordinária e só por elas poderão ser revogados ou modificados. Portanto, de acordo com essa corrente, seria inconstitucional o Decreto 4.346/02 – Regulamento Disciplinar do Exército, e todos os demais regulamentos disciplinares das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares editados da mesma forma, a partir de 16 de outubro de 1988.

A segunda corrente, continua:

É a da LEGALIDADE AMPLA OU RELATIVA, segundo a qual, o art.5º, inc.LXI, da Carta Magna, na parte em que se refere à transgressão disciplinar definida em lei, deve ser interpretado de forma ampla, tendo em vista a situação particular das Forças Armadas e de seus integrantes, cujos princípios de estrutura e manutenção também se encontram constitucionalmente protegidos.

Tadeu (2009, p. 10), filiando se a primeira corrente, assevera, *a contrario sensu*, que:

As autoridades administrativas militares ainda não aceitam como regra a aplicação do princípio da legalidade na transgressão disciplinar militar, pois entendem que a discricionariedade é necessária para a manutenção do respeito às Instituições Militares. Mas, a observância da hierarquia e da disciplina não pressupõe o descumprimento dos direitos fundamentais que foram assegurados ao cidadão.

Dessa maneira, “o princípio da legalidade na transgressão disciplinar se faz necessário para se evitar o excesso e o arbítrio, no julgamento das faltas disciplinares”. (TADEU, 2009, p. 11).

Além da legalidade, de suma importância, também, será o respeito à tipicidade nos atos administrativos, como se verá na subseção subsequente.

3.2.2 Princípio da tipicidade

A tipicidade, e de conseqüência a teoria do tipo, relaciona-se intimamente com o direito penal - *nullum crimen sine typo*, possui base constitucional no art.5º, XXXIX, da Carta Magna, segundo o qual, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal.(ASSIS, 2009, p. 204).

Prossegue Assis advogando que: É a famosa reserva legal, que não encontra similitude na Carta Magna em face da transgressão disciplinar militar. Em razão disso, os administrativistas tradicionais repelem a existência de um princípio da tipicidade no âmbito do direito disciplinar [...]. (ASSIS, 2009, p. 204).

Para Di Prieto (2006, p. 606):

Ao contrário do direito penal, em que a atipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrentes do postulado segundo o qual, não a crime sem lei que o preveja (*nullum crimem, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações previstas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como ‘falta grave’, ‘procedimento irregular’, ‘ineficiência no serviço’, ‘incontinência pública’, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração à gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço. Na punição administrativa a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem da pena. (DI PRIETO, 2006, p.609).

“Um rápido passeio pelos regulamentos disciplinares militares do Brasil, irá demonstrar a vigência dessa ‘tipicidade mitigada’ ou, para os que preferem , um abrandamento do princípio do tipo administrativo.”(ASSIS, 2009, p. 205).

E continua, aduzindo que: “essa tipicidade mitigada apresenta-se em uma formula peculiar prevista na maioria dos regulamentos disciplinares militares.” (ASSIS, 2009, p. 205).

À guisa de exemplo, ressalta-se que o Parágrafo Único do art.7º do Regulamento Disciplinar da Marinha (RDMar) traz em seu bojo uma cláusula que se pode denominá-la de cláusula de reserva discricionária da autoridade militar. A qual diz:

Também serão consideradas contravenções ou transgressões disciplinares, todas as omissões do dever militar, ainda que não especificadas expressamente nos artigos específicos, desde que não sejam qualificadas como crime e sejam cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes.

Em razão disso, diz Assis:

Por essa cláusula de reserva será a autoridade militar competente quem irá decidir ao seu arbítrio, se determinado fato, cuja hipótese não foi prevista no rol das transgressões do regulamento disciplinar, será ou não infração, isso é a chamada tipicidade mitigada ou um abrandamento do princípio do tipo administrativo. (ASSIS, 2009, p.205).

Por outro norte, Tadeu pondera:

Em tema de liberdade, que é um bem sagrado e tutelado pela CRFB/88 (que, no art. 5º, caput, assegura que todos são iguais perante a lei), não se pode permitir ou aceitar que normas de caráter geral, que não estavam previamente prevista, possam cercear o *jus libertatis* de uma pessoa, no caso o militar. As normas desta espécie, previstas nos regulamentos disciplinares militares, são inconstitucionais, pois permitem a existência do livre arbítrio, que pode levar ao abuso e ao excesso de poder. (TADEU, 2009, p. 9).

Nesse sentido, Meirelles (1995, p.28) ensina que “a discricionariedade não se confunde com poder arbitrário, sendo liberdade de ação dentro dos limites permitidos em lei”.

Neves (2004, p. 191-206), por sua vez, diz:

[...] sente-se falta de uma sistematização mais didática, no Direito Administrativo Disciplinar Militar, que propicie a elaboração, conforme ocorre com o Direito Penal, de uma teoria geral do ilícito administrativo, na qual estaria inserido o conceito analítico de transgressão disciplinar. A formulação de uma teoria dessa ordem seria de fundamental importância não só para a atual persecução da transgressão disciplinar, mas também para subsidiar a formação de novos regulamentos e estatutos disciplinares, possibilitando, ao menos, a unicidade de fundamentos acerca dos ilícitos dessa natureza.

Por isso, frisa-se que o Direito Militar (penal ou disciplinar) é um ramo especial da Ciência Jurídica, com princípios e particularidades próprias, mas se sujeitando aos princípios constitucionais da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, etc.

“Não há dúvida de que a ausência dos princípios constitucionais, em qualquer ramo do Direito, ocasiona, inevitavelmente, a derrocada de um Estado dito Democrático.” (VIVIANI, 2007, p. 14).

Princípios como o do contraditório e da ampla defesa, são, como se verá na próxima subseção, as bases de sustentação de um Estado democrático de Direito.

3.2.3 Princípios do contraditório e da ampla defesa

A aplicação de sanção disciplinar pelas autoridades militares exige a adoção de um procedimento contraditório, sem o qual a sanção imposta pode ser anulada, em atendimento aos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). (VIVIANI, 2007, p. 14).

Por essa razão, a CRFB/88, em seu art. 5º, inciso LV, estabelece o princípio da ampla defesa e do contraditório; *verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Assis (2009, p.208) concorda que:

A doutrina é unânime quanto à aplicação deste importante princípio no processo administrativo, uma vez que ele é decorrente de um direito constitucional, dentre aqueles definidores dos direitos e garantias fundamentais que tem aplicação imediata [...]. Por contraditório e ampla defesa deve-se entender, além da observância pela Administração Militar do rito adequado, a cientificação do processo ao acusado, a oportunidade de contestar a acusação, produzindo as provas que entender necessárias e que sejam admitidas em Direito, o acompanhamento dos atos da instrução e a utilização dos recursos cabíveis.

Ressalta Oliveira (2005, p. 120-121):

[...] não se pode olvidar que o processo administrativo possui contornos diferentes do processo penal, (onde o princípio da ampla defesa e do contraditório ganham imensurada aplicação). Por isso, para exata aplicação do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo, em especial o militar, há que se respeitar as peculiaridades específicas que o informam, anotando-se que existe o pressuposto de aplicação simultânea de outro princípio constitucional, o do devido processo legal, ou seja, o servidor militar acusado de ter cometido falta disciplinar, ou submetido a um processo administrativo (sindicância, Conselho de Disciplina, Conselho de Justificação), exercitará com plenitude a ampla defesa e o contraditório, dentro do que a lei ou o regulamento referente a cada processo estabelecer, vale dizer, a ampla defesa na apuração de uma simples falta disciplinar há que ser exercida em um prazo exíguo, consoante Anexo IV do Regulamento Disciplinar do Exército⁹, três dias para

⁹ Do Procedimento: a) Recebida e processada a parte, será entregue o **Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar** ao militar arrolado como autor do(s) fato(s) que aporá o seu ciente na 1ª via e permanecerá com a 2ª via, tendo, a partir de então, três dias úteis, para apresentar, por escrito (de próprio punho ou impresso) e assinado, suas alegações de defesa, no verso do formulário; b) Em caráter excepcional, sem comprometer a eficácia e a oportunidade da ação disciplinar, o prazo para apresentar as alegações de defesa poderá ser prorrogado, justificadamente, pelo período que se fizer necessário, a critério da autoridade competente, podendo ser concedido, ainda, pela mesma autoridade, prazo para que o interessado possa produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa; c) Caso não deseje apresentar defesa, o militar deverá manifestar esta intenção, de próprio punho, no verso do Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar; d) Se o militar não apresentar, dentro do prazo, as razões de defesa e não manifestar a renúncia à apresentação da defesa, nos termos do item

o acusado apresentar justificativa ou defesa, prazo que só poderá ser prorrogado justificadamente, por um período que se fizer necessário a critério da autoridade.

Nessa linha de raciocínio, aduz Assis:

Os limites do exercício da ampla defesa e do contraditório ao sindicado do Exército serão os previstos nos arts. 15 a 18 das Instruções Gerais para Elaboração de Sindicância no Âmbito do Exército Brasileiro¹⁰ (IG 10-11); ao acusado do Conselho de Disciplina nas Forças Armadas aqueles previstos no Decreto Federal 71.500, de 1792¹¹; ao Judicante do Conselho de Justificação, os limites previstos na Lei 5.836, de 1972¹², e assim por diante. No que tange às Forças Auxiliares, os prazos são bem semelhantes. (ASSIS, 2009, p. 209).

Registra Tadeu:

Os regulamentos existem para serem cumpridos e observados e, quando estes são violados, surge para a Administração Militar o direito de punir o faltoso, que poderá ter o seu *jus libertatis* cerceado, mas o direito de punir, *jus puniendi*, pressupõe o direito de defesa, que deve ser amplo e irrestrito.

"c", a autoridade que estiver conduzindo a apuração do fato certificará no **Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar**, juntamente com duas testemunhas, que o prazo para apresentação de defesa foi concedido, mas o militar permaneceu inerte;e) Cumpridas as etapas anteriores, a autoridade competente para aplicar a punição emitirá conclusão escrita, quanto à procedência ou não das acusações e das alegações de defesa, que subsidiará a análise para o julgamento da transgressão;f) Finalizando, a autoridade competente para aplicar a punição emitirá a decisão, encerrando o processo de apuração.

¹⁰ Art. 15. A sindicância obedecerá aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos a ela inerentes. Art. 16. Será assegurado ao sindicado o direito de acompanhar o processo, apresentar defesa prévia, arrolar testemunhas, solicitar reinquirição de testemunhas, juntar documentos, obter cópias de peças dos autos e requerer o que entender necessário ao exercício de seu direito; - § 1º O sindicante poderá indeferir, mediante despacho fundamentado, pedido do sindicado, quando o seu objeto for ilícito, impertinente, desnecessário, protelatório ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos; - § 2º Será assegurado ao sindicado, a qualquer tempo, constituir procurador. Art. 17. O procurador do sindicado poderá presenciar os atos de inquirição do seu cliente e das testemunhas, bem como acompanhar os demais atos da sindicância, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, podendo, no entanto, reinquiri-las por intermédio do sindicante. Parágrafo único. O previsto neste artigo, no que couber, aplica-se ao sindicado. Art. 18. Será assegurado ao sindicado, no prazo de 5 (cinco) dias corridos [...], vista do processo em local designado pelo sindicante.

