

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO PÚBLICO

EDWIN ALDRIN FRANCO DE OLIVEIRA

CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PUNIÇÃO
DISCIPLINAR MILITAR

Brasília – DF

2010

EDWIN ALDRIN FRANCO DE OLIVEIRA

**CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PUNIÇÃO
DISCIPLINAR MILITAR**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Especialista em Direito Público
no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Msc. André Pires Gontijo

Brasília - DF

2010

EDWIN ALDRIN FRANCO DE OLIVEIRA

**CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PUNIÇÃO
DISCIPLINAR MILITAR**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Público no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca examinadora

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico este trabalho em primeiro lugar a Deus, fonte de vida e plenitude; aos meus pais, Waldelino e Marisa, e aos meus irmãos os quais tem me ajudado a trilhar este caminho.

AGRADECIMENTO

A Deus pelo dom da vida e amor que me foram concedidos, pela oportunidade e pelo privilégio que me foi dado em compartilhar tamanha experiência.

Aos meus pais, irmãos e a toda a minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao meu orientador Prof. Msc. André Pires Gontijo, por sua atenção e apoio, e a todos os professores que contribuíram para esta pesquisa.

Agradeço a todos que direta e indiretamente contribuíram para a elaboração deste trabalho monográfico.

Onde não há o remédio do rito do *habeas corpus* não há, não pode haver garantia segura da liberdade física. Errar é humno, coagir é vulgar, abusar do poder é universal e irremediável. A história toda é prova disso. A contemporaneidade confirma-o a cada passo [...]

Pontes de Miranda

RESUMO

OLIVEIRA, Edwin Aldrin Franco de. **Cabimento do *habeas corpus* na punição disciplinar militar**. 2010. 88 folhas. Trabalho de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2010.

Pesquisa sobre o cabimento do *habeas corpus* na punição disciplinar militar em que haja privação de liberdade física. A controvérsia acerca do tema repousa sobre a letra do art. 142 da Constituição Federal, que, numa leitura filológica, restaria a excepcionar a concessão do *writ* em tal hipótese. O estudo científico inicia-se por fazer apontamentos sobre questões que envolvem a categoria de servidor público tão pouco investigada, qual seja a dos militares. Em seguida, em breves linhas, serão conceituados e contextualizados alguns institutos relacionados ao tema em foco, bem como a respectiva origem histórica e incursão no ordenamento pátrio, e, por fim, apresentados os limites subjacentes encontráveis no indigitado mandamento constitucional, os quais, ao invés de obstar o emprego do remédio heróico, na verdade o confirmam.

Palavras-chave: militar, punição disciplinar, *habeas corpus*, cabimento

ABSTRACT

OLIVEIRA, Edwin Aldrin Franco. **Relevancy of *habeas corpus* in the military disciplinary punishment.** 2010. 88 leaves. Work completion of the Post-Graduate Sensus Lato in Public Law - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2010.

Search the pertinence of *habeas corpus* in the military disciplinary punishment where there is deprivation of physical liberty. The controversy about the subject rests upon the wording of art. 142 of the Constitution, which, in a philological reading, would remain circumventing the grant of the writ in such a case. The scientific study begins to make notes on issues involving the category of public servants so poorly investigated, namely the military. Then, in a few lines, will be conceptualized and contextualized some institutes related to the subject in focus, as well as its foray into the historical origin and native land, and, finally, put limits met at the underlying constitutional law designate which, to rather than hinder the employment of the heroic remedy actually confirm it.

Keywords: military, disciplinary punishment, *habeas corpus*, pertinence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
Capítulo 1 - Do regime jurídico dos militares.....	15
1.1 Agente militar.....	15
1.1.1 Militar da ativa.....	18
1.1.2 Inatividade militar.....	18
1.1.2.1 Agregação.....	19
1.1.2.2 Reserva.....	19
1.1.2.3 Reforma.....	21
1.1.2.4 Outras situações de exclusão do serviço ativo.....	21
1.2 Direitos e garantias constitucionais.....	23
1.2.1 Patente, título, posto, graduação e uniforme.....	23
1.2.2 Direitos trabalhistas.....	24
1.2.3 Estabilidade	24
1.3 Vedações constitucionais.....	25
1.4 Disciplina e hierarquia.....	26
1.5 Poder disciplinar.....	28
1.6 Transgressão disciplinar militar.....	29
1.7 Ato administrativo punitivo (punição disciplinar militar).....	31
1.7.1 Requisitos da punição disciplinar.....	33
1.7.1.1 Competência.....	34
1.7.1.2 Finalidade.....	34
1.7.1.3 Forma	35
1.7.1.4 Motivo	36
1.7.1.4.1 Teoria dos motivos determinantes	37
1.7.1.4.2 Mérito administrativo	38
1.7.1.5 Objeto	39
1.7.2 Atributos da punição disciplinar militar	39
1.7.2.1 Presunção de legitimidade e veracidade.....	39
1.7.2.2 Imperatividade.....	40
1.7.2.3 Auto-executoriedade.....	40
1.7.2.4 Tipicidade.....	40

1.7.3 Classificação dos atos administrativos.....	41
1.7.4 Punições <i>in Specie</i>	41
Capítulo 2 - Controle da punição disciplinar.....	45
2.1 Controle administrativo	46
2.1.1 Revogação	47
2.1.2 Anulação.....	47
2.1.3 Controle em face dos precedentes judiciais	50
2.1.4 Coisa julgada administrativa	50
2.2 Controle Judicial	51
2.2.1 Discricionariedade e controle judicial	53
2.2.1.1 Controle da razoabilidade	54
2.2.1.2 Exame do motivo, da finalidade e da causa	55
2.2.2 Atos sujeitos a controle especial	56
2.2.2.1 Controle dos atos políticos	56
2.2.2.2 Controle dos atos legislativos	56
2.2.2.3 Controle dos atos interna corporis	57
2.2.3 Meios de controle judicial	57
2.3 Controle social	58
2.4 Outros controles	58
2.5 Últimas considerações acerca do controle	59
Capítulo 3 - Habeas corpus.....	60
3.1 Pressupostos de admissibilidade	64
3.1.1 Ilegalidade	65
3.1.2 Abuso de poder	65
Capítulo 4 - Cabimento do <i>habeas corpus</i> na punição disciplinar militar...	67
4.1 Alcance da vedação	70
4.2 Punição já cumprida	75
4.3 Inaptidão do mandado de segurança	76
4.4 Outros remédios	77
4.5 Juízo competente	80
4.6 Responsabilização pela punição ilegal	82
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	85

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito está fundado substancialmente na submissão dos poderes estatais ao ordenamento jurídico vigente. Assim, assomada esta nova ordem: mister se faz rever certos preceitos, institutos, verdades tidas como absolutas. Concepções talvez anacrônicas, mas, por certo, profundamente arraigadas no senso nacional. Decerto as assertivas percorridas neste trabalho esbarrarão, por natural, em resistências, dada a dificuldade de se removerem antigas práticas e velhos paradigmas. Destarte, reconhecem-se, algumas verdades surgem em forma de heresias, assim como o foi na época das Inquisições do Santo Ofício, pelas quais pensadores vanguardistas, por suposta afronta a verdades absolutas e sacrossantas da Igreja, eram obrigados a abjurar suas descobertas, sob pena de arderem na fogueira dos autos de fé católicos.

De mais a mais, cômescio da árdua empreitada que representa defender a tese que dá nome a este trabalho, a saber, Cabimento do *Habeas corpus* na Punição Disciplinar Militar, é de rigor, antes de esquadrihar o tema central proposto, aventar, em apertada síntese, algumas especificidades a que o serviço militar submete seus servidores, com regras de natureza própria e especialíssimas, eis que nem mesmo a própria vida, que é o maior bem jurídico tutelado pelo Direito Universal, encontra no ordenamento castrense o mesmo significado estampado na ordem jurídica comum, na medida em que o militar não tem o direito de acovardar-se ante o perigo, ainda que seu heroísmo lhe subtraia a vida (note o art. 364, do Código Penal Militar, que trata do delito de cobardia [*sic*], dispondo nos seguintes termos: “Provocar o militar, por temor, em presença do inimigo, a debanda de tropa [...] Pena: morte, grau máximo [...]”) - grifou-se.

A presente pesquisa encartará acerca do cabimento do *habeas corpus* para atacar punição disciplinar militar, malgrado a letra constitucional do art. 142, § 2º, *prima facie*, negar o acesso ao *writ*.

A escolha do assunto deveu-se ao anseio de desvendar um tema controverso diretamente ligado ao labor profissional do autor, que é Oficial do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, e ter sido indagado, algumas vezes, por colegas de caserna, quanto a uma resposta para o assunto, o que o instigou a pesquisar o alcance da restrição em comento.

O real alcance da vedação constitucional tem levantado acalorados debates, com louváveis teses frontalmente antagônicas. O assunto ainda não está pacificado nos pretórios nacionais e sua delimitação trará maior tranqüilidade aos protagonistas envolvidos com o tema. Assim, esta monografia irá aventar as razões que levam ao entendimento de que a proibição insculpida da *Lex Mater* encontra limitação, admitindo-se, pois, o cabimento do remédio heróico na seara administrativo-militar, desde que presentes, por óbvio, os pressupostos para tal.