¹¹ Art. 9º Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina 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 acusado deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Disciplina, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório. § 2º Em sua defesa, pode o acusado requerer a produção, perante o Conselho de Disciplina, 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. § 4º O processo é acompanhado por um oficial: a) indicado pelo acusado, quando este o desejar para orientação de sua defesa; ou b) designado pela autoridade que nomeou o Conselho de Disciplina, nos casos de revelia.

¹² 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

E continua:

O militar, federal ou estadual, possui os mesmos direitos que são assegurados ao civil, quando é levado a julgamento perante os seus pares, em decorrência da prática de um ato ilícito (administrativo, penal ou civil). Existem certos postulados na CF que não são observados pelas autoridades administrativas quando da realização dos julgamentos. O art. 5º, inciso LV, da CF, assegurou aos acusados em processo judicial, ou administrativo, a ampla defesa e o contraditório, o que significa que o militar não poderá ser punido, ou perder seus bens, sem que lhe seja assegurada a observância dos princípios constitucionais. A defesa prevista na CF impede a existência de um processo meramente formal, que tenha por objetivo apenas dar uma aparência de legalidade. O processo administrativo deve ser efetivo com a participação do acusado em todos os atos, sendo que a presença do militar não é facultativa, mas obrigatória, sob pena de nulidade do ato. (TADEU, 2009, p.3-4).

À guisa de conclusão, aduz:

O princípio do contraditório e da ampla defesa tem que ser aplicado no processo administrativo disciplinar militar em sua plenitude, visto que uma nação somente pode encontrar o seu desenvolvimento quando os administradores e os administrados aprendem a respeitar a norma fundamental, que deve reger as relações entre o Estado e o cidadão. Onde a lei não se faz presente, o caos assume o seu lugar, e as liberdades perdem o seu sentido, ficando a democracia desprotegida e fragmentada. Ao ferir uma norma o cidadão (civil ou militar) deve ser punido, mas essa punição deve se dar em conformidade com a legalidade para que a auto-tutela não viole o Estado de Direito, que não convive com o arbítrio. O *jus libertatis* é um direito fundamental do cidadão, não admitindo meras ficções para ser cerceado. (TADEU, 2009, p. 29).

Por esse prisma, nota-se que foi para evitar o arbítrio que o poder constituinte originário previu no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, conforme se verá na subseção subseqüente.

3.2.4 Princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário

Previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CFRB/88, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

Para Assis (2009, p. 211):

Da leitura do artigo supracitado, não se extrai intromissão alguma do poder Judiciário nas questões administrativas, mesmo as de caráter militar. Visto que, desde a instauração de sua primeira República, em 1891, o Brasil adotou o Sistema

de Jurisdição Única, ou seja, o do controle do ato administrativo pela Justiça Comum, seja ela federal ou estadual. Esse sistema, no entanto, com a chegada da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sofreu uma considerável mudança sem alterar-lhe a essência, com o advento da nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual, cabendo-lhe desde então, com a chegada da nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual, a competência para o julgamento das ações contra atos disciplinares militares. O que deve, inclusive, refletir-se para Justiça Militar da União.

Assim sendo, de acordo com a CRFB/88, art. 125, §§,4º e 5º¹³, todas as demais questões de ordem administrativa, que não forem disciplinares, continuam de competência da justiça Comum, devendo ser anotado ainda que o exercício desta nova competência da Justiça Militar é realizado pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, e não pelos Conselhos de Justiça. (ASSIS, 2009, p.211).

Registra Costa (2003, p. 56) que:

A Carta atual reintegrou a plenitude do princípio judicialista, visto que a Constituição anterior (1967), havendo programado a gradativa instituição do contencioso administrativo entre nós, admitia que a lei ordinária pudesse condicionar o ingresso em juízo ao exaurimento das vias administrativas, desde que não fosse exigida garantia de instância, nem ultrapassada o prazo de cento e oitenta dias para a decisão do pleito (CFRB/1967, Art. 153, § 4º). Na atualidade, é garantida a tutela jurisdicional ao servidor público que tenha sofrido alguma punição disciplinar com vício de legalidade, não ficando a via judicial sujeita, em hipótese alguma, à exaustão das vias administrativas nos moldes assinalados pelo diploma constitucional anterior.

No mesmo sentido, Tadeu diz que o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, permite que o Poder Judiciário analise a razoabilidade da decisão administrativa, ou seja, se esta é ou não abusiva e se o julgamento não se encontra despedido de imparcialidade, que deve acompanhar as decisões proferidas pela Administração Pública, seja ela, civil ou militar. (TADEU, 2005, p. 24).

Assis (2009, p. 213), ainda, pontua que:

É claro - e obvio- que a ofensa a um direito líquido e certo do militar acusado de falta disciplinar(do devido processo legal ou da ampla defesa e contraditório), poderá ser atacada pela via do mandado de segurança, para que a autoridade militar processante assegure os direitos que estão sendo violados, e com isso, a marcha regular do processo .

¹³ § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Assim, nota-se que o acesso ao Judiciário pode ocorrer a qualquer tempo, quando efetivamente, no caso concreto, ocorrer lesão ou ameaça de lesão a um direito líquido e certo do cidadão, seja ele, civil ou militar.

Negar acesso ao Judiciário ao servidor público militar é entender que este é sempre culpado, ou seja, é afastá-lo definitivamente de um outro princípio constitucional, qual seja, da presunção de inocência. Sobre este, discorre-se na próxima subseção.

3.2.5 Princípio da presunção de inocência

Outro princípio em que se discute sua aplicação no processo administrativo é o da presunção de inocência.

Tadeu (2005, p. 32) entende que:

O administrador militar, principalmente o administrador militar estadual, ainda não reconhece nos processos administrativos o princípio da inocência, segundo o qual, na ausência de provas seguras, cabais, que possam demonstrar a culpabilidade do acusado, vige o **princípio in dubio pro reo**. Esse princípio encontra-se consagrado na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Não se admite, como querem alguns administradores, que na dúvida seja aplicado o **princípio in dubio pro administração**. (negrito no original).

Dessa forma, conclui que “o ônus da prova pertence à Administração Pública, que é titular do *jus puniendi*, ou seja, é a administração militar quem tem que demonstrar a culpabilidade do agente, que será inocente até prova em contrário”. (TADEU, 2005, p. 32).

Nessa mesma linha, o professor Rangel (2003, p. 27-31) afirma que:

A visão correta que se deve dar à regra constitucional do art.5º, LVII, refere-se ao ônus da prova. À luz do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu que tem que provar sua inocência, mas sim o Estado-Administração que tem que provar sua culpa.

Oliveira, em contrapartida, advoga que o processo administrativo disciplinar militar possui especificidades próprias, que o diferencia substancialmente do processo

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

administrativo comum, justificando certas regras previstas nos regulamentos disciplinares e nas leis especiais que disciplinam o assunto. (OLIVEIRA, 2005, p. 134-135).

Assis (2009, p. 214) explica que:

O dispositivo constitucional alegado pela corrente que advoga a ampliação do princípio da inocência no processo administrativo, é o do art. 5º, inc. LVII, segundo o qual, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A simples leitura do dispositivo constitucional permite constatar que ele é dirigido ao processo penal, ou seja, o processo que se apura a responsabilidade de algum acusado de ter cometido um crime, e não ao processo administrativo, onde se discute a responsabilidade de o servidor público civil ou militar faltoso, aquele que, demonstra não estar atendendo ao princípio da eficiência, esculpido no art. 37 da Carta Magna.

E prossegue alegando que o dito dispositivo constitucional (art. 5º, LVII) não resguarda, nem no processo penal, a presunção de inocência, haja vista ser cristalino que aquele dispositivo se refere à não-declaração de culpado. Segundo ele, são coisas distintas o fato de não ser declarado culpado e o fato de ser considerado inocente. (ASSIS, 2009, p. 214 - 215).

Conclui, aduzindo que:

Em princípio as causas que justificam as faltas estão previstas no art. 18 do RDE, ou seja, a transgressão foi cometida na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público; em legítima defesa própria ou de outrem; em obediência a ordem superior; para compelir subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, em caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina; por motivo de força maior, plenamente comprovado, e por ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade. Pensar-se em 'causas supralegais de justificativa de transgressão disciplinar' será um devaneio, repellido pelo *modus vivendi* castrense. Se o militar faltoso em sua defesa alegar alguma dessas causas de justificativa, será ele que tem que prová-la, e não a Administração Militar provar a sua inoocorrência, o que seria um absurdo! (ASSIS, 2009, p. 216-217)

Nessa mesma linha Oliveira (2005, p 134-135) assevera:

A aplicação geral e irrestrita da presunção de inocência no campo administrativo sancionador, como sustentam alguns doutrinadores, elevaria à interpretação de que a sanção administrativa não gozaria da presunção de legitimidade e veracidade comum aos demais atos administrativos, cabendo, portanto, o ônus probatório à Administração Pública. Por isso, a inocência no âmbito do regime administrativo disciplinar se presume até certo ponto. Há circunstancia que podem inverter essa presunção, criando aos acusados uma necessidade de provar determinados fatos ou situações.

Por outro norte, Tadeu (2009, p.5) diz:

A Constituição Federal, no seu art.5º, inciso LVII, dispõe que, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. Deve-se observar que o art. 5º, inciso LV, preceitua que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Com fundamentos nos dispositivos constitucionais, fica evidente que o princípio da inocência é aplicável ao Direito Administrativo Disciplinar Militar.

“O princípio da inocência é uma realidade do processo administrativo militar, e deve ser aplicado pelo administrador quando o conjunto probatório impeça a prolação de um seguro decreto condenatório.” (TADEU, 2009, p. 7).

Nessa toada, o artigo da OAB/SP publicado, em 01 de Junho de 2007, no jornal o Estado de São Paulo:

[...] a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, em seu Art. XI, assevera que ‘todo ser humano acusado de ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei’. Igualmente, a jurisprudência de vários países com tradição democrática contempla o instituto da presunção de inocência [...], porque a liberdade individual é o bem maior garantido constitucionalmente. (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2007, p. 9).

Ainda, advoga Tadeu que: “O princípio constitucional da inocência é perfeitamente aplicável ao Direito Administrativo, que possui as mesmas formalidades e garantias previstas para o processo judicial, em atendimento ao art. 5º, inciso LV, da CF”. (TADEU, 2009, p.5-6).

Registra, também, o seguinte:

A precariedade do conjunto probatório deve levar à absolvição do acusado para se evitar que esse passe por humilhações e constrangimentos de difícil reparação, que poderão deixar suas marcas mesmo quando superados, podendo refletir nos serviços prestados pelo militar à população, que é o consumidor final do produto de segurança pública e segurança nacional. (TADEU, 2009, p.6).