Os institutos envolvidos serão devidamente conceituados e contextualizados ao tema. O método de abordagem será o dedutivo, na medida em que o foco central será antecedido de premissas, as quais, enfrentadas sistematicamente, permitirão elucidar a controvérsia instalada em torno do tema.

No tocante à metodologia de procedimento, será utilizado o que Liliane Vieira chama de “sincretismo metodológico”¹, uma vez que serão empregados vários métodos diferentes. O método histórico será utilizado na medida em que será levado a lume o traçado histórico e evolutivo de todos os institutos diretamente envolvidos, além, também, da abordagem, com mesma perspectiva, de questões incidentais também relacionadas à matéria. O aspecto comparativo será tratado em sede de confronto com legislação constitucional alienígena.

O desenvolvimento do estudo dar-se-á, sobretudo, pela pesquisa bibliográfica específica ao cabimento do remédio heróico na punição disciplinar militar, além da consulta a obras bibliográficas de jaezes jurídicos diversificados, incluindo obras de história geral, história e direito militares, além de outros ramos da frondosa árvore do Direito. Ademais, serão compulsados escritos de cunho sociológico, lexical, dentre outras searas do conhecimento, entremeando o conhecimento geral com o jurídico, na medida em que “não é possível isolar as ciências jurídicas do complexo de conhecimentos que formam a cultura humana: quem só o Direito estuda, não sabe Direito [...]”² (grifou-se). Serão também fonte de estudo a legislação pátria e a estrangeira (esta, em pouca medida e somente em nível constitucional), a jurisprudência dos pretórios nacionais e artigos especializados.

O trabalho divide-se em quatro capítulos, cada qual com subdivisões para a melhor abordagem do assunto.

¹ VIEIRA, Liliane dos Santos. **Pesquisa e monografia jurídica na Era da Informática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 90.

² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. 5ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 160.

O primeiro capítulo versará sobre o regime jurídico dos militares, apontando algumas de suas especificidades, direitos, garantias, vedações constitucionais e conceituação de certos institutos. Abordará ainda o ato administrativo, requisitos, atributos e classificação do ato punitivo, além de apontar prováveis vícios.

O capítulo subsequente abordará as formas de controle de mérito e de legalidade dos atos administrativos. Encartará também sobre o controle administrativo em sede de revogação, anulação e convalidação; o controle judicial e seus instrumentos processuais. Há ainda a exposição de atos sob restrito espectro de controle.

O capítulo adiante versará sobre o surgimento histórico do instituto do *habeas corpus* e sua incursão no ordenamento pátrio, apontando seus pressupostos de admissibilidade e outras particularidades.

O quarto e último capítulo abordará o tema central da monografia, apresentando um esboço histórico da vedação no ordenamento constitucional, além de trazer à ribalta diversas teses que evidenciam o cabimento do remédio heróico para atacar a punição disciplinar militar. No capítulo há ainda a citação de farta jurisprudência que arrima seu cabimento.

Repise-se, por oportuno, que algumas questões correlatas aos temas percorridos serão esclarecidas de forma incidental ao longo dos diversos capítulos, a fim de aclarar pontos importantes ao necessário desenvolvimento do trabalho, porquanto “o conhecimento dos meandros da disciplina nunca são inúteis”.³

A despeito de, há tempos, a expressão *habeas corpus* ter sido aportuguesada - em locução homônima e homófono à versão original, com o único diferencial de ter recebido acento agudo na sílaba tônica do primeiro termo - no presente trabalho optou-se pela grafia latina, e, portanto, estará sem acento e em itálico.

O sistema de chamadas será o numérico, com numeração única para todas as notas de rodapé, facilitando, pois, ao leitor, a imediata visualização da fonte citada, sem necessidade de folhear o trabalho em busca do autor da informação colacionada. Quanto às referências bibliográficas, as mesmas estarão dispostas em lista única ao final do trabalho, ordenadas alfabeticamente, o que, mais uma vez, irá facilitar a sua localização e consulta.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4 ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 2004, p. 367.

Pode-se perceber no trabalho, por vezes, uma linguagem com certa têmpera castrense, um tanto necessário ao entendimento das proposi es colocadas, como também devido   condi o profissional do autor, que   militar, e não p de apartar-se completamente de alguns tecnicismos necessários, sob pena de desvirtuar o sentido de certos vocábulos cujo significado comum destoa daquele empreendido em determinado jargão militar, o que comprometeria o necessário entendimento do que foi proposto.

Acresce-se, ainda, que a evoca o aos militares dar-se-  de forma genérica, sem detalhar se federais ou estaduais, até porque os preceitos, em geral, são comuns a todos. Inobstante isso, por conveniência do autor - que, repita-se,   militar do Distrito Federal - os militares candangos farão jus, por vezes, a especial abordagem na pesquisa.

De resto, louvando-se o autor no escólio do saudoso Rui Barbosa, tem-se que “estudante sou. Nada mais [...] pouco mais sei do que saber estudar, saber como se estuda, e saber que tenho estudado. Nem isso mesmo sei se saberei bem”⁴, razão pela qual insta esclarecer que a presente obra não tem a pretensão de originalidade, eis que certos enfoques ao tema que se aventa têm sido tratados algures, de forma que algumas idéias centrais da pesquisa foram coligidas nas obras e autores vários, o que explica o cuidado de indicar nas notas de rodapé os textos que serviram de fonte.

Assim, feitas estas indispensáveis pondera es preliminares, serão passadas em revista, ainda que de forma um tanto perfunctória - dada a inviabilidade de se explorar, nesta obra, minudentemente, toda a imensidão do direito militar nos seus mais íntimos pormenores - algumas situa es afetas aos militares, que, a despeito da exposi o sem maior profundidade, ter o cabal importância para contextualizar o leitor ao ambiente castrense, bem como levá-lo   supera o de eventuais perplexidades que pudessem (ou mesmo possam) insinuar-se no dissertar do assunto, e assim, de melhor juízo, dimensionar as questões atinentes ao regime militar, possibilitando, pois, a correta avalia o da veda o constitucional que será debatida.

⁴ BARBOSA, Rui. **Ora o aos Moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003, (Cole o a obra- prima de cada autor), p. 43.

CAPÍTULO 1

DO REGIME JURÍDICO DOS MILITARES

A organização dos servidores públicos militares difere, em vários pontos, do regime dos agentes civis, desde a forma de investidura até as modalidades de inatividade. Diferem também entre si, cotejando-se as três forças singulares, bem como as forças auxiliares. Ilustra-se, pois, o ingresso nas Forças Armadas, que se dá, no mais das vezes, por via de recrutamento para o serviço militar obrigatório, consoante o art. 143 da Constituição Federal, enquanto nas forças estaduais ocorre por voluntários interessados em submeter-se a provas de seleção para tal fim.

1.1 Agente militar

Até o advento da Emenda Constitucional nº 18/98, os militares eram denominados constitucionalmente Servidores Públicos Militares, à vista do anterior texto do art. 42 da Constituição, cuja redação original asseverava-se que são “servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal, os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares”. Após o implemento da emenda mencionada, esta categoria de agente público passou a ser designada, simplesmente, agente militar, ou também, agente público militar.

Pode-se dizer, pois, que “[...] agentes militares são todas as pessoas que, temporariamente ou permanentemente, desempenham atividade militar no âmbito federal ou estadual, percebendo por este desempenho um subsídio”.⁵

Desta forma, todos os mencionados são agentes militares, com direitos, obrigações e prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal e pelos respectivos estatutos. Os militares das Forças Federais são regidos pela lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) enquanto, no caso específico dos militares do Distrito Federal, a título ilustrativo, o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal – CBMDF – é regido pela lei nº 7.479, de 02 de junho de 1986 (aprova o Estatuto dos Bombeiros-Militares do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal), e de igual forma a Polícia Militar do Distrito Federal – PMDF-, regida pela

⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p.230.

lei nº 6.450, de 14 de outubro de 1977, que dispõe sobre a sua organização básica, bem como a lei nº 7.475, de 13 de maio de 1986, que dá nova redação ao respectivo estatuto.

Para Bandeira de Mello⁶ o designativo servidor público tem alcance mais restrito do que dantes, eis que este *nomen juris* não mais abarca os empregados das entidades da administração indireta regida pelo Direito Privado. Assim, servidor público seria uma espécie do gênero servidores estatais. O ínclito mestre preleciona, então, que os servidores estatais são reconhecíveis nos grupos: “servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado”. Diferentemente, Cretella Júnior informa que o pessoal que desenvolve atividades do Estado constitui o “funcionalismo [e que] as pessoas integrantes dessa classe recebem o nome genérico de funcionários públicos”.⁷

Pontes de Miranda, por sua vez, enuncia um elemento distintivo entre eles, a saber:

A diferença entre funcionários públicos e empregados do Estado, é de toda [*sic*] a relevância [...] o funcionário público tem dever e obrigação de exercer função do Estado [...] os empregados do Estado contratam com êsse [*sic*], de modo que, permitindo-o a Constituição, ainda que o serviço que prestam corresponda à função pública, a função é exercida como serviço e não como função pública.⁸

Diógenes Gasparini, em alusão às espécies de servidores públicos, enuncia os servidores estatutários e os celetistas. Pela lição do citado publicista, os primeiros vinculam-se à Administração mediante liame de natureza institucional, num regime de cargo público, enquanto os segundos ligam-se a ela por vínculo de natureza contratual, num regime de emprego público.⁹

Feitas estas enunciações sobre a definição do militar, cumpre ressaltar que este, como membro das forças de segurança de um país livre, tem papel crucial na manutenção da ordem e, sobretudo, da liberdade do cidadão, a quem, em ato

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.223.

⁷ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.413.

⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, Tomo III, p.412.

⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p.161-162.

solene perante a Bandeira Nacional, jurou defender, ainda que com o sacrifício da própria vida, se preciso for.¹⁰

Deveras esclarecedora é a assertiva de Passarinho acerca do militar:

Freqüente é julgar-se o militar, entre nós, ora como casta e ora como desfrutador de privilégios. O nosso Aurélio define casta como ‘camada social hereditária e endógama’. É evidente que não tem cabimento falar de casta militar. Os postos não passam de pais para filhos e casamos normalmente fora da família militar. Privilégio, ensina novamente o Aurélio, é vantagem que se concede a alguém com exclusão de outrem e contra o direito comum.¹¹

Continua o articulista, prestando um testemunho de sua vida de combatente:

[...] O militar convive permanentemente com o risco de perder a vida [...] Por necessidade do serviço, fui transferido várias vezes, com prejuízo da família, especialmente dos filhos, dada a descontinuidade da educação [...] A carreira castrense exige uma formação continuada, graduação, aperfeiçoamento obrigatório[...].

O ensaísta arremata seu depoimento declarando que, a despeito de toda a angústia causada pelo conflito entre o dever funcional e a devoção à família, “o Exército ensinou-me o domínio da vontade para superar a dor e o desconforto e o sacrifício pessoal no cumprimento do dever”.

Outra moção aos militares também merece registro, qual seja a carta endereçada ao Rei português, publicada em 1893, no jornal do Exército de Portugal, que assim descrevia:

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 celebrar. Quando eles passam juntos, fazem barulho, os corações mais cansados sentem estremecer alguma coisa dentro de si. A gente conhece-os por militares [...]

¹⁰ Art. 34 [...] Ao ingressar no Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, prometo regular minha conduta pelos preceitos da moral, cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado e dedicar-me inteiramente aos serviços profissionais e à segurança da comunidade, mesmo com o risco da própria vida. (Estatuto do CBMDF) – grifou-se.

¹¹ PASSARINHO, Jarbas. **Militar casta e privilégio**. Boletim Informativo, ADESG, abril de 2007, nº 237, p. 03. Disponível em < http://www.adesc.org.br/jornal/adescg_237.pdf > Acesso em: 12 set. 2009.

Corações mesquinhos lançam-lhes ao 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 de mais [*sic*], 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 defendem da invasão estranha e do jogo das paixões. Se a força das coisas os impede agora de fazer em rigor tudo isso, algum dia o fizeram, algum dia o farão. E, desde hoje, é como se fizessem. Porque por definição o homem da guerra é nobre. E quando ele se põe em marcha, a sua esquerda vai a coragem, e a sua direita a disciplina.¹² (grifou-se)

1.1.1 Militar da ativa

Trata-se do militar que se encontra incorporado nas fileiras da tropa no exercício de serviço militar. Atividade, portanto, indica a situação do militar em efetivo exercício de seu posto ou graduação.

1.1.2 Inatividade militar

É a situação do militar excluído, temporária ou definitivamente, do serviço da respectiva força e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado. Esta situação poderá ser a agregação, transferência para a reserva (remunerada ou não) e a reforma, cada qual se ressentindo de determinados requisitos encartados na lei.

Se o cargo público civil for permanente, será imediatamente transferido para a reserva não remunerada, a teor do art. 142, § 3º, inciso II, da Constituição. Se for temporário e não eletivo, ficará agregado ao respectivo quadro enquanto durar a situação e será reformado depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não (inciso III do mesmo preceptivo constitucional).

Se eletivo (eis que temporário à evidência), tendo menos de dez anos de serviço, o militar será afastado da atividade – o art. 14, § 8º, inciso I, do Estatuto Supremo, não diz se para a reserva ou reforma, todavia, a legislação infraconstitucional informa, conforme seja oficial ou praça (menciona-se que demissão e licenciamento são causas de transferência para a reserva não remunerada, conforme se verá com mais vagar adiante). Contando com mais de dez

¹² CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MILITAR. *Carta a El Rei de Portugal*. Disponível em <<http://www.cesdim.org.br/temp1.aspx?PaginaID=27>> Acesso em: 12 set. 2009.

anos de serviço, ao se candidatar, será agregado – e considerado em licença para tratar de interesse particular e, se eleito, passará, no ato da diplomação para a reserva remunerada.

Não se olvida, pois, salientar que há outras modalidades de exclusão do serviço ativo, mas que não importam inatividade – eis que sua ocorrência não redundam em passagem para a reserva da respectiva força – quais sejam demissão, perda de posto e patente, licenciamento, exclusão a bem da disciplina, deserção, falecimento, extravio (para as Forças armadas há ainda a anulação de incorporação e a desincorporação).

1.1.2.1 Agregação

Em apertada síntese, tem-se que agregação consiste na “exclusão do militar da escala numérica ou lotação do quadro a que pertence, para o efeito de vaga, embora permaneça na ativa¹³. Deixa, pois, de ocupar vaga na corporação a que pertence. São causas de agregação, dentre outras, o aguardo de transferência de ofício para a reserva (quando enquadrado nas condições para obtê-la) e a nomeação para cargo considerado como exercício de função ou interesse militar não previsto nos quadros da organização. A agregação não é automática, dependendo de ato da autoridade militar competente e não deve ultrapassar dois anos, excedidos os quais o militar será transferido para a reserva.

1.1.2.2 Reserva

A reserva – que pode ser a pedido ou *ex officio*, ou também remunerada ou não-remunerada – é a situação do militar excluído do serviço ativo em determinadas circunstâncias (quando tratada genericamente, tem-na como a reserva remunerada). Não se confunde com força de reserva, esta que representa a totalidade de pessoas aptas para o serviço militar, e que se conservam à disposição das forças (militares), para serem convocadas [...] quando necessário.¹⁴

¹³ AGREGAÇÃO. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.48.

¹⁴ RESERVA. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.709.

Será pedido, dentre outros, quando o militar tiver atingido trinta anos de serviço ou, após sua inclusão voluntária na cota compulsória, ter sido alcançado por esta.

Será de ofício quando o militar atingir idade-limite (que varia conforme o posto ou graduação), ultrapassar determinado período sob certas licenças (tratamento de saúde ou de interesse particular), ultrapassar determinado tempo de permanência no mesmo ou em determinado posto, ou, quando oficial, for considerado não-habilitado para o acesso em caráter definitivo, no momento em que vier a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista, dentre outras causas.

Também será transferido para a reserva (remunerada, diga-se) quando o militar, contando com mais de dez anos de serviço, for diplomado em cargo eletivo, percebendo a remuneração proporcional a que fizer jus em função do seu tempo de serviço.

Já a transferência para a reserva não remunerada poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: a demissão, o licenciamento e, para as Forças armadas, a desincorporação.

A demissão, que pode ocorrer de ofício ou a pedido é aplicada exclusivamente aos oficiais. O oficial da ativa que passar a exercer cargo ou emprego público permanente, estranho à sua carreira, será imediatamente demitido *ex officio* e transferido para a reserva não remunerada, onde ingressará com o posto que possuía na ativa e com as obrigações estabelecidas na legislação do serviço militar.

O licenciamento, *pari passu* com a demissão, também pode efetuar-se de ofício ou a pedido. Será concedido a pedido, e desde que não haja prejuízo para o serviço militar, ao oficial da reserva convocado, após prestação do serviço ativo durante seis meses e à praça engajada ou reengajada, desde que conte com no mínimo a metade do tempo de serviço a que se obrigou.

A desincorporação resulta na interrupção do serviço militar, com a consequente exclusão do serviço ativo e vem disciplinada na legislação especial do serviço militar obrigatório.

1.1.2.3 Reforma

A reforma é a situação de inatividade definitiva do militar, e equivale à aposentadoria dos trabalhadores em geral. São causas de reforma, máxime, o atingimento de idades-limites para permanecer na reserva remunerada, ou julgado definitivamente incapaz para o serviço militar, agregação por mais de dois anos, ou quando condenado à pena de reforma (vide art. 35, alínea g, do Código Penal Militar – CPM). Ou ainda, quando oficial, a tiver determinada judicialmente em consequência de Conselho de Justificação a que foi submetido, e, em sendo praça com estabilidade assegurada, for tal medida decidida em sede de julgamento em Conselho de Disciplina.

Há a excepcional hipótese de reforma a pedido, aplicada exclusivamente aos membros do magistério militar, e ainda assim se o dispuser a legislação específica da respectiva corporação, e desde que se conte com mais de trinta anos de serviço, dos quais dez anos, no mínimo, de tempo de docência militar.

1.1.2.4 Outras situações de exclusão do serviço ativo

Insta não olvidar que causas há de exclusão do serviço ativo que não importam em inatividade. Em apertada síntese, tem-se tais circunstâncias nas hipóteses de perda de posto e patente, anulação de incorporação, exclusão a bem da disciplina, deserção, extravio, falecimento – este que dispensa qualquer asserção a respeito – além da reforma, esta já oportunamente aduzida.