Desse modo, arrematando, assevera: Alguns administradores, lamentavelmente, ainda não aplicam de forma explícita as normas constitucionais e, em vez de julgarem com base nas provas, de forma objetiva e imparcial, realizam um julgamento subjetivo, fundamentado em suas convecções pessoais. (TADEU, 2009, p. 25).

Das decisões dos administradores arbitrários não só o princípio da presunção de inocência está ausente, mas, também, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade do ato administrativo. Sobre estes, tratar-se-á na subseção abaixo.

3.2.6 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Esses princípios são considerados, por grande parte da doutrina, como sinônimos.

Segundo Sousa e Sampaio: “a origem e desenvolvimento desses princípios encontram-se intrinsecamente ligados à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, verificada a partir do surgimento do Estado de Direito [...]” (SOUZA E SAMPAIO, 2009, não-paginado).

Ensina Assis (2009, p. 167) que: [...] considerados por muitos como sinônimos, cremos que a melhor conceituação de tais princípios é a de que eles sejam, em verdade, decorrentes um do outro, ou seja, a razoabilidade da punição aplicada decorre do fato de ela, ter sido, efetivamente, proporcional à falta cometida.

Lembram Sousa e Sampaio que:

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto [...] na Constituição de 1988. Isto, contudo, não permite que se infira estar este princípio afastado do sistema constitucional pátrio, visto que se pode auferi-lo implicitamente de alguns dispositivos, bem como do histórico de sua elaboração. (SOUZA E SAMPAIO, 2006, não - paginado).

Na seara militar, Assis (2009, p. 167 -169) aduz que:

É possível encontrar, no direito disciplinar militar vigente, três hipóteses que demonstram o respeito à razoabilidade e à proporcionalidade. A primeira hipótese está no RDE, uma vez que o seu art. 37, inciso I¹⁴, prevê normas que vinculam o ato praticado pela Autoridade aplicadora da sanção disciplinar. A segunda, na fixação limitativa feita pela autoridade militar, ou seja, a maioria dos regulamentos disciplinares deixa à discricionariedade da autoridade militar a classificação das transgressões, assim como a escolha da penalidade a ser aplicada. Nesse diapasão, o art. 21, parágrafo único do RDE¹⁵. Assim sendo, uma vez fixada a punição, a autoridade militar terá que aplicar a penalidade razoável, ou seja, dentro de certos limites pré-estabelecidos, o que demonstra a relatividade de sua discricionariedade. A terceira, é a realizada pelo próprio magistrado, na análise do ato administrativo. Contudo, esta deve ser realizada com muita prudência, sob pena do magistrado

¹⁴ Art. 37. A aplicação da punição disciplinar deve obedecer às seguintes normas: I - a punição disciplinar deve ser proporcional à gravidade da transgressão, dentro dos seguintes limites: a) para a transgressão leve, de advertência até dez dias de impedimento disciplinar, inclusive; b) para a transgressão média, de repreensão até a detenção disciplinar; e c) para a transgressão grave, de prisão disciplinar até o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina; II - a punição disciplinar não pode atingir o limite máximo previsto nas alíneas do inciso I deste artigo, quando ocorrerem apenas circunstâncias atenuantes; III - quando ocorrerem circunstâncias atenuantes e agravantes, a punição disciplinar será aplicada conforme preponderarem essas ou aquelas; IV - por uma única transgressão não deve ser aplicada mais de uma punição disciplinar; V - a punição disciplinar não exime o punido da responsabilidade civil; VI - na ocorrência de mais de uma transgressão, sem conexão entre si, a cada uma deve ser imposta a punição disciplinar correspondente; e VII - havendo conexão, a transgressão de menor gravidade será considerada como circunstância agravante da transgressão principal.

¹⁵ Art. 21. Parágrafo único. A competência para classificar a transgressão é da autoridade a qual couber sua aplicação.

substituir o administrador militar, na aplicação da penalidade, o que não lhe é permitido.

Ressalta Tadeu (2009, p. 25) que:

A punição administrativa deve ser eficaz quando comprovada a culpabilidade do agente, para se evitar o cometimento de novas infrações. A aplicação da sanção administrativa possui o seu aspecto educativo, mas esta deve ser **proporcional** à falta cometida, para se evitar o excesso e a arbitrariedade. O mau profissional, que se afasta dos princípios das corporações[...], deve ser punido, mas em conformidade com a lei, com julgamento **razoável**.(grifo nosso)

“A proporcionalidade é, por conseguinte, idéia ínsita à concepção de estado democrático de Direito”. (SOUZA E SAMPAIO, 2009, não-paginado).

[...] os militares, no exercício de suas funções constitucionais, encontram-se sujeitos a dois princípios fundamentais, a hierarquia e a disciplina. Mas, isso não significa que, em decorrência desses princípios, os julgamentos administrativos possam se afastar do **razoável** [...]. (TADEU, 2009, p. 26, grifo nosso).

“O princípio da razoabilidade tem tido aplicação em todos os ramos do direito brasileiro. Mais que isso, é um vetor interpretativo que caminha de mãos dadas com a Retórica e com a Lógica Jurídica.” (SOUZA, 2008, não - paginado).

Assim sendo, nota-se que razoabilidade e proporcionalidade são princípios que devem ser obedecidos no direito disciplinar militar.

Desse modo, o respeito à razoabilidade e à proporcionalidade é tão importante na aplicação da sanção disciplinar, quanto o respeito ao princípio do *non bis idem*, o qual se abordará na subseção a seguir.

3.2.7 Princípio do *non bis idem*

O Princípio *do non bis in idem*, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, tem sua presença garantida no sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito. Certamente ele se avolumou com o incremento do respeito à dignidade da pessoa humana. (JORIO, 2006, não-paginado).

Segundo Assis (2009, p. 218): “[...] a questão se torna controvertida quando se pretende analisar o princípio citado à luz de um fato suscetível de enquadrar-se, ao mesmo tempo, tanto na órbita penal como na disciplinar.”

E continua, afirmando que a aplicação do princípio *do non bis idem* no direito disciplinar militar, pode ser admitida de forma muito restrita, tendo em vista as seguintes hipóteses:

1ª) a hipótese que não admite que um servidor público, civil ou militar, seja punido duas vezes pela mesma falta administrativa, quando existir identidade de sujeito, fato e fundamento. Nesse sentido o próprio Supremo Tribunal Federal já sumulou a questão: É inadmissível segunda punição do servidor público baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira (SÚMULA 19/STF).

2ª) na hipótese de concurso de crime militar e de transgressão disciplinar de mesma natureza, ocasião em que será aplicada somente a pena relativa ao crime militar consoante art. 42, § 2º do Estatuto dos Militares.

Nota-se, entretanto, que a posição do STF não se refere à possibilidade de agravação da punição imposta ao militar, que é uma característica das sanções disciplinares militares, mesmo porque a agravação se insere ainda dentro do rito de aplicação daquela penalidade que foi cominada de forma definitiva. (ASSIS, 2009, p. 219).

Nesses casos, apura-se inicialmente o crime militar, para somente depois do processo penal, apurar-se eventual falta administrativa residual. Este comando está previsto nos §§ 4º, 5º e 6º, art. 14 do Regulamento Disciplinar do Exército e repetido em regulamentos de algumas Polícias Militares¹⁶:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.[...];-§ 4º No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.§ 5º Na hipótese do § 4º, a autoridade competente para aplicar a pena disciplinar deve aguardar o pronunciamento da Justiça, para posterior avaliação da questão no âmbito administrativo.§ 6º Quando, por ocasião do julgamento do crime, este for descaracterizado para transgressão ou a denúncia for rejeitada, a falta cometida deverá ser apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o faltoso.(BRASIL, 2008).

Registra, ainda, Assis:

São exemplos de concurso de crime e falta disciplinares da mesma natureza: ‘deixar de exercer autoridade compatível com seu posto e graduação’ e ‘deixar de punir o subordinado que cometer transgressão disciplinar, salvo na ocorrência de justificação’, previstas no RDE, itens 4 e 5 do Anexo I; com o crime do art. 322 do CPM (condescendência criminosa);[...], ou ainda, ‘comparecer a qualquer ato de serviço em visível estado de embriaguez ou nele se embriagar’, previsto no n.110 do Anexo I, com o crime do art.202 do CPM (embriaguez em serviço), e assim por diante. (ASSIS, 2009, p. 2200).

¹⁶ § 2º No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime.

“Verifica-se que existe uma identidade entre o crime militar e a transgressões disciplinares, ambos são violações ao dever militar, diferindo entre eles apenas a intensidade de ofensa, mais acentuada no crime militar”. (ASSIS, 2009, p. 219).

Contudo, lembra Cueva (2008, p.8):” Não se deve perder de vista que o princípio *do non bis idem* funda-se não apenas no princípio da legalidade, mas também no princípio da proporcionalidade.”

Arrematando, aduz Assis:

A autoridade competente para aplicar a pena disciplinar deve aguardar o pronunciamento da Justiça, para posterior avaliação da questão no âmbito administrativo. Quando por ocasião do julgamento do crime, este for desclassificado para transgressão disciplinar ou a denúncia for rejeitada pelo mesmo fundamento, a falta cometida deverá ser apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o faltoso.

Após essa breve explanação sobre o servidor público militar e o Direito Militar, no próximo capítulo, passa-se ao foco principal desse trabalho: o *habeas corpus*.

4 *HABEAS CORPUS*

O *habeas corpus* é um tipo de ação diversa das demais, não só pelo fato de estar esculpido na CRFB/88, mas, sobretudo, porque salvaguarda um bem sagrado do cidadão, qual seja: a liberdade. Assim, torna-se defeso, em um Estado Democrático de Direito, negá-lo a qualquer cidadão. Sobre esse importante instituto discorre-se, a partir da subseção subsequente.

4.1 BREVE LINEAMENTO HISTÓRICO SOBRE A ORIGEM DO *HABEAS CORPUS*

Os princípios essenciais do *habeas corpus* vêm, na Inglaterra, do ano de 1215. Mas há muitas discordâncias sobre a origem do instituto.

Nesse diapasão Fachin (2008,p.190) ensina que:

A Idade Média durou cerca de mil anos. É conhecida como Idade das Trevas ou como a 'longa noite de mil anos'. Divide-se em Alta Idade Média (século V a X), período em que o feudalismo alcançou o apogeu, e Baixa Idade Média (século X a XV), quando o feudalismo entrou em declínio e, em seu lugar surgiu a Idade Moderna. Naquele momento da história, foi editada a Magna Carta, onde surgiu o *habeas corpus*, consequência de lutas travadas pelos barões e os homens livres com o rei João Sem Terra.

Pontes de Miranda (1999, p. 46) aduz que:

o *habeas corpus* surgiu no reinado de João Sem Terra. Por pressão dos barões foi outorgada, nos campos de Rummymed na Inglaterra, a Carta Magna Inglesa, a qual previa o instituto. O mandado de *habeas corpus*, o writ, foi considerado algo de prerrogativa. Os governos autoritários chegaram a exprobar-lhe ser algo de tratamento do povo como rei, ex rei.