A perda do posto e a patente ocorrerá quando o oficial for declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, sendo, pois, demitido de ofício e sem direito a qualquer remuneração ou indenização. Sujeita-se o oficial à declaração de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato nas seguintes ocasiões:

- a) Condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos;
- b) Condenação por crimes militares para os quais se comina tal pena, ou condenação por crimes concernentes à segurança do Estado;
- c) Incidir nos casos previstos em legislação específica que motivam o julgamento por Conselho de Justificação, e neste seja considerado culpado e;
- d) Houver perdido a nacionalidade brasileira.

Nestas circunstâncias o demitido só poderá readquirir a situação militar anterior por força de sentença do tribunal pertinente, mediante preenchimento de determinadas condições.

A anulação de incorporação está afeta às Forças Armadas e implica na interrupção do serviço militar e a conseqüente exclusão do serviço. Sua disciplina é encartada em legislação especial que trata do serviço militar.

A exclusão a bem da disciplina aplica-se *ex officio* à praça com estabilidade e acarreta a perda de seu grau hierárquico, além de sua não-inclusão ou reinclusão na reserva. Dão ensejo à exclusão, tal como na perda de patente do oficial, a praça que subsumir às seguintes situações:

- a) Condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos, ou nos crimes atinentes à segurança do Estado, qualquer que seja a duração da pena;
- b) Quando assim se pronunciar o Conselho Permanente de Justiça ou Tribunal Especial (conforme seja em tempo de paz ou de guerra, respectivamente), por haver perdido a nacionalidade brasileira; e
- c) Quando incidir nos casos a que o Conselho de Disciplina a contempla, e nele seja considerado culpado.

A deserção é crime militar próprio e consiste na ausência do militar, “sem licença, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias” (art. 187, CPM), e acarreta a demissão *ex officio* para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo para a praça.

A demissão do oficial ou a exclusão da praça com estabilidade assegurada será levada a efeito após um ano da agregação. Em sendo praça sem estabilidade, será automaticamente excluída após oficialmente declarada desertora. O desertor recambiado após ter sido demitido ou excluído será reincluído no serviço ativo e, entretantes, agregado, para se ver processado. A reinclusão definitiva dependerá de sentença judicial do Conselho de Justiça.

Antecedente necessário ao desertor, tem-se a figura do ausente, que é aquele que, por mais de vinte e quatro horas consecutivas, deixa de comparecer a sua organização militar sem comunicar qualquer motivo de impedimento, ou ausenta-se, sem licença, da organização onde serve ou local onde deveria permanecer.

O extravio consiste no desaparecimento do militar por mais de trinta dias. O desaparecimento, por sua vez, é a situação do militar da ativa que, no desempenho de qualquer serviço, em viagem, campanha ou em caso de calamidade pública, tiver

o paradeiro ignorado. Tal situação só tem vez se não houver indícios de deserção. O extravio acarreta ao militar o afastamento temporário do serviço ativo, e renderá ensejo à exclusão do serviço ativo depois de transcorridos seis meses da respectiva agregação. Em caso de naufrágio, sinistro aéreo, catástrofe, calamidade pública ou outros acidentes oficialmente reconhecidos, o extravio ou o desaparecimento de militar da ativa será considerado como falecimento, tão logo sejam esgotados os prazos máximos de possível sobrevivência ou quando baldadas as providências de salvamento.

O reaparecimento de militar extraviado, já excluído do serviço ativo, resultará em sua reinclusão e nova agregação enquanto se apuram as causas que deram origem ao seu afastamento.

1.2 Direitos e garantias constitucionais

A importância dessa classe de servidores levou o legislador a cercar seus integrantes de garantias e prerrogativas. Pontes de Miranda, lecionando sobre servidores públicos em geral, conclui que:

[...] Os Estados pluripartidários não podem deixar de querer garantias para pessoal da administração e dos outros serviços, contra os poderosos da política e fora da política, cujos interesses [*sic*] são, por vezes [*sic*], atingidos pelas deliberações administrativas.¹⁵

1.2.1 Patente, título, posto, graduação e uniforme

A patente é o ato de atribuição do título e do posto a oficial militar. É conferida pelo Presidente da República aos oficiais das Forças Armadas (art. 142, § 3º, inciso I, da CF), ao passo competir aos respectivos Governadores de Estado e do Distrito Federal conferi-la aos oficiais das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares sob seu comando (art. 42, § 1º, CF). Título, por sua vez, é a designação da situação confiada ao titular dos postos. De outra parte, posto é o lugar que o oficial ocupa na hierarquia dos círculos militares, enquanto a graduação é o lugar da praça

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. Tomo II, p. 398.

na hierarquia militar. Quanto ao uniforme, trata-se da farda, que é de uso exclusivo dos militares.

1.2.2 Direitos trabalhistas

Os militares percebem remuneração em forma de subsídio, à vista do art. 144, § 9º, do texto constitucional. Cabe lembrar ainda que o art. 142, § 3º, inciso VIII, manda aplicar aos militares alguns regramentos trabalhistas dispostos no art. 7º da Carta, de natureza pecuniária e social, próprios dos trabalhadores urbanos e rurais.

1.2.3 Estabilidade

O art. 142, § 3º, inciso X da CF reza que “a lei disporá sobre o ingresso nas forças armadas os limites de idade, a estabilidade e outras condições [...]”. Sendo assim, tanto o estatuto das forças federais quanto os das estaduais defere a estabilidade somente após o decurso de dez anos de serviço. Todavia, contrário a isso, a cabeça do art. 41 do diploma fundamental assevera serem “[...] estáveis, após três anos de efetivo exercício, os servidores nomeados [...] em virtude de concurso público.”

Com efeito, se o ingresso de militar, a exceção de conscritos em serviço militar obrigatório e Oficiais egressos do NPOR - Núcleo Preparatório de Oficiais da Reserva -, tanto nas Forças Armadas como nas polícias e corpos de bombeiros militares, dá-se por meio de concurso público, seria basilar que tal servidor adquirisse estabilidade ao completar o interregno disposto na *Lex Mater*, não se havendo falar - podendo, pois, ser tido como não recepcionado pela vigente constituição - no art. 50 do Estatuto dos militares federais (igualmente, *exempli gratia*, no art. 50, inciso IV, alínea “a”, e no art. 51, inciso IV, alínea “a”, dos estatutos da PMDF e CBMDF, respectivamente), que estabelece o tempo de 10 anos de efetivo serviço para que a praça adquira estabilidade, sendo, neste quesito, omissa quanto ao tempo para a estabilidade do oficial.

Cumprido registrar o vanguardismo da legislação mineira ao disciplinar a matéria de forma mais isonômica para com os militares estaduais daquela unidade da Federação, assegurando-se-lhes estabilidade após três anos de efetivo serviço,

conforme a disciplina do art. 34 do Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais.¹⁶

1.3 Vedações constitucionais

Aos militares, sejam federais ou estaduais (incluem-se nestes últimos os militares do Distrito Federal e Territórios), enquanto estiverem prestando serviço ativo, é vedada a sindicalização, a greve e a filiação partidária, por força do artigo 142, § 3º, incisos IV e V da CF.

A LODF, em seu art. 45, § 5º e § 6º, também estampa tais proibições quanto aos membros da Polícia Militar do Distrito Federal e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.

Gasparini preleciona que “[...] tais proibições são necessárias à ordem e à hierarquia da instituição, porque só assim a defesa da nação e da ordem pública pode acontecer efetivamente [...]”¹⁷, como se o militar fosse um servidor menos atento à hierarquia e disciplina do que os servidores civis.

Neste sentido, Passarinho afiança que:

[...] militar é meio-cidadão. Não tem sindicato, não pode fazer greve, postular direitos, integrar partidos políticos. Não lhe é devido pagamento de horas extras ao trabalhar 24 horas/dia no adestramento, em manobras ou no serviço em campanha de longa duração, durem o tempo que durarem e sob quaisquer condições meteorológicas. Não sabe o que é descanso semanal remunerado, nem folga após plantão de 24 horas de Oficial de Dia.¹⁸

A par de tais pretensas discriminações, eis que podem até suscitar afronta ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*), cumpre salientar que estas, que podem chamar-se antinomias, colidem frontalmente com alguns estatutos de reconhecimento supranacional, dir-se-ia até de abrangência mundial, os quais o Brasil subscreveu, vide a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 10

¹⁶ MINAS GERAIS. Lei nº 14.310, de 19 de junho de 2002. **Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais**. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs>> Acesso em: 17 set. 2009.

¹⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 233.

¹⁸ PASSARINHO, Jarbas. **Militar Casta e Privilégio**. Correio Braziliense, Brasília, 21 de janeiro de 2003, Caderno Opinião, p. 05.

dezembro de 1948), que assegura, em seu art. XX, item 1, que “todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas”, não fazendo aí qualquer ressalva.

É de se ver que em países de tradição democrática, a exemplo dos EUA, França, Itália, dentre outros, onde brotaram os ideais liberais, não se encontra distinção de direitos, garantias e deveres entre civis e militares. Todos são amparados pelo império da lei e dos princípios cívicos, indistintamente.