Defende Tavares, também, (2008, p. 830) que:

O *habeas corpus* tem origem mais remota na Inglaterra, no ano de 1215, com a Magna Carta, editada pelo Rei João sem Terra. Esta assegurava aos indivíduos garantias, como a do devido processo legal, devendo o acusado ser submetido a um Tribunal competente. Tal proteção evoluiu até que a liberdade de locomoção foi protegida por remédio específico, com o *Habeas Corpus Amendment Act*, de 1679.

Observa, ainda, Pontes de Miranda (1999, p. 56) que:

não fazemos idéia dos serviços prestados por esse remédio, se tivermos em memória o que era a liberdade pessoal nos povos antigos, e na Idade Média. O direito de ir, ficar e vir era vaga noção, sem as seguranças e garantias necessárias que o efetivassem. Direito subjetivo não havia; nem a pretensão, nem a ação. As violações ficavam impunes. Por toda a parte, coagiam-se indivíduos, ilegalmente. Os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços domésticos.

Juliano Mozin (2007, p. 31) acrescenta que:

O direito Canônico também deu sua contribuição ao *habeas corpus*, salvaguardando o sagrado direito à liberdade individual da seguinte forma, ' Deve-se reconhecer ao homem a liberdade em sumo grau e não se há de restringi-la a não ser quando e quanto for necessário'(Declaração Concílio Vaticano II – 7 C/ 1556).

Nesse sentido, José Afonso (1996, p. 276) assevera que: “Historicamente, o *habeas corpus* provém da Carta Magna inglesa (1215), confirmado por uma lei constitucional específica (Lei do *Habeas Corpus*, 1679) ; do direito britânico passou à Europa e às Américas”.

“O certo é que, nascido no direito inglês, ele de lá se irradia para o mundo. Inicialmente levado por colonizadores da América do Norte e depois pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. (BASTOS, 1998, p. 232).

Lembra Fachin (2008, p. 192) que:

Embora o instituto já estivesse previsto na Magna Carta de João Sem Terra, havia enorme dificuldade para que as pessoas pudessem dele usufruir. Faltava clareza quanto ao modo de exercer o *habeas corpus* e, por meio dele, proteger a liberdade física das pessoas. É a razão do surgimento, na Inglaterra, da Lei do *Habeas Corpus* (1679). Seus idealizadores preocuparam-se em assegurar os meios para a sua efetivação. Tinha, portanto, natureza processual, visto que se preocupava com a efetivação do direito.

A Lei do *Habeas Corpus* de 1679 veio fornecer os meios para ser posto em execução, com eficiência e rigor, o writ de muitos séculos consagrado pela prática. Serviu como instrumento para combater a opressão e a violência sofridas pelas pessoas em face da tirania do poder do rei e de seus seguidores. (MIRANDA, 1999, p. 93)

Por outro norte, Morais (2003, p. 137) aduz que: “O *habeas corpus* tem sua origem remota no Direito Romano, pelo qual todo o cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada que se chamava *interdictum de libero homine exhibendo*”.

Nesse sentido, Ferreira (1998, p. 137) advoga que:

A origem do *habeas corpus* remonta do direito romano, com o *interdictum de homine libero exhibendo*, uma espécie de ordem que o pretor dava para que o cidadão fosse trazido a julgamento, em que se apreciaria a legalidade da prisão. O *interdictum de homine libero exhibendo* e o *interdictum de liberis exhibendis* garantiram ao cidadão romano a liberdade de ir, vir e ficar, o direito de locomoção, a plena liberdade pessoal.

E prossegue esclarecendo que:

Mais tarde ressurgiu na Inglaterra com os diversos *writs* destinados a proteger a liberdade, atribuindo-se a sua origem ao reinado de Henrique II (1133- 1189), a princípio apenas amparando os barões e a nobreza, cuja prisão a Magna Carta de 1215 não admitia sem julgamento dos seus pares, não protegendo, porém, o homem comum, como sucedeu posteriormente. (FERREIRA, 1998, p. 137).

Registra Capez: “O *habeas corpus* tem sua origem remota no direito romano, onde todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada, conhecida por *interdictum de libero homine exhibendo*”.(CAPEZ, 2008, p. 706-707).

Contudo, reconhece:

Parte da doutrina aponta sua origem no Capítulo XXIX da Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra em 15 (ou 19) de junho de 1215. O art. 48 daquele diploma aduzia o seguinte: ‘Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento por seus pares, de acordo com a lei do país’. (CAPEZ, 2008, p. 707).

Por sua vez, lembra Fachin (2008, p. 296):

[...] afirma-se, repetidamente, que o *habeas corpus* esteve previsto na Magna Carta, assinada na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem Terra. E, mais tarde, também, foi publicada a Lei do *habeas corpus* (1627), a qual estabeleceu um procedimento a ser seguido para a sua tramitação. Ademais, ainda, na Inglaterra, em 1679, publicou-se o *Habeas Corpus Act*. (FACHIN, 2008.p.296)

Para Bastos (1998, p. 232):

[...] a configuração plena do *habeas corpus* ocorreu em 1816, com o advento do *Habeas Corpus Act*, o qual amplia o campo de atuação e incidência do instituto, para colher a defesa rápida e eficaz da liberdade individual. Até então ele só era utilizado quando se tratasse de pessoa acusada de crime, não sendo utilizável em outras hipóteses.

Entretanto, ainda em Capez, colhem-se mais estes esclarecimentos:

Após a Magna Carta de 1215 e antes do advento do *habeas corpus* de 1816, sob o governo de Carlo I, que pretendia governar sem leis e sem nobreza, a campanha dos ingleses pela consolidação da liberdade recomeçou. O movimento de oposição ao governo culminou com a criação de uma declaração formal chamada *Petition of Rights* (Petição de Direitos), onde foram reafirmadas as liberdades públicas fundamentais e o respeito às leis de *habeas corpus*. (CAPEZ, 2008, p. 707).

Esclarece, também, que:

[...] mesmo depois da Petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a todo o momento, ou, o que era ainda pior, simplesmente, desobedecidas. As reivindicações liberatórias continuaram, e, em 1679, já sob o reinado de Carlos II, surge o *Habeas Corpus Act*, consagrando-se o *writ of habeas corpus*, como remédio eficaz para a soltura de pessoa ilegalmente presa ou detido. (CAPEZ, 2008, p. 707).

O *writ* de 1679, todavia, limitava-se a atender pessoas acusadas de crime, não tendo aplicação para os demais casos de prisão ilegal. Com o advento do *Habeas Corpus Act* de 1816, foi ampliado o anterior e alcançado qualquer ofensa à liberdade dos indivíduos, ainda que não acusados de crime. (CAPEZ, 2008, p. 707-708).

Nessa toada, pondera Pontes de Miranda (1999, p. 107-108):

[...] estando uma pessoa presa ou detida por outros motivos diversos da acusação criminal, começou a usar-se do *habeas corpus Act* de 1816, para apressar a decisão. Uma vez resolvida a questão da ilegalidade, do constrangimento do impetrante, restituía-lhe a liberdade, como antes se procedia relativamente às detenções ilegais por suspeita de crime. Depois do *habeas corpus* de 1816, não há desconhecer as garantias que cercaram, na Inglaterra, o direito de ir, ficar e vir.

Nota-se que atualmente, o instituto está difundido em quase todas as legislações do mundo. Mas como assevera Pontes de Miranda: “A trajetória do *habeas corpus* é uma história de lutas acirradas em defesa da liberdade de locomoção” (MIRANDA, 1999, p. 47). História essa, que, no Direito Pátrio, abordar-se-á, de uma forma breve, na subseção seguinte.

4.2 BREVE HISTÓRICO DO *HABEAS CORPUS* NO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese alguns doutrinadores afirmarem que na legislação brasileira, o *habeas corpus* surgiu com o Código de Processo do Império, de 1832, há entendimento que assegura sua existência implícita na primeira Constituição do Império de 1824.

Pontes de Miranda, citando José de Alencar, assim aduziu:

No Parlamento, o deputado José de Alencar, em 1870, frisou: ‘Senhores! Alguns pensam que o *habeas corpus* data do Código de Processo Criminal: minha opinião é contrária. Entendo que, embora caiba aos autores do Código de Processo a glória de terem compreendido e tratado de desconvolgar o pensamento constitucional, o *habeas corpus* está incluído, está implícito na Constituição, quando ela decretou a independência dos poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer de tudo [...]. (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 169).

“Mesmo antes do Código do Processo Criminal do Império (1832), havia ação de desconstrangimento, sem o nome de *habeas corpus*, mas classificável como tal. Magistrados e tribunais atendiam aos pedidos de soltura, por ser ilegal a prisão”. (PONTES DE MIRANDA, 1999, p. 170).

Acerca desse assunto Companhia (1989, p. 768) esclarece que:

É defensável a tese de que o ingresso do remédio heróico no direito brasileiro ocorreu, de forma implícita, com a Constituição do Império, de 25.03.1824, cujo art.179, inc. X dispunha: ‘À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita de autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar’.

Registra, ainda, Pontes de Miranda (1999, p. 172):

Estava de tal modo propagado o amor da liberdade no espírito brasileiro, na primeira metade do século XIX, graças aos novos políticos educados na Europa, abeberados de direito inglês e de idéias libertárias da França contemporânea, que à maravilha se misturavam em sua formação moral, e às condições mesmas da alma secular do mundo, que a inserção do *habeas corpus* derivou, facilmente, de nossa primeira carta constitucional.

Se sobre a origem pátria do instituto paira dúvida, uma certeza se nota: o Código de Processo Criminal, publicado em 1832, previu expressamente o instituto em caso de prisão ou de constrangimento ilegal à liberdade de uma pessoa.

Tavares (2008, p 830), nessa esteira, advoga que: [...] na história brasileira essa garantia foi prevista originariamente no Código de Processo Criminal do Império de 1832, em seu art. 340¹⁷ e somente depois, no art. 72, § 22, da Constituição de 1891 é que alcançou *status* constitucional.

Em Assis (2009, p. 179) encontram-se os seguintes ensinamentos:

Uma simples leitura do art. 72, § 22, possibilita constatar que o *habeas corpus* tutelava qualquer direito, assim compreendido não só a liberdade de ir e vir, mas o que fosse necessário para o exercício de outros direitos, notadamente aqueles defendidos contemporaneamente pelo Mandado de Segurança, cuja separação e delimitação dos dois institutos, ocorreram com a Constituição de 1934.

Mendes (2008, p. 521) afirma que: “em 1926, o remédio heróico teve seu campo de atuação reduzido, por uma Emenda Constitucional, restringindo sua proteção somente à liberdade de locomoção”.