1.4 Disciplina e hierarquia

Vigas mestras nas quais se funda a instituição militar, a primeira, à vista da cabeça do art. 8º do RDE - Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002) - consiste na “rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar”, enquanto a segunda, pela dicção do art. 7º, *caput*, do mesmo Regulamento, é tida como “a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações”. Genericamente falando, pode-se dizer que a “hierarquia é a relação de subordinação existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo”¹⁹, decorrente do exercício da atribuição hierárquica, estabelecendo, assim, uma relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. No mesmo sentido, apenas com algumas variações terminológicas, o RDMAR - Regulamento Disciplinar da Marinha (Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983) - traz a definição destes preceitos nos artigos 2º e 3º, respectivamente.

Aos mandamentos do RDE submetem-se os militares componentes das fileiras da PMDF e do CBMDF, por força do decreto distrital nº 23.317, de 25 de outubro de 2002, que manda aplicar o RDE às duas corporações.

Nos termos do parágrafo único do art. 2º do RDMAR,

- A disciplina militar manifesta-se basicamente pela:
- obediência pronta às ordens do superior;
 - utilização total das energias em prol do serviço;
 - correção de atitudes; e

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.121.

- cooperação espontânea em benefício da disciplina coletiva e da eficiência da instituição.

Do RDE, pode-se transcrever que:

Art. 8º. *Omissis*

[...]

§ 10 - São manifestações essenciais de disciplina:

I - a correção de atitudes;

II - a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;

III - a dedicação integral ao serviço; e

IV - a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas.

Cumpre salientar, todavia, que o atributo da disciplina não é monopólio militar. “[...] Embora típica, não é privativa dos militares [...]. A disciplina existe onde existir o homem dotado do senso de responsabilidade [...]”²⁰. É dizer:

[A disciplina] não é privilégio das Forças Armadas, mas é nela que a encontramos em toda sua magnitude; é sua coluna vertebral sem a qual perderiam a coesão e tornar-se-ia estéril o empenho em se fazer combatentes rijos e heróis do dever.²¹

No entanto, a par disto, a antiga disciplina das legiões romanas, dos samurais japoneses, ou dos exércitos chineses do General Wu, vem perdendo seu significado de ciência e arte da guerra para se restringir, em inúmeros casos, à idéia de repressão arbitrária, às vezes brutal, mesmo por pequenas faltas. Neste diapasão, sabiamente o General Francisco Batista de Mello preleciona que “a finalidade da disciplina, que na grande civilização grega era a ordem da sociedade da razão, passou a ser, na civilização moderna, a força capaz de esmagar o homem para enquadrá-lo na massa”.²²

Do exposto, ao largo de se valer da pretensa disciplina como instrumento de repressão, esta, em essência, deve ser “[...] a fortaleza física e moral que devem ter ou adquirir todos os militares para suportar o cansaço do serviço, para arrostar os

²⁰ LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**: teoria e prática. 3 ed, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 93.

²¹ SCHIRMER, Coronel Pedro. **Das Virtudes Militares**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1987, p.20.

²² MELLO, General Francisco Batista de. **O Medo, a Disciplina e a Liberdade**. A Defesa Nacional, nº 699, jan/fev 82, p. 178, *apud* Disciplina. Centro de Estudos de Direito Militar. Disponível em: <<http://www.cesdim.org.br/temp1.aspx?PaginalD=29>> Acesso em: 14 set. 2009.

perigos que a profissão oferece constantemente; é sofrer com ânimo forte os reveses e a incontinência da sorte, os percalços da carreira [...]”.²³

De igual forma,

As Forças Armadas só podem cumprir com proficiência a sua missão se os seus integrantes estiverem convenientemente adestrados. Belonaves não se movem, baionetas não esgrimem, fuzis não atiram e aeronaves não atuam, se atrás destes artefatos não estiver o homem - representado por um soldado adestrado.²⁴

Outrossim, não se busca, aqui, fazer juízo de quantas andam a forma como os mandantes, oficiais, graduados ou mesmo praças de pré utilizam para manter a disciplina em seus quartéis, mas apenas demonstrar que tal preceito é fulcral e inamovível para a subsistência do regime militar e de seus desideratos constitucionais, eis que:

[...] Para que uma organização se encarregue da preservação da ordem pública, é exigível, antes de mais nada, que ela própria possua estabilidade interna mínima, como pré-requisito para sua atuação funcional. Que ela própria cultive a obediência à ordem e ao respeito entre seus membros. Que seu exemplo venha antes de seu poder de preservar ou restabelecer a ordem coletiva.²⁵

1.5 Poder disciplinar

Poder disciplinar - e aqui não é algo restrito à administração castrense, vez que extensível a toda Administração Pública bem como à iniciativa privada - é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais subalternos sujeitos à disciplina do órgão.

Este não se confunde com o poder hierárquico, pelo qual o órgão distribui e escalona as suas funções executivas. Em se tratando da Administração Pública, não se identifica, tampouco, com o poder punitivo do Estado, conquanto este é realizado pela justiça penal, por meio do Poder Judiciário, visando à repressão de crimes e contravenções penais, ao passo que aquele é exercido como prerrogativa punitiva

²³ SCHIRMER, Coronel Pedro. **Das Virtudes Militares**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1987, p. 22.

²⁴ Idem, p.1.

²⁵ SOUZA, Benedito Celso de. Uma questão de ordem. COPM: Notícias, São Paulo, set. 1991, p. 6, *apud* LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 111-112.

interna da Administração, e portanto abrangendo somente as infrações relacionadas com o serviço.

O exercício do poder disciplinar é um “poder-dever”²⁶ do superior hierárquico, vez que a condescendência na punição é crime contra a Administração Militar (vide art. 322, do CPM), além de configurar ato de improbidade administrativa definido no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

De tudo, pode-se, pois, concluir que dever de obediência é a obrigação do funcionário de grau inferior “[...] a obedecer às ordens emanadas do superior competente, dentro de sua respectiva esfera [...]”²⁷.

1.6 Transgressão disciplinar militar

Por vezes, por falta de apuro na técnica legislativa, os termos transgressão disciplinar (art. 5º, inc. LXI, da CF) e punição disciplinar (§ 2º, art. 142) aparecem na Constituição como sinônimos, embora se tratem de institutos diversos, onde o primeiro indica violação, conquanto a segunda representa sanção, reprimenda.

A par disto, transgressão disciplinar (ou ainda transgressão militar, a teor do art. 14, § 9º) é definida no art. 14 do RDE como:

[...] toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensivo 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.²⁸

O RDAER - Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975) - a define no art. 8º como sendo “toda ação ou omissão

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.125.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.77.

²⁸ "Art. 6º - Para efeito deste Regulamento, deve-se, ainda, considerar:

I - Honra pessoal: sentimento de dignidade própria, como o apreço e o respeito de que é objeto ou se torna merecedor o militar perante seus superiores, pares e subordinados;

II - Pundonor militar: dever de o militar pautar a sua conduta como a de um profissional correto. Exige dele, em qualquer ocasião, alto padrão de comportamento ético, que refletirá no seu desempenho perante a Instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido; e

III - Decoro da classe: valor moral e social da Instituição. Ele representa o conceito social dos militares que a compõem e não subsiste sem esse (Regulamento Disciplinar do Exército)

contrária do dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento”.

Já o RDMAR, que a nomeia contravenção disciplinar, traz sua definição no art. 6º como sendo “toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentarem a Organização Militar”.

Os três regulamentos das forças de segurança estampam, cada qual, uma relação de práticas que consideram transgressão disciplinar - ou contravenção disciplinar - (o RDMAR com 84, o RDAER com 100 e o RDE com 113), muito embora todos eles, de forma cautelar, acrescentam que também constituem transgressão (ou contravenção) as ações ou omissões não especificadas nas respectivas relações, nem qualificadas como crime nas leis penais brasileiras, mas que afetem 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, a teor do item 09 do Anexo I (art. 15) do RDE, do art. 10, parágrafo único do RDAER e art. 7º, parágrafo único do RDMAR.

A par disto, resta que constitui transgressão tudo aquilo do mundo fático que o arbítrio (discricionariedade) da autoridade militar julgar ser contrário à disciplina castrense. Nesta linha, cabem várias ponderações acerca da violação ao princípio da legalidade (tipicidade), as quais, por ora, abster-se-á de enunciá-las, por escapar aos propósitos em discussão.

Há de se ressaltar a tênue linha divisória entre o crime militar e a transgressão disciplinar para certos ilícitos militares, cuja configuração como crime ou falta disciplinar é confiada ao prudente arbítrio do julgador.

Da mesma forma que não há distinção ontológica entre crime e contravenção penal. O art. 80, *in fine*, do RDAER, propõe a distinção entre as duas faltas, qual seja, “o crime é a ofensa mais grave a esse mesmo dever [...]”. O art. 14, § 1º, do RDE, reza que “quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime de contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar”. No mesmo eito, art. 6º, *in fine*, do RDMAR, ao definir a contravenção penal, distingue-a do crime, na medida em que aquela não deve estar subsumida ao “que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime”.

As transgressões da disciplina, à imagem das faltas disciplinares dispostas no art. 48, da LEP - Lei de Execuções Penais (lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)- são classificadas em leve, média e grave, segundo critérios definidos nos regulamentos disciplinares, e a competência para classificá-las é da autoridade à qual couber exarar a respectiva punição. A matéria é tratada no art. 21 do RDE, art. 11 do RDAER, e art. 8º do RDMAR - este último, diferentemente dos dois outros regulamentos, classifica-as como grave e leve.

A par disto, atento então deve estar a autoridade no sentido de não malferir o princípio *no bis in idem*. Os próprios regulamentos reclamam tal prática, conforme a inteligência do § 10, art. 14, do RDE; art. 9º, do RDAER; e também o art. 9º, do RDMAR:

Art. 14 – *omissis*

[...]

§ 10 - Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar. (RDE)

Art. 9º - No concurso de crime militar e transgressão disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime. (RDAER)

Art. 9º - No concurso de crime militar e contravenção disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime. (RDMAR)

1.7 Ato administrativo punitivo (punição disciplinar militar)

Punição disciplinar militar consiste num ato administrativo repressivo em face de militar transgressor da disciplina - aquele que violou ou descumpriu algum preceito, norma disciplinar ou ordem legal de superior hierárquico. Trata-se, pois, de uma reprimenda, a qual é necessariamente precedida por um processo administrativo disciplinar, em que se devem assegurar todas as garantias constitucionais, sobretudo a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, inciso LV, CF), e sobre o qual não seria oportuna, aqui, fazer qualquer elucidação.

Na atividade pública em geral, três categorias de atos afloram, quais sejam eles, os atos legislativos, judiciais e administrativos. Estes últimos, dos quais se cuidarão nestes lindes, cabem, de ordinário, aos órgãos executivos, sem se descurar de que autoridades judiciárias e legislativas também os praticam restritivamente.

O conceito de ato administrativo não é remanso na doutrina. A própria expressão ato administrativo nem sempre foi utilizada, pois, conforme recorda Di Pietro, outrora se falava “mais comumente em atos do Rei, atos do Fisco, atos da Coroa”.²⁹

Bandeira de Mello conceitua ato administrativo nos seguintes termos: [...] a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes [...]), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³⁰

No mesmo sentido, Hely Lopes o define da forma que se segue:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.³¹

Bandeira de Mello alerta ainda que não se deva confundir atos administrativos com atos da Administração, na medida em que estes seriam os inúmeros atos que a Administração pratica e que não interessa considerar como atos administrativos. Insta também não confundi-lo com fato administrativo, muitas vezes representado por um acontecimento não atribuível à ação humana, mas que produz efeitos em sede administrativa. Di Pietro menciona ainda o fato da Administração, que, segundo seu magistério, é um evento que não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo³². O aludido entendimento não é compartilhado por Hely Lopes, para quem “fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa [...]. O fato administrativo resulta sempre de ato administrativo que o determina”.³³

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 184.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 340-341.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.149.

³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 183.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 150.

1.7.1 Requisitos da punição disciplinar

A punição disciplinar, como ato administrativo que é, deve ostentar determinadas qualidades para se coadunar com os cânones legais. Algumas delas serão aventadas a seguir, a despeito de a doutrina não ser uníssona quanto ao número, identificação e designativo das mesmas.

[...] não há concordância sequer quanto à expressão a ser utilizada. No Brasil fala-se quase que unanimemente em ‘elementos’. Na doutrina européia e latino-americana tanto se encontra a taxinomia ‘elementos’ como ‘requisitos’. Há quem distinga [sic] ‘elementos’ de ‘requisitos’.³⁴

Venosa, valendo-se de critério lexical, leciona que “elemento é [...] cada parte de um todo. Pressuposto é a circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro. E requisito é a condição necessária para a obtenção de certo objetivo”.³⁵ - grifou-se.

Assim, os requisitos do ato administrativo são, conforme propõe Hely Lopes, competência, forma, objeto, motivo e finalidade (destes, a forma e a finalidade são sempre vinculadas). Bandeira de Mello acresce aos já mencionados a vontade, além de substituir o termo competência por sujeito (igualmente o faz Di Pietro). Ademais, propõe o festejado tratadista a sistematização do assunto de forma a separar elementos e pressupostos (estes que se desdobram em pressupostos de existência e de validade). Para este autor, os elementos são o conteúdo e a forma. Os pressupostos de existência são objeto e a pertinência do ato. Já os de validade, são “1) pressuposto subjetivo [sujeito]; 2) pressupostos objetivos [motivo e requisitos procedimentais]; 3) pressuposto teleológico [finalidade]; 4) pressuposto lógico [causa]; e 5) pressupostos formalísticos [formalização]”.³⁶

É de todo salutar esclarecer que, a despeito da autoridade de Bandeira de Mello para tratar do assunto, no presente trabalho elegeu-se a sistematização aduzida pelo igualmente autorizado Hely Lopes, não se descurando, todavia, de

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, nota nº 11, p. 344.

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 411.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 346.

trazer à consideração, quando oportunas, algumas lições daquele insigne doutrinador.

1.7.1.1 Competência

Tem-se por este requisito o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. Resulta da lei e por ela é delimitado, sendo, pois, intransferível e improrrogável pela vontade particular. É bem verdade que pode ser delegada e avocada, desde que haja permissivo legal para tal. Bandeira de Mello, Di Pietro e outros, valem-se da expressão sujeito, que vem a ser “aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato [...]. Na omissão do legislador quanto à fixação da competência, entende-se que competente é o Chefe do Poder Executivo”³⁷. Assim, sujeito é o produtor do ato, e neste quesito deve-se atinar para a capacidade do agente que o praticou, sua competência administrativa para tal, e a existência ou não de óbices à sua atuação no caso (*e.g.*, afastamentos, impedimentos, etc).

Bandeira de Mello discorre ainda sobre pertinência do ato, que segundo sua lição, refere-se ao exercício da atividade estatal administrativa, o que implica afirmar que, se o ato não for imputável ao Estado no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não haverá ato administrativo. Ressalta-se, no entanto, que podem haver atos imputáveis ao Estado mesmo não advindos de órgãos ou entidades governamentais, como no caso de concessão de serviço público ou de delegação de função pública com relação aos atos de autoridades nela envolvidas.

1.7.1.2 Finalidade

A Administração só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, de modo que finalidade é o resultado de interesse público a atingir, sendo defesa ao administrador escolher outro que não o indicado na lei, ainda que colime fins públicos. Trata-se, pois, do resultado previsto legalmente com a emissão do ato.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 197-198

Não pode o administrador buscar, através de um dado ato, a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser obtida por outro tipo de ato. Assim, “os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico [...]”³⁸. A propósito, a prática de ato para alcançar finalidade alheia à natureza do ato configura o desvio de poder (ou desvio de finalidade), sobre o qual será discorrido mais detidamente em momento oportuno.

1.7.1.3 Forma

Diz respeito ao modo como se revela a declaração jurídica. É o revestimento exterior do ato. Enquanto a vontade particular pode manifestar-se livremente, a da Administração exige forma para se expressar validamente. A forma escrita é mais comum no ato administrativo - muito embora haja atos consubstanciados em ordens verbais, sinais, cartazes, placas e semelhantes - eis que o direito administrativo, como ramo de direito público, prima pelo princípio da forma legal, em oposição ao princípio da livre forma, norteador do direito privado (note o art. 107, do Código Civil, segundo o qual, “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial [...]”), salientando, que a revogação ou a modificação do ato deve obedecer à mesma forma do ato originário.

Ordinariamente só se admite ato não escrito em caso de urgência, de transitoriedade na manifestação da vontade ou de irrelevância do assunto para a Administração, no entanto, há que se registrar que nos lindes militares, como próprio permissivo legal, há modalidades punitivas administrativo-militares que contemplam a forma verbal para a sua exteriorização, quais sejam, a advertência (art. 25, do RDE) e a repreensão (art. 19, do RDAER e art. 21, do RDMAR).

Forma não se confunde com a formalização, que se reporta ao modo específico de apresentação da forma, ou seja, uma dada solenização requerida para o ato. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o modo próprio desta exteriorização. Insta salientar que há aspectos de formalização que podem ser irrelevantes quanto à validade do ato, porquanto tem função unicamente

³⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. Curso de Derecho Administrativo, 4 ed. Tomo I, Madri: Civitas, 1983, p. 442, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 358.

organizatória interna. Neste caso, “seu real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos”³⁹. Havendo violação, acarretar-se-á tão-somente sanção para o agente que descumpriu o dever de padronização, sem nenhuma interferência para a validade do ato.

Difere também do procedimento, que é o conjunto de operações exigidas para sua perfeição. Consiste em atos intermediários que, por imposição normativa, precedem determinado ato, sem os quais o ato principal não poderia ser praticado. É o caminho a ser percorrido para a formação de um ato final objetivado pela Administração. “O procedimento é dinâmico; a forma é estática”⁴⁰.

Mister se faz destacar ainda que o silêncio, sob certas circunstâncias, pode ser conclusivo, significando, pois, forma de manifestação da vontade, desde que assim a lei preveja⁴¹.

1.7.1.4 Motivo

É a situação de fato ou de direito idônea a autorizar ou obrigar a prática do ato. O motivo secciona-se em motivo do ato e motivo legal. Este é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica; aquele, a própria situação fática, material. Há casos em que o motivo legal apresenta-se num tipo administrativo aberto, insuscetível de redução a uma objetividade absoluta, sobre o qual o hierarca deverá proceder à valoração fática e conferir se tal acontecimento responde ou não à hipótese legal reclamada.