Segundo Assis, no tocante ao Direito Militar Pátrio, o *habeas corpus* surgiu no Código de Justiça Militar de 1926, modificado pelo Decreto 24.803, de 14.07.1934, o qual previa o instituto em seu art. 261. (ASSIS, 2009, p. 182).

Continua Assis aduzindo que o Código da Justiça Militar que se seguiu, Dec. - lei 925, de 02. 12. 1938, previu um capítulo específico sobre o *habeas corpus*, tratado em seu art. 272 e parágrafos. A redação do artigo era a seguinte:

Art. 272. Todo aquele que sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, por ato de alguma autoridade militar, judiciária ou administrativa, ou de junta de alistamento e sorteio militar, poderá requerer ao Supremo Tribunal Militar uma ordem de *habeas corpus*, por si ou por procurador; [...]; § 6º Nas punições disciplinares não cabe o *habeas corpus*. (BRASIL, 2001).

Assim sendo, diz Assis:

Verifica-se que o texto do art.272, §6º, do Código de Justiça Militar se coadunava com o art. 122, § 16, da Constituição Federal de 1937, que vedava, expressamente, o *habeas corpus*, em sede de transgressão disciplinar; *verbis*: Dá-se *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe *habeas corpus* (ASSIS, 2009, p. 180-183).

¹⁷ Art. 340: Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor. Observe que a possibilidade de solicitação da medida somente cabia em casos de restrição da liberdade pela prisão. A idéia de perigo de restrição da liberdade somente foi albergada pelo sistema pátrio na Lei nº2.033 de 1871, que em seu artigo 18, § 1º afirmou ser cabível o *habeas corpus* mesmo quando o paciente se veja ameaçado do constrangimento corporal. (GUINALZ, 2009).

Explica ainda que: O Código de Justiça Militar de 1938 iria vigor até 21.10.1969, quando foi substituído pelo Código de Processo Penal Militar, trazido a lume pelo Decreto-lei 1002/69, submetendo-se, portanto, às Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. (ASSIS, 2009, p. 183).

Finaliza aduzindo: o atual Código de Processo Penal Militar (CPPM) a fim de ir ao encontro da atual Carta Política Brasileira, prevê, no seu art. 466 e parágrafo único o seguinte:

Art. 466. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. [...] Parágrafo Único. Excetuam-se, todavia, os casos em que a ameaça ou coação resultar: a) de punição disciplinar militar aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares da Forças Armadas; b) de punição aplicada aos oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares, de acordo com os respectivos Regulamento Disciplinares; [...].(ASSIS, 2009, p.183).

“Desse modo, o Código de Processo Penal Militar está procurando se adequar a Carta vigente, de 05.10.1988”. (ASSIS, 2009, p. 185).

Nota-se que sempre foi negado ao servidor público militar esse importantíssimo instituto, mas, atualmente, as interpretações jurisprudências e doutrinárias vêm mudando. Para que se possa entender tal mudança, necessário se faz discorrer sobre os Atos Administrativos. Como se verá na subseção subsequente.

4.3 *HABEAS CORPUS* NA ESFERA DISCIPLINAR MILITAR

Antes de adentrar-se à subseção que trata do cabimento do instituto na esfera disciplinar militar, e tendo em vista que a celeuma em torno do *habeas corpus*, em sede de transgressões disciplinares militares, está intimamente ligada à possibilidade de ingerência do Judiciário sobre os atos administrativos, então necessário se faz realizar uma breve abordagem, sobre os atos administrativos disciplinares militares.

Para Assis: “os atos disciplinares militares se inserem no conceito amplo dos atos administrativos e, sendo assim, devem estar dotados dos mesmos requisitos que os informam”. (ASSIS, 2009, p. 168).

Meirelles (1999, p. 146), por sua vez, leciona que:

O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, objeto, motivo. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário [...].

Para Tadeu (2009, p. 224):

A competência do ato administrativo disciplinar está relacionada com a pessoa do agente que deverá possuir atribuição para a realização do ato. Essa atribuição do agente administrativo vem fixada por expressa disposição legal, não decorrendo da vontade do Poder Executivo e nem mesmo da pretensão do funcionário público, civil ou militar (TADEU, 2009, p. 224).

Para Assis (2009, p. 161): “Competência administrativa para punir o subordinado é o poder atribuído para determinadas autoridades militares em razão dos cargos que ocupam”.

Sobre a finalidade do ato administrativo, aduz Meirelles (1999, p. 147) o seguinte:

Outro requisito necessário do ato administrativo é a finalidade, ou seja, o objetivo de interesse público a atingir. Não se compreende ato administrativo sem fim público. [...] A alteração da finalidade expressa na norma legal ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder, que rende ensejo à invalidação do ato, por lhe falhar um elemento primacial em sua formação: fim público desejado pelo legislador.

Da lição de Assis depreende o seguinte:

Se considerarmos a pessoa do militar em relação à sua organização militar, teremos que a finalidade da punição estará alcançada quando dela advier benefício para o punido, pela sua reeducação, ou para a Organização Militar a que pertence, pelo fortalecimento da disciplina e da hierarquia. Pode-se dizer igualmente que a punição visa à preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo do punido e da coletividade a que ele pertence. (ASSIS, 2009, p. 162).

Tadeu registra que o direito Administrativo regulamenta as relações que ocorrem entre Estado e administrados para a realização do interesse público e do bem comum. Na busca da estabilidade das relações sociais e da segurança jurídica exige-se que a Administração Pública obedeça à forma prescrita pela Lei para que o ato administrativo possa ser considerado válido e eficaz. (TADEU, 2009, p. 227).

Em Meirelles (1999, p. 148) colhem-se os seguintes ensinamentos:

O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para

que se expresse validamente. [...] Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, frequentemente, pela própria Administração Pública e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

Diz Assis que: “o ato disciplinar militar é sempre formal. Para que se possa visualizar a forma de um ato disciplinar militar, vale observar o art. 34 do RDE¹⁸, pois as demais forças armadas e também auxiliares seguem o mesmo padrão.” (ASSIS, 2009, p.163).

No tocante ao motivo do ato, Medauar (1996, p. 155) ensina que:

O motivo é entendido como sendo ‘as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem à edição do ato administrativo. Por exemplo: o ato disciplinar punitivo tem como motivo uma conduta do servidor (circunstância de fato) que a lei qualificou como infração funcional (elemento de direito)’.

Sobre esse assunto, Assis (2009, p. 164) advoga que:

O motivo do ato disciplinar pode ser expresso de duas formas: Quando se tratar da aplicação de uma punição disciplinar, seu motivo será a transgressão de um preceito estabelecido no regulamento disciplinar e não qualificado como crime nas leis penais militares; [...]. Já quando se tratar de ato que diga respeito à instauração de um processo administrativo disciplinar, será a violação, pelo militar, do dispositivo legal [...], que autoriza a instauração do referido processo.

O motivo do ato administrativo juntamente com o objeto pertencem aos critérios de conveniência e oportunidade que, segundo a maioria da doutrina, são juízos exclusivos da Administração Pública, Civil ou Militar, que não podem ser analisados pelo Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais. (TADEU, 2009, p. 264).

Sobre o objeto, Maudauar explica que:

[...] deve ser entendido como sendo o efeito praticado (pretendido) pela administração pública, civil ou militar, com a edição do ato ou a modificação por ele

¹⁸ Art. 34. A aplicação da punição disciplinar compreende: I - elaboração de nota de punição, de acordo com o modelo do Anexo II; II - publicação no boletim interno da OM, exceto no caso de advertência; e III - registro na ficha disciplinar individual. § 1º A nota de punição deve conter: I - a descrição sumária, clara e precisa dos fatos; II - as circunstâncias que configuram a transgressão, relacionando-as às prescritas neste Regulamento; e III - o enquadramento que caracteriza a transgressão, acrescida de outros detalhes relacionados com o comportamento do transgressor, para as praças, e com o cumprimento da punição disciplinar. § 2º No enquadramento, serão mencionados: I - a descrição clara e precisa do fato, bem como o número da relação do Anexo I no qual este se enquadra; II - a referência aos artigos, parágrafos, incisos, alíneas e números das leis, regulamentos, convenções, normas ou ordens que forem contrariadas ou contra os quais tenha havido omissão, no caso de transgressões a outras normas do ordenamento jurídico; III - os artigos, incisos e alíneas das circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causas de exclusão ou de justificação; IV - a classificação da transgressão; V - a punição disciplinar imposta; VI - o local para o cumprimento da punição disciplinar, se for o caso; VII - a classificação do comportamento militar em que o punido permanecer ou ingressar; VIII - as datas do início e do término do cumprimento da punição disciplinar; e IX - a determinação para posterior cumprimento, se o punido estiver baixado, afastado do serviço ou à disposição de outras autoridades.

trazida ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, num ato de nomeação o resultado pretendido é investir uma pessoa nas funções de um cargo, para assumir o dever e o direito de exercer as atribuições pertinentes. (MADAUAR, 1996, p.154)

Acerca desse assunto Tadeu advoga que:

[...] assim como ocorre com o motivo do ato, a doutrina mais conservadora, que muitas vezes se manifesta nas decisões proferidas pelos Tribunais superiores, entende que o Poder Judiciário não possui competência para analisar o objeto do ato, uma vez que são requisitos relacionados com a conveniência e oportunidade. Atualmente, uma nova corrente doutrinária vem entendendo, com base na Constituição Federal de 1988, que o Poder Judiciário tem competência para analisar o mérito do ato administrativo, em razão do princípio da jurisdição única que foi estabelecido pelo legislador constitucional originário de 1988. (TADEU, 2009, p. 231).

No que tange ao mérito do Ato Administrativo, Meirelles (1999, p. 150) aduz que:

O conceito é de difícil fixação, mas poderá ser assinalado sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato. O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

Conforme Assis (2009, p. 164-165): “[...] a incidência do mérito do ato administrativo ocorre nos chamados atos discricionários, em que o administrador, inclusive o militar, levará em conta para a sua decisão, a conveniência e a oportunidade do referido ato.”

Caio Tácito citado por Meirelles (1999, p. 156) explica que:

Nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam os processos administrativos, não há falar em mérito administrativo, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder.

Ainda em Assis (2009, p. 165) colhem-se os seguintes ensinamentos:

Em relação aos atos disciplinares militares, em que pese alguns deles serem vinculados, p.ex., a instauração do processo especial do Conselho de Justificação, (Lei 5.836-72, art. 2º), ou do Conselho de Disciplina (Dec. 71.500-72, art. 2º), em várias oportunidades será a discricionariedade do administrador militar (Comandante, Chefe ou Diretor) que dirá efetivamente, se as hipóteses previstas em lei ou regulamentos estão presentes. Mesmo nas duas hipóteses dos Conselhos referidos. A análise de mérito da autoridade militar é que concluirá se o militar acusado praticou ou não ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Conclui, aduzindo:

Mérito administrativo tem sentido próprio e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. Assim sendo, na apuração da falta disciplinar militar e conseqüente aplicação da correspondente punição, a valoração fica estritamente submetida à discricionariedade do Comandante. (ASSIS, 2009, p. 165).

Na subseção seguinte, tratar-se-á da admissibilidade do *habeas corpus*, em sede de transgressão disciplinar, entretanto, verificar-se-á que há controvérsias, sobretudo, no tocante à ingerência jurídica no mérito do ato administrativo disciplinar militar.

4.3.1 Da admissibilidade do *habeas corpus* nas transgressões militares

A questão da admissibilidade do *Habeas Corpus* nas transgressões disciplinares militares é tortuosa, tem atormentado, a um momento, os aplicadores do direito, os comandos militares e os que entendem estarem ameaçados de restrição a sua liberdade individual, em face da apuração de eventual falta disciplinar. (ASSIS, 2009, p. 175).

No que concerne ao assunto, delinea-se, atualmente, três correntes, a saber: A primeira, mas ortodoxa, inadmite o remédio heróico, pura e simplesmente. Consoante os seguidores dessa teoria estremada, devem ser protegidos os conceitos de hierarquia e disciplina, que deverão ficar à margem qualquer análise pelo Judiciário. (ASSIS, 2009, p. 186).

Nesse diapasão, está Ceneviva (1989, p 68), para quem “por razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina, não cabe *habeas corpus* para punições militares de caráter disciplinar”.

Afonso da Silva (1994, p. 738), por sua vez, reforça tal entendimento aduzindo que:

Onde há hierarquia, [...], há, corretamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, [...]. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica. Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao *habeas corpus*, nos termos do art. 142, § 2º [CF/88], que declara não caber aquele remédio constitucional em relação a punições disciplinares militares.

Seabra Fagundes (2005, p. 178) afirma que:

[...] ainda que o ato administrativo, em tal caso, se apresente com ilegalidade evidente, mesmo que esta se manifeste nos seus aspectos vinculados, como o concernente à competência, não cai sob a apreciação judiciária. A restrição se inspira no propósito de fortalecer a disciplina nas corporações militares, subtraindo-se os atos dos superiores hierárquicos, considerados essenciais à sua organização e eficiência, à impugnação e discussão dos subordinados.

É oportuno ressaltar o parecer do Procurador da República Mario Pimentel Albuquerque, o qual sintetizou a ideal coexistência entre a Justiça e a peculiar vida militar, constante no HC 2.217/RJ – TRF/2ª Região, julgado em 25/04/2001, cujo relator foi o Des. Federal Sérgio Correa Feltrin. Leitura recomendada pelo chefe do Departamento Geral de Pessoal do Exército Brasileiro (DGP) ¹⁹ :

A hierarquia e a disciplina constituem, por assim dizer, a própria essência das forças armadas. Se quisermos, portanto, preservar a integridade delas devemos começar pela tarefa de levantar um sólido obstáculo às pretensões do Judiciário, se é que existem, de tentar traduzir em conceitos jurídicos experiências vitais da caserna. Princípios como os da isonomia e da inafastabilidade do Judiciário têm pouco peso quando se trata de aferir situações específicas à luz dos valores constitucionais da hierarquia e da disciplina.[...] seria tão desastroso para missão institucional das forças armadas que as ordens de um oficial pudessem ser contraditadas nos tribunais comuns, como para a coesão da família, se a legitimidade do pátrio poder dependesse, para ser exercido, do plebiscito da prole.Princípios democráticos são muito bons onde há relação sociais de coordenação [...]. Se o Judiciário, por uma hipersensibilidade na aplicação dos aludidos princípios constitucionais, estimular ou der ensejo a feitos como os da espécie, pronto: os quartéis se superpovoariam de advogados e despachantes [...] acarretando a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina. [...]. Se um indivíduo não está vocacionado à carreira das armas, com o despojamento que ela exige, que procure seus objetivos no amplo domínio da vida civil [...]. Erra rotundamente quem pretende afirmar valores individuais onde, por necessidade indeclinável, só os coletivos têm a primazia. Comete erro maior, porém, quem, colimando a defesa dos primeiros, busca a cumplicidade do Judiciário para, deliberadamente ou não, socavar os segundos, ainda que aos nossos olhos profanos, lídimo possa perecer tal expediente e constitucional a pretensão através dele deduzida. (BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2001).

É nítida a discordância das autoridades militares quando vêm seu ato administrativo questionado na Justiça pelo subordinado, para essas autoridades isso ocasiona a derrocada da hierarquia e da disciplina, alicerces fundamentais da Instituição Militar.

¹⁹ O Departamento-Geral do Pessoal (DGP) é o órgão de direção setorial do Exército Brasileiro, responsável pelo planejamento, orientação, coordenação e o controle das atividades do Sistema de Pessoal do Exército, e pela execução das atividades de administração de pessoal que lhe são atribuídas pela legislação específica. (MINISTÉRIO DA DEFESA-EXÉRCITO BRASILEIRO, 2009, não-paginado).

Luis, em um trabalho de conclusão de curso da ECEME (Escola de Comando e Estado Maior do Exército), afirma que:

As ingerências do Poder Judiciário têm causado transtornos na ação de comando, em todos os níveis da Administração Militar. [...] O Comandante de Organização Militar passou a ter seus atos administrativos questionados na justiça comum, com reflexos negativos para a disciplina, coesão e espírito de corpo que devem existir nas diferentes Organizações Militares [...] as decisões judiciais, geralmente sob forma de liminar, vêm prejudicando sensivelmente a Instituição e interferindo na ação de comando. (LUIS, 2002, não-paginado).

Na expressão de Arruda:

A origem desse estado de divergência insinua que grande parte dos litígios não resolvidos na instância administrativa pode estar sendo também influenciado pelo nível de escolaridade alcançado pelos sargentos, aliado ao ambiente acadêmico que são formados os dois grupos: os oficiais, sob regime disciplinar rígido, durante praticamente 24 horas do dia, têm contatos fora dos portões da Academia, apenas nos licenciamentos de fim de semana. Os sargentos, por outro lado, salvo quando estão de serviço e pernoitam no quartel, mantêm contato diário com o mundo dos paisanos. Ou seja, os oficiais têm como foco prioritário o aprendizado e ao seu redor uma atmosfera permanentemente voltada para a obediência; os sargentos respiram o ar da liberdade que estimula a pesquisa, a controvérsia e o diálogo (ARRUDA, 2007, p. 43).

Em Moraes Filho, colhem-se os seguintes ensinamentos:

A discricionariedade da autoridade militar não é absoluta, assim como não é a de qualquer outro agente público. Fora dos limites de princípios como moralidade, razoabilidade, legalidade e outros, o ato discricionário será na verdade um ato arbitrário. Costuma-se dizer no meio militar que a hierarquia e a disciplina são os pilares das Forças Armadas, e com certeza não é a ordem de *habeas corpus* que põe em risco a instituição. A Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares) diz que ‘A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. [...]’ (art. 14, caput). A seguir define ‘hierarquia’ e ‘disciplina’, sendo esta última ‘[...] a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, [...]’ (art. 14, § 2º). Daí pode-se concluir que não acatar as leis gera quebra de disciplina, e a autoridade militar que se utiliza de ilegalidade ou abusa de seu poder sancionador é quem estará realmente quebrando a disciplina militar. (MORAES FILHO, 2008, não-paginado)

A segunda corrente, mitigada, registra Assis, ao mesmo tempo que entende inviável o *habeas corpus* nas punições disciplinares, propugna que esta vedação está dirigida apenas ao mérito do ato disciplinar, que é de natureza administrativa, não estando impedido o exame quanto à própria legalidade da punição a ser aplicada. (ASSIS, 2009, p. 187).

Ackel Filho (1996, p. 202) expoente dessa segunda corrente, afirma que:

[...] o óbice ao *habeas corpus* há de ser admitido em termos, ou seja, o que se veda é a concessão de *habeas corpus* nos casos de punição disciplinar regular. Se a punição

é imposta por autoridade manifestamente incompetente ou, de qualquer modo, ao arpejo das normas regulamentares que vinculam a ação do superior que pune, a ação heróica será certamente cabível.

Pontes de Miranda (1962, p. 480-481), ao analisar a questão, lembra:

[...] a transgressão disciplinar refere-se necessariamente, a: a) hierarquia, através da qual flui o dever de obediência e de conformidade com a instituições, regulamentos internos e recebimento de ordens; b) poder disciplinar, que supõe a atribuição do direito de punir, disciplinarmente, cujo caráter o socializa em todos, ou em alguns, ou somente em alguns dos superiores hierárquicos; c) ato ligado à função; d) pena, suscetível de ser aplicada disciplinarmente, portanto sem ser pela justiça comum.

E continua:

É possível, porém, que falte algum dos pressupostos. Se, nas relações entre o punido e o que punir, não há hierarquia, ainda que se trate de hierarquia accidental prevista em alguma relação jurídica, porque essa hierarquia também é e pode constituir o pressuposto necessário - de transgressão disciplinar não há de se falar. Basta que se prove não existir tal hierarquia, nem mesmo accidental, para que seja caso de se invocar o texto constitucional, e o *habeas corpus* é autorizado. Mas a hierarquia pode existir [...] sem existir poder disciplinar [...]. Por onde se vê que a hierarquia e o poder disciplinar [...] são pressupostos necessários, mas autônomo. Se há hierarquia, se há poder disciplinar pode ser ligado à função, [...] a pena disciplinar pode ser aplicada, e nada tem com isso a justiça. Se o ato é absolutamente estranho à função, [...], falta o pressuposto do ato ligado à função, pois, de transgressão disciplinar não há de cogitar.

Duarte (1996, p. 53), por sua vez, reconhece que “[...] é possível o cabimento de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar militar, para cuidar dos aspectos extrínsecos da sanção disciplinar.”

E continua aduzindo que:

À primeira vista, a questão não oferece maiores dificuldades, visto que, nota-se, pela leitura do § 2º do art. 142 da CRFB/88, que o não-cabimento do *habeas corpus*, nos casos de transgressão disciplinares militares, não se amplia para a situação em que as punições sejam ilegais e aplicadas com abuso de poder. Logo, quando houver por parte do aplicador da sanção disciplinar descumprimento à lei e abuso, não pode pairar dúvidas quanto à legitimidade do emprego do remédio heróico. (DUARTE, 1996, p. 53)

Assis (2009, p.188,195-196) filiando-se a essa corrente aduz:

Os tribunais brasileiros, capitaneados pelo STF, têm se inclinado nesse sentido. Princípios constitucionais como o da legalidade (art.5, II), e o da inafastabilidade do Poder Judiciário (art.5,XXXV), são sempre fundamentos, ao lado da alegada violação ao direito de ir e vir dos militares, frente a uma eventual e questionada aplicação de punição disciplinar restritiva de liberdade.De plano se diga que há um impeditivo constitucional quanto à matéria(impossibilidade jurídica do pedido) calcada no art. 142, §2º, não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.Este dispositivo está em harmonia com o inc.LXI do art. 5º,

da mesmo diploma- ninguém será preso em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, salvo os casos **de transgressão militar** ou crime propriamente militar, definidos em lei. A proibição, advirta-se não é absoluta. O judiciário, até mesmo em decorrência da inafastabilidade de sua apreciação, [...] poderá aferir, juridicamente, alguns requisitos próprios do ato administrativo disciplinar, como a competência, a legalidade e as formalidades da medida restritiva de liberdade. (grifo do autor).