O motivo antecede à prática do ato, enquanto que a finalidade o sucede, vez corresponder a algo que se quer alcançar com sua edição.

Bandeira de Mello fala também em móvel. Enquanto motivo representa uma situação objetiva, vale dizer, uma realidade objetiva e externa ao agente, móvel é a representação subjetiva, interna do agente e corresponde à sua intenção.

O multicitado autor menciona ainda causa, a qual, em sua lição, constitui o que chama de pressuposto lógico do ato administrativo. Tal pressuposto seria o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato. “Através da causa vai-se

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 414.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 153.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.202.

examinar se os motivos em que se calçou o agente [...] guardam nexos lógicos [...] com a decisão tomada [...] em face da finalidade que [...] cumpre atender”⁴². Arremata o publicista dizendo ser no âmbito da causa que se examinam dois quesitos cardeais para a validade do ato, quais sejam a razoabilidade e a proporcionalidade.

O mesmo autor discorre ainda sobre a vontade, mas adverte que não a incluir entre os elementos nem entre os pressupostos, pois o elemento volitivo, além de preceder o ato (e, portanto não componente deste), refere-se a uma realidade psicológica, e não jurídica. Para este administrativista, a vontade só tem importância nos atos administrativos discricionários, vez que para sua prática, sopesam as circunstâncias concretas do caso e a apreciação subjetiva do administrador. Reversamente, o exame do elemento anímico é absolutamente irrelevante quando o ato for completamente vinculado, eis que a lei predetermina, de modo objetivo e completo, o único comportamento possível, inadmitindo qualquer subjetivismo.

Insta distinguir motivo de motivação, esta que integra a formalização, e consiste na:

[...] Exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados [...] a regra de Direito habilitante, [...] os fatos em que o agente se estribou para decidir e [...] a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.⁴³

Discute-se se a motivação é obrigatória ou não. Uns defendem sua obrigatoriedade quando se trata de ato vinculado, pois a Administração deveria demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; outros a exigem somente para os atos discricionários, vez que nestes far-se-ia necessário motivar como meio de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos alegados.

1.7.1.4.1 Teoria dos motivos determinantes

A Administração, ao praticar o ato enunciando os motivos em que se calçou - ainda quando a lei não haja imposto expressamente a obrigação de fazê-lo para sua

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 361.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 354.

perfeição - assim procedendo, vincula-se aos motivos aduzidos, e o ato só será válido se realmente ocorreram os motivos enunciados.

Os atos de Governo, se a lei os legitima mediante certos motivos (atos vinculados) ou quando o próprio Governo, podendo praticá-las sem motivo declarado (atos discricionários), declara o motivo, não poderão, em um e outro caso, continuar a subsistir desde que o motivo que [...] é necessário para legitimá-la ou o motivo invocado ou declarado não contém a realidade [...]”⁴⁴

Por conseguinte, quer quando obrigatória, quer quando facultativa, se for feita, a motivação age como fator vinculante da Administração.

1.7.1.4.2 Mérito administrativo

O mérito administrativo subsume-se à “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato feitas pela Administração [...] quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”⁴⁵. Só alcança os elementos não vinculados do ato administrativo, quais sejam competência, motivo e objeto.

Bandeira de Mello versa sobre o tema no sentido de que “mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei [...] para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente”⁴⁶. Pelo escólio deste renomado publicista, quando o legislador elencar opções à escolha ao aplicador, ou fixar competência genérica, ou ainda se valer de conceitos vagos, cabe ao administrador buscar o que melhor perfaz à finalidade pública, melhor dizendo, o mérito administrativo.

Nos atos vinculados não há falar-se em mérito, vez que não há faculdade de opção do administrador.

⁴⁴ CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: [s.n.], [1943], p. 122, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 197.

⁴⁵ *Idem*, p. 154-155.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 813-814.

1.7.1.5 Objeto

Trata-se da manifestação de vontade, ou seja, é o que o ato decide, enuncia, certifica ou modifica na ordem jurídica. Diz respeito, pois, ao efeito jurídico imediato que o ato produz. Em última análise, é o próprio ato, em sua essência. “*Es el resultado práctico que el órgano se propone conseguir a través de su acción voluntária*”⁴⁷ (tradução livre do autor: é um resultado prático que o órgão se propõe a conseguir através de sua atuação voluntária).

Também chamado conteúdo, porém, Bandeira de Mello, ao elencá-lo como um pressuposto de existência do ato, propõe secção entre conteúdo e objeto. [...] Se no mundo fenomênico o conteúdo sempre irá se referir a um objeto, seja este real ou ideal, existente ou não, nas declarações jurídicas não é qualquer objeto que serve como suporte para a manifestação de um conteúdo [...]⁴⁸.

1.7.2 Atributos da punição disciplinar militar

Atributos do ato administrativo são prerrogativas de que o poder público goza no seu atuar, que o distingue da atuação do particular.

1.7.2.1 Presunção de legitimidade e veracidade

A legitimidade informa que os atos estatais presumem-se em conformidade com a lei, tendo o administrado o dever de cumpri-los. Quanto à aludida veracidade, esta diz respeito aos fatos alegados pela Administração para a prática de determinado ato, os quais se presumem verdadeiros até prova em contrário, pelo que, autoriza a imediata execução mesmo que argüido de vícios ou defeitos, eis que enquanto não sobrevier o pronunciamento de nulidade, o ato é plenamente operante. Desta forma, o ônus de agir inverte-se, já que a parte interessada é quem deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato. Não fosse

⁴⁷ DIEZ, Manoel Maria. *El Acto Administrativo*, Buenos Aires: [s.n.], 1956, p. 174, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 154.

⁴⁸ ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo, 28 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31-33, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, nota de rodapé nº 20, p. 349.

isso, “toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, obstaculizando o cumprimento dos fins públicos”⁴⁹.

1.7.2.2 Imperatividade

Por este atributo os atos administrativos impõem-se a terceiros, independentemente de sua aquiescência. Não existe em todos os atos, mas apenas naqueles que impõem obrigações. Os demais o dispensam, por desnecessário a sua operatividade.

1.7.2.3 Auto-executoriedade

A execução do ato pode ser direta e imediatamente posta em prática pela Administração, com meios coercitivos próprios, independentemente de intervenção judicial. Ao particular que se sentir ameaçado, caberá pedir proteção judicial para obstar a atividade administrativa.

Sob este biombo a Administração socorre-se de meios indiretos de coerção, como multas ou outras penalidades, em caso de descumprimento. No que toca à auto-executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, valendo-se, inclusive, de força física.

1.7.2.4 Tipicidade

Trata-se de atributo enunciado por Di Pietro, e pelo qual o ato deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados⁵⁰. A tipicidade só existe em relação aos atos unilaterais, vez que aos bilaterais não há imposição de vontade da Administração, dependendo, sempre, da aceitação do particular.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 191.

⁵⁰ Idem, p. 194.

1.7.3 Classificação dos atos administrativos

A classificação dos atos, conforme alerta Hely Lopes, não é assente face à abundância de critérios que podem ser lançados para sua categorização. Tratá-los pormenorizadamente neste estudo seria refugir aos lindes propostos, razão pela qual se declina de discorrer a respeito, remetendo o leitor - caso tenha particular interesse no assunto - à vasta doutrina pátria que versa sobre o tema.

1.7.4 Punições *in Specie*

A punição disciplinar não é sanção a que se submete apenas o militar, vez que todo e qualquer servidor da Administração Pública - ou mesmo o particular, sob determinadas circunstâncias, a exemplo do licitante, autorizatário, etc. - está sujeito ao poder disciplinar, eis que este se funda no interesse e na necessidade incessante de aperfeiçoamento do serviço público.

O rol de modalidades punitivas é variado. É o que se constata na consulta, por exemplo, da Lei de Processo Administrativo, da Lei de Licitações, dentre outros preceptivos. Diferenças, no entanto, existem, como é de se ver pelas espécies sancionatórias a que estão submetidos, mormente, os militares, algumas delas privativas de liberdade, como será aduzido dentro em breve. Com efeito, no presente verbete serão abordadas somente as punições encartadas pelos regulamentos castrenses, em especial as que impliquem restrição física do militar.

O RDE enuncia, em ordem crescente de gravosidade, as punições a que estão sujeitos os militares, quais sejam:

Art. 24 - *omissis* [...]

I - a advertência;

II - o impedimento disciplinar;

III - a repreensão;

IV - a detenção disciplinar;

V - a prisão disciplinar, e

VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Parágrafo único - As punições [...] de detenção e prisão [...] não podem ultrapassar trinta dias e a de impedimento disciplinar, dez dias.

Nos artigos seguintes o mesmo regulamento define e esmiúça as sanções previstas, das quais aduzir-se-á nesta oportunidade apenas as restritivas de liberdade, que interessam ao presente trabalho:

Art. 26 - Impedimento disciplinar é a obrigação de o transgressor não se afastar da OM, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir dentro da unidade em que serve.

[...]