Todavia, Assis pondera que o Judiciário não deve, jamais, analisar o mérito do ato administrativo. Prerrogativa dos Comandantes, Chefes e Diretores Militares. Sob pena de estimular ou dar ensejo a intermináveis pendengas judiciais, entre oficiais e subordinados, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina (ASSIS, 2009, p. 197).

Contudo, lembra Tadeu (2009, p. 21):

A hierarquia e a disciplina devem ser preservadas por serem princípios essenciais, básicos, das Corporações Militares, mas os direitos e as garantias fundamentais previstas no art. 5º, da CF, são normas de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF), que devem ser asseguradas a todos os cidadãos (civis ou militares, brasileiros ou estrangeiros), sem qualquer distinção, na busca do fortalecimento do Estado de Direito.

“As garantias do cidadão não estão voltadas para a impunidade, mas para a efetiva aplicação da lei com justiça e equidade”. (TADEU, 2009, p 13).

Por fim, aduz Assis que há uma última corrente, extremamente liberal, que permite a concessão ilimitada do *habeas corpus*, em sede de transgressões disciplinares, permitindo se analisar não só os aspectos legais do ato disciplinar atacado, mas, inclusive, o próprio mérito daquele ato administrativo essencialmente militar. (ASSIS, 2009, p. 188).

Filiando-se a essa corrente, Tadeu (2009, p 13-15,264) utiliza-se das seguintes argumentações:

O art. 5º, caput, da CF, preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Novamente, a CF não faz nenhuma ressalva quanto à igualdade prevista no art. 5º, caput, em relação aos militares federais ou estaduais, que também são cidadãos, e responsáveis pela preservação do Estado de Direito. O art. 5º, §2º, da CF, preceitua expressamente que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados de que a República Federativa do Brasil seja parte. [...] o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, Pacto de São José da Costa Rica, que passou a ser norma interna de conteúdo constitucional, por tratar de direitos e garantias fundamentais assegurados aos cidadãos da América, que deve ser observado pelos operadores do direito. O art. 7º e 6º, da CADH, preceitua que, toda pessoa privada da liberdade tem direito de recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais. [...] toda pessoa que se ver ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente [...] tal recurso não pode ser restringido [...] em nenhum momento, a Convenção Americana de Direitos

Humanos fez qualquer distinção entre civil ou militar, ou mesmo vedou a possibilidade de interposição de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares. O processo administrativo (civil ou militar) deve respeitar os princípios constitucionais, e todas as garantias do Direito Penal devem valer para as infrações administrativas.[...]Sobretudo, se necessário, a análise do mérito do ato administrativo.

É oportuno registrar a existência de uma corrente mais rigorosa, protegida por Campos Júnior, que entende incabível não só o *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, como também em relação aos crimes militares próprios, ou seja, aqueles que só por militares podem ser cometidos. A deserção, por exemplo.

Consoante Campos Júnior (2001, p. 170-171):

[...] a Constituição Federal acabou permitindo um outro ‘disparate jurídico’ ao somente impedir o *habeas corpus* com relação à prisão decorrente de lesões leves à disciplina militar, isto é, oriundo de infrações disciplinares (art. 142, § 2º)! É fato, à ofensa de pouca monta àquele bem jurídico pode-se não só prender sem se estar em flagrante ou sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente como também é-lhe defeso eventual remédio heróico, mas à prisão nas mesmas condições ocasionada por fatos mais grave, crime exclusivamente militar, o Texto Maior, tendo em vista a restrição contida no citado artigo, acaba permitindo-lhe a ação constitucional. Ora, se a finalidade de ambas as hipóteses – prisão por infração disciplinar e por crime propriamente militar - é a mesma, salvaguardar pronta e exemplarmente a hierarquia e disciplina militar, haja vista sua infinita relevância, com muito maior razão deveria ser proibido o *habeas corpus* quando a constrição se devesse a fato de maior gravidade! [...].

Esclarece Tadeu (2009, p. 17) que:

Os militares, por força de disposições regulamentares, encontram-se sujeitos aos princípios de hierarquia e disciplina, mas isso não significa que os direitos e garantias fundamentais possam ser desprezados. As instituições, no Estado de Direito, devem se submeter aos princípios que regem os direitos e garantias dos cidadãos, os quais são preservados pelo Estado, sob pena de responsabilidade, em atendimento ao art. 37, § 6º²⁰ da CF. (TADEU, 2009, p. 17).

Desse modo, a concessão do *habeas corpus* não deve ter caráter de cortesia e sim de obrigatoriedade. A prerrogativa de ser militar não deve servir de pretexto para excluir um direito que está confirmado, como cláusula pétrea (art. 5º, LXVIII c/c art. 60, § 4º, IV, CF) a este ‘cidadão-militar’. (VIVIANI, 2005, p. 12).

²⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]; § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na próxima subseção, discorrer-se-á sobre quem são os agentes que figuraram no pólo ativo ou no pólo passivo, em uma possível impetração do *writ*.

4.3.2 Da legitimidade ativa e passiva

O texto constitucional não especificou quem pode requerer o *habeas corpus*. Assim, andou bem o legislador infraconstitucional ao dar uma amplitude quase absoluta ao tema. Diz o art. 654 do Código de processo Penal que: “O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”. (BRASIL, 2008).

Para Morais (2003, p. 142):

A legitimidade para ajuizamento do *habeas corpus* é um atributo de personalidade, não se exigindo a capacidade de estar em juízo, nem a capacidade postulatória, sendo uma verdadeira ação penal popular. Assim, qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independente de capacidade civil, política, profissional, estado mental, pode fazer uso do *habeas corpus*, em benefício próprio ou alheio (*habeas corpus* de terceiro). Não há impedimento para que dele se utilize menor de idade, insano mental, mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem. O analfabeto, também, desde que alguém assine a petição a rogo, poderá ajuizar ação de *habeas corpus*.

No dizer de Fachin (2008, p. 298)

O *habeas corpus* pode ser impetrado pelo Ministério Público ou por qualquer pessoa, em benefício próprio ou alheio (CPP, art. 654). Pode, inclusive, ser pedido por pessoa analfabeta, desde que haja assinatura a rogo (CPP, art. 654, § 1º, letra c). Não há dúvida de que o beneficiário do *habeas corpus* será pessoa física sempre, apesar de se admitir que a pessoa jurídica tem legitimidade para impetrá-lo, desde que em favor de pessoa física.

Lembra Morais (2003, p. 142) que:

A impetração de *habeas corpus* por pessoa jurídica divide a doutrina e a jurisprudência, ora incluindo-as como legítimas, ora excluindo-as por ausência de previsão constitucional. Ao analisar o caput do art. 5º da Constituição Federal, a pessoa jurídica deverá usufruir de todos os direitos e garantias individuais compatíveis com sua condição. Assim sendo, nada impede que ela ajuíze *habeas corpus* em favor de terceira pessoa ameaçada ou coagida em sua liberdade de locomoção.

Registra Tavares (2008, p. 831) que:

Do ponto de vista processual, o *habeas corpus* independe de qualquer formalidade. Assim, não é necessário obedecer aos chamados pressupostos processuais ou condições da ação, inclusive da capacidade postulatória. O autor é denominado impetrante e o indivíduo em nome de quem se postula a ordem é denominado paciente, sendo o autor do constrangimento denominado autoridade coatora ou simplesmente impetrado.

Mirabette (2006, p. 740) leciona que:

Qualquer pessoa do povo, independente de habilitação legal ou de representação por advogado, de capacidade política, civil ou processual, de idade, sexo, profissão, nacionalidade ou estado mental, pode fazer uso do remédio, em benefício próprio ou alheio. Não há impedimento para que o faça o menor de idade, o insano mental e o analfabeto, mesmo sem estarem representados ou assistidos por outrem. Na última hipótese, basta que alguém assine a petição a rogo do analfabeto. Não se admite, porém, o conhecimento de pedido em que não se pode identificar a pessoa do representante, equivalendo, por isso, à situação anônima.

Por sua vez, Tourinho Filho (2007, p.689) advoga que:

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa. A pessoa jurídica pode impetrá-lo em favor da pessoa física, assim como também o representante do Ministério Público, o analfabeto, desde que alguém assine a seu rogo, o próprio beneficiário, tenha capacidade postulatória ou não, podem utilizá-lo. Em razão disso, parte da doutrina o considera verdadeira ação popular. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 689).

No que toca à legitimidade passiva, Nucci (2008, p. 1040) aduz que: No pólo passivo da ação de *habeas corpus* está a pessoa - autoridade ou não - apontada como coatora, que deve defender a legalidade de seu ato, quando prestar informações. Pode, ainda, ser o corpo estatal, como ocorre com os tribunais.

“A Magna Carta de 1988, não distingue, no pólo passivo, a autoridade do agente particular, assim sendo é possível impetrar o *habeas corpus* contra qualquer pessoa que atente contra a liberdade ambulatorial de outrem”. (NUCCI, 2008, p. 1041).

Destarte, nota-se que, na seara militar, no pólo passivo da ação de *habeas corpus*, figurará o Comandante, Diretor ou Chefe da Organização Militar a que pertence o paciente.

Contudo, é oportuno lembrar que a última palavra sobre o cabimento ou não do *writ* em sede de transgressões disciplinares, fica a comando do Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição. Sobre esse entendimento, trata-se na subseção subsequente.

4.3.3 Do entendimento atual do Supremo no tocante ao assunto

Ainda que haja muita discussão sobre o assunto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro daqueles estudiosos que se filiam à segunda corrente, cujo ensinamentos foram abordados nesse trabalho. Ou seja, defende o STF que ao Judiciário é, terminantemente, vedado adentrar nos aspectos intrínsecos do ato administrativo, isto é, no mérito. Sob pena de invasão de instância.

Nesse sentido, o recurso ordinário em *habeas corpus*, cujo relator foi Ricardo Lewandowski:

A legalidade da imposição de punição constrictiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes. [...]. Cumpre notar que a via processual eleita para a discussão da legalidade da imposição de pena por suposta prática de infração disciplinar mostra-se correta, eis que está em causa a liberdade de locomoção do paciente, e não se diga que tal é verdade pelo art. 142, § 2º, da Carta Magna, visto que o que nele se proíbe é o exame do mérito da punição disciplinar, sendo lícito ao Judiciário, como reconhece a jurisprudência desta Corte, examinar os aspectos extrínsecos do ato, isto é, os seus pressupostos de legalidade. (SUPLEMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007).

Nessa mesma toada, os ensinamentos da Ministra Ellen Gracie:

Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. (SUPLEMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003).

Das lições do Ministro Moreira Alves, colhe-se o seguinte:

O entendimento relativo ao § 20 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/60, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena sucessível de ser aplicada disciplinarmente), continua valido para o disposto no § 2º do art. 142 da atual Constituição, que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar. (SUPLEMO TRIBUNAL FEDERAL, 1994).

Contudo, convém ressaltar que a vedação do artigo 142, § 2º, da Constituição Federal vigente, tem que ser utilizado com muita cautela pelo poder judiciário, sob pena deste negar ao servidor público militar algo fundamental, que é o direito à liberdade. Deixando-o à mercê das possíveis arbitrariedades ardilosas camufladas no poder hierárquico-disciplinar. (MOZIN, 2007, p.33).

5 CONCLUSÃO

O artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988 aduz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, dentre outros direitos, a inviolabilidade do direito à liberdade.

Ademais, o inciso LXVIII, do mesmo Texto Político afirma que o *habeas corpus* será concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Nesse sentido, também, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que é conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 22 de novembro de 1969, e que ingressou no nosso sistema por meio do Decreto n.º 678/92, dispondo nos seus artigos 6º e 7º, que toda pessoa privada de sua liberdade tem direito de recorrer a um juiz ou a um tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a detenção ou a prisão for ilegal.

Desse modo, observa-se a importância com que foi tratada a liberdade em nosso ordenamento constitucional. Tamanha foi a preocupação do Poder Constituinte Originário que este a tratou como cláusula pétreia. (art.5º, LXVIII c/c art. 60, § 4º,IV, da Constituição Federal de 1988).

Por tudo isso, é inadmissível que um dispositivo constitucional, como é o caso do artigo 142, § 2º, seja interpretado de forma isolada, isto é, ao arrepio do nosso ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, qualquer interpretação que se faça do artigo 142, §2º, de forma isolada, sobretudo em um Estado que se diz Democrático de Direito, é inepta. Não é ousar demais lembrar que a efetiva materialização das normas roga por uma visão conjunta de todos os dispositivos previstos no ordenamento constitucional, para se extrair a verdadeira e correta vontade da lei.

Nesse diapasão, caso o servidor público militar se sinta cerceado de sua liberdade, por força isolada do art. 142, §2º da Constituição, deve buscar a proteção do Judiciário, para colimar a defesa de seu direito à liberdade.

É oportuno ressaltar que o despojamento que a carreira das armas exige do servidor público militar está sobre a égide dos princípios constitucionais. Dentre outros, principalmente, sobre a proteção do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Ademais, ter vocação à carreira das armas não significa que o servidor público militar abriu mão das garantias constitucionais que assistem a todos os cidadãos.

Valores como hierarquia e disciplina estão capitaneados pelos princípios da legalidade, moralidade, contraditório, ampla defesa, etc. Erra rotundamente quem para justificar aqueles, desrespeita, flagrantemente, estes. Em um País que se diz Democrático, comete erro gravíssimo o Poder Judiciário caso se furte de atender a pretensão ao *habeas corpus* pelo agente público militar deduzida. Uma vez que o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, chancela o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, ao aduzir que a lei não excluirá da apreciação desse Poder lesão ou ameaça a direito. Isso porque o Judiciário é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Destarte, a prestação jurisdicional não é facultativa, e sim, obrigatória, sob pena de o magistrado ir de encontro aos princípios constitucionais. O que ocasiona, inevitavelmente, a derrocada do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, é notório que na seara dos atos administrativos impera os princípios da conveniência e da oportunidade. Contudo, isso não obsta o Poder Judiciário de analisar, com muita prudência, tudo aquilo que gravita o mérito. Isto é, a competência, a finalidade e a forma do ato administrativo.

Além disso, caso pare suspeita sobre a legitimidade do motivo ou do objeto, ou seja, sobre o suposto mérito, em que pese opiniões contrárias, o Judiciário deverá apreciá-lo, uma vez que pode não haver mérito, e sim, arbitrariedade. Logo, o ato será anulável por ausência de mérito. Nesse caso, o judiciário não adentrou no mérito, pois esse nunca existiu.

Nesse sentido, vale trazer à baila a lição de Hely Lopes Meirelles, o qual afirmava que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade.

Arrematando, é oportuno ressaltar que aquilo que se busca nesse trabalho não é a derrocada da hierarquia militar e da disciplina militar, as quais são a própria essência das forças armas. E muito menos buscar subterfúgios jurídicos para afrontar a voz ativa dos comandantes militares.

O que se busca é demonstrar que o servidor público militar é um agente especial de servidor da pátria, com o despojamento que a carreira das armas exige, mas que em nenhum momento abriu mão dos direitos constitucionais previstos pelo poder constituinte originário.

REFERÊNCIAS

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RHC. nº. 88.543**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 3 de abril de 2007. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo .asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1)-Acesso em: 31 de out. de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC. nº. 33.840**, rel. Min. Ellen Gracie, 19 de agosto de 2003. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo .asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1)-Acesso em: 31 de out. de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC. nº. 70.648**, rel. Min. Moreira Alves, 9 de novembro de 1994. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo .asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1)-Acesso em: 31 de out. de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC. nº.122706/RJ**, rel. Min. Carlos Veloso, 21 de novembro de 1990. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo .asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=2142&tipo=CJ&termo=142#ctx1)-Acesso em: 31 de out. de 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Estatuto dos Militares**. lei nº. 6.880, de 09 de dezembro de 1980.

_____. **Regulamento Disciplinar da Marinha**. Decreto nº 88.545/83, de 26 de julho de 1983.

_____. **Regulamento Disciplinar do Exército**. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

_____. **Regulamento Disciplinar da Aeronáutica**. Decreto nº 76.322/75, de 22 de setembro de 1975.

_____. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina**. Decreto nº 12.112, de 16 de setembro de 1980.

_____. **Código Penal Militar**. Decreto lei nº 1001, de 21 de outubro 1969.

_____. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969.

ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Curitiba: Juruá, 2001.

ALVES, Léo da Silva. **Exercício de defesa: entre o direito e a esperteza**. Revista Jurídica Consulex. Brasília, a. IX, n. 193, 31.01.2005.

ACKEL FILHO, Diomar. **Writes Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASILEIRO, exército. Braço forte, Mão amiga. Disponível em: <http://www.exercito.gov.br/>
Acesso em: 2 de novembro de 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil –
compilação e atualizações de textos, notas, revisão e índices**. 10. ed. São Paulo: Atlas,
1989.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica,
2004.

_____. **Teoria e Prática do Direito Disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Marcos José da. **Direito Administrativo Disciplinar Militar**. São Paulo: Suprema
Cultura, 2003.

CAMPOS JÚNIOR, Jose Luiz Dias. **Direito penal e justiça militar: inabaláveis princípios
e fins**. Curitiba: Juruá, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito administrativo militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. ampliada e atualizada de acordo
com as Emendas Constitucionais e a Revisão Constitucional pelo autor. 9 ed. São Paulo:
Saraiva, 1998.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. – São Paulo: Método, 2008.

FILOCRE, Laurentino de Andrade. **Polícia militar: segurança ou ameaça?** Belo Horizonte:
Armazém de Idéias, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3
ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOUVEIA, Joilson Fernandes de. **Do cabimento do *habeas corpus* e do mandado de
segurança nas prisões e detenções disciplinares ilegais na Polícia Militar de Alagoas**. Jus
Navigandi, Teresina, ano 2, n. 26, set. 1998. Disponível em <[http://jus2.uol.com.
br/doutrina/texto.asp?id=1594](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594)>. Acesso em: 25 out. 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo** - São Paulo, 13. ed.: Saraiva, 2008.

GREGO FILHO, Vincente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JORIO, Israel Domingos. **Princípio do "non bis in idem": uma releitura à luz do direito penal constitucionalizado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8884>>. Acesso em: 08 nov. 2009.

LAZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar: atualizado**. 2. ed. Brasília, Distrito Federal: Brasília Jurídica, 2004.

LUIS, Roberto Vaz. **O comando na atualidade – ingerências jurídicas**. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Curso de Especialização em Política, Estratégia e Alta Administração Militar. Rio de Janeiro, 2002.

MOZIN, Juliano. **A tangibilidade do habeas corpus na punição administrativa militar**. Revista Direito Militar. Florianópolis, n.º. 68, novembro/dezembro de 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Processo penal** – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira/ COELHO, Inocêncio Mártires/ Branco, Paulo Gustavo Gonet. – **Curso de direito constitucional** - 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade**. São Paulo: Led., 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ªed. São Paulo. Malheiros, 2002.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 26ªed. São Paulo. Malheiros, 2001.

MOAES FILHO, Júlio César Gabriel de. **Cabimento de habeas corpus nas transgressões disciplinares militares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.1992, 14 dez. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1594>. Acesso em: 26 de outubro de 2009.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. Campinas: BooKseller, 1999.

_____. **História e prática do habeas corpus**. Rio de Janeiro: Borsi, 1962.

MADAUAR, Odetre. **Direito administrativo moderno**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NETO, Benevides Fernandes. **Crime militar - interpretações doutrinarias e jurisprudenciais**. Revista Prática Jurídica. Brasília, a. VIII – n.º. 85 – 30 de abril de 2009.

NUCCI, Guilherme Souza de. **Código de processo penal comentado**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Teoria geral do ilícito disciplinar militar: um ensino analítico**. Caderno jurídico da escola superior do Ministério Público de São Paulo. Imprensa Oficial, jul./dez. 2004.

OLIVEIRA, Farlei Martins de. **Sanção disciplinar militar e controle jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Em defesa da presunção de inocência**. In. Jornal o Estado de São Paulo. 01 de Janeiro de 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7 ed. Rio de Janeiro - RJ: Lume, 2003.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito administrativo militar- teoria e prática** - Rio de Janeiro - RJ: Lúmen Júris, 2009.

_____. **Extinção da prisão administrativa militar**. Texto produzido em 04.07.2002. Disponível em: www.militar.com.br. Acesso em: 25 out.2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SANTOS, Maria Walquiria Batista dos. / QUEIROZ, João Eduardo Lopes, **Direito administrativo**, tomo I - Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 2008.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Crimes militares em tempo de paz. Uma abordagem crítica do art. 9º. do CPM**. Revista Direito Militar. Florianópolis, n. 68 – novembro/dezembro de 2007.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O Princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional**. Disponível em: http://www.pucrio.br/direito/pet_jur/cafpatriz.html> Acesso em: 30 out. 2009.

SOUZA, Pedro Bastos de. **O princípio da razoabilidade e sua relevância em matéria tributária**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1814, 19 jun. 2008. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11407>>. Acesso em: 30 out. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 28. ed. - São Paulo: Saraiva, 2007.

VIVIANI, Patrícia. **Da voz ativa do comandante**. Revista Direito Militar. Florianópolis, n. 54, agosto, 2005.

_____. **Habeas corpus em transgressões disciplinares**. Revista Direito Militar. Florianópolis, n. 65, maio / junho de 2005.

VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia policial militar – ética profissional**. 3. ed. Curitiba: Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, 2003.