Art. 28 - Detenção disciplinar é o cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente, o qual deve permanecer no alojamento da subunidade a que pertencer ou em local que lhe for determinado pela autoridade que aplicar a punição disciplinar.

Art. 29 - Prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal.

Como se denota dos dispositivos supracitados, o impedimento é a proibição do militar de ausentar-se do quartel, tendo porém total liberdade de locomoção em seu interior. Já a detenção impõe ao punido a sua permanência em determinado prédio da caserna, dentro do qual tem livre locomoção, dele não podendo retirar-se.

Enquanto isso, a prisão acarreta ao transgressor o seu recolhimento à prisão (o anterior RDE, hoje revogado - Decreto nº 90.608, de 04 de dezembro de 1984 - em seu art. 26, § 3º, usava o termo xadrez, mas tal designativo foi proscrito pelo atual estatuto disciplinar).

A tais preceitos, é bom frisar, estão submetidos as polícias e corpos de bombeiros militares do Brasil, ainda que tais corporações possuam regulamentos disciplinares próprios, eis que estes, a despeito de serem instituídos pelos respectivos Governadores (por força do art. 42 e art. 144, § 6º, CF) devem seguir o modelo estatuído pelo Ministério do Exército, que o faz por meio da Portaria nº 051-EME/1979⁵¹, que nada mais é que uma transcrição servil do RDE.

A propósito, e não é enfadonho repetir, o autêntico RDE é aplicável ao CBMDF e à PMDF, por força de decreto distrital nº 4.346/2002.

Neste mesmo passo, o RDAER, em seu art. 15, enuncia as punições nele previstas:

- 1- Repreensão [...];
- 2 - Detenção até 30 dias;
- 3 - Prisão:
 - a - fazendo serviço, ou comum, até 30 dias;

⁵¹ Modelo de Regulamento Disciplinar das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

- b - sem fazer serviço, até 15 dias;
- c - em separado, até 10 dias;
- 4 - Licenciamento a bem da disciplina;
- 5 - Exclusão a bem da disciplina.

Este regulamento prevê ainda, no art. 16, item 2, a punição de “proibição do uso de uniforme”, aplicável aos oficiais reformados e da reserva remunerada, e no mesmo artigo, notadamente no item 5, a punição de “desligamento do curso”, destinada aos cadetes e alunos das escolas de formação e preparação.

Em artigos adiante o diploma define as punições, sem grandes diferenciações do regulamento dissecado anteriormente. O art. 20 informa que “detenção consiste na retenção do transgressor em lugar não destinado a cárcere comum [...]”. Tal reprimenda, a depender do cargo (posto ou graduação) do transgressor, e a juízo do comandante, pode ser cumprida na residência do militar ou em recinto da organização. O artigo subsequente delinea que “a prisão consiste na reclusão do transgressor em local apropriado [...]” - art. 21 -, a qual, na espécie, também pode ser cumprida na residência do transgressor, em dependência da organização, ou ainda em alojamento ou “compartimento fechado denominado xadrez”.

Leque parecido de reprimendas vem encartado pelo art. 14 e seguintes do RDMAR: repreensão, prisão simples, prisão rigorosa, dispensa das funções (esta última imposta a oficiais da reserva que exerçam funções da ativa), exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina, impedimento e serviço extraordinário (estas duas últimas imposta apenas a Cabos, Marinheiros e Soldados).

Adiante, há a definição de cada uma delas, das quais, mais uma vez, só convém elencar as privativas de liberdade:

- Art. 22 - A pena de impedimento obriga o contraventor a permanecer na organização militar [...]
- Art. 24 - A pena de prisão simples consiste no recolhimento [...] na organização militar ou outro local determinado [...]
- Art. 25 - A pena de prisão rigorosa consiste no recolhimento do Oficial, Suboficial ou Sargento aos recintos que na organização militar forem destinados ao uso de seu círculo [...] [...] da praça, à prisão fechada.

É de se ver que, a despeito de hoje soar anacrônico punir administrativamente o militar com cerceamento de liberdade, noutros tempos representou grande avanço no tratamento à indisciplina, vez que, até os idos do

século XIX, as Forças Armadas usavam o castigo corporal para punir os recalcitrantes da disciplina.

Assim, tardou, mas não sem tempo o indigitado diploma draconiano foi substituído em 1862, por Duque de Caxias, lançando-se em seu lugar o Regulamento Correccional das Transgressões Disciplinares o qual deu origem ao Regulamento Disciplinar do Exército nos moldes ao que hoje se conhece.

Assim, o mérito punitivo, entendido como a justiça ou não de tais medidas punitivas, bem como o tratamento distinto dispensado a oficiais, graduados e praças em geral não serão temas de maiores sondagens nesta obra.

Como já mencionado, a punição disciplinar, máxime aquelas já elencadas, nada mais são do que mero ato administrativo, e como tal deve estar revestida dos mesmos pressupostos retores dos demais atos administrativos praticados pela Administração Pública em geral, o que implica dizer que, muito embora as Corporações Militares conduzam-se pelas mais inquebrantáveis hierarquia e disciplina (e estes quesitos estão mais que perceptíveis à simples leitura das opções de cominação disciplinar), tal não implica que a autoridade militar, investida de competência punitiva em sede administrativa, detenha poderes ilimitados no que para a prática de ato como melhor lhe apetece, ou mesmo que possa praticá-la divorciado da devida observância legal.

CAPÍTULO 2

CONTROLE DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR

Controle é a “faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”⁵². Em verdade, nenhuma Instituição ou mesmo os Poderes da República estão imunes à contenção de seu atuar, todavia, no presente trabalho, para não desbordar de sua meta, a abordagem será, máxime, quanto ao controle do ato administrativo levado a efeito pelo Judiciário, notadamente sobre a punição disciplinar, sem prejuízo, no entanto, de breves incursões nas demais searas de controle.

Os tipos e formas de controle variam conforme a autoridade que o exercita, o fundamento para fazê-lo, o modo, o momento de sua efetivação e o objeto. Consoante seu fundamento, serão **hierárquicos ou finalísticos**; conforme a localização do órgão que o empreende, **interno ou externo**; segundo o momento, **preventivo** (prévio ou a *priori*), **sucessivo** (concomitante) ou **corretivo** (subseqüente ou a *posteriore*); quanto ao objeto, de **legalidade** (legitimidade) ou de mérito. Os controles podem ser combinados e conjugados nas mais variadas formas, vez que, “um ato do Executivo, sujeito a controle externo e prévio do Legislativo, pode ser submetido posteriormente ao controle interno e concomitante da própria Administração e, a final, sujeitar-se ao controle de legalidade do Judiciário[...]”⁵³

O controle hierárquico resulta automaticamente do escalonamento vertical dos órgãos; o finalístico é o que a autoridade controladora estabelece para as entidades autônomas, ao indicar as faculdades a serem exercitadas e as finalidades buscadas.

O controle externo é o que se realiza por um Poder ou órgão constitucional independente funcionalmente sobre a atividade administrativa de outro, ou ainda quando levado a efeito por qualquer do povo (controle popular ou social); interno é todo aquele realizado no âmbito da própria Administração, e igualmente, o controle do Legislativo ou do Judiciário, por seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e os atos administrativos que pratique (nesta esteira, consultem-se, *exempli gratia*,

⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 645.

⁵³ Idem, p. 649.

os decretos federais de nº 3.591/00⁵⁴, 5.480/05⁵⁵ e 5.483/05⁵⁶, versantes sobre matéria de controle interno do Poder Executivo Federal). É de se ver também, que a Constituição Federal, na cabeça do artigo 74, prevê o implemento de um sistema de controle interno integrado entre os três Poderes.

Controle preventivo é o que antecede à operatividade do ato; o sucessivo acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação; o corretivo efetiva-se após a conclusão do ato, visando corrigir-lhe eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia.

O controle de legalidade visa perquirir unicamente a conformação do ato com as normas legais que o regem; o de mérito visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato.

2.1 Controle administrativo

Controle administrativo é todo aquele exercido pelo Executivo, bem como aquele levado a efeito pelos órgãos administrativos dos demais Poderes sobre a própria atividade. A Administração, em todas as suas manifestações, deve atuar com legitimidade, segundo as normas pertinentes a cada ato. Infringindo-as, o agente público vicia o ato e o expõe a anulação. Em outros casos, igualmente o interesse público impõe a modificação ou supressão do ato ainda que legítimo, porém inoportuno ou inconveniente, feito em sede de revogação. “Através do controle administrativo a Administração pode anular, revogar ou alterar seus próprios atos e punir seus agentes com as penalidades estatutárias”⁵⁷- grifos do original. Daí dizer-se que a Administração controla seus próprios atos em toda plenitude, eis que pode desfazê-los tanto por considerações de mérito quanto de legalidade.⁵⁸

A já citada lei nº 9.784, no art. 53, dispõe que “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por

⁵⁴ Decreto nº 3.591, de 06 de setembro de 2000. **Dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.**

⁵⁵ Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. **Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.**

⁵⁶ Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005. **Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 e institui a sindicância patrimonial de que menciona.**

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 651.

⁵⁸ Idem, p. 199.

motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” A propósito, as Súmulas nº 346⁵⁹ e nº 473⁶⁰, do Supremo, endossam a asserção.

2.1.1 Revogação

Revogação consiste na supressão, única e tão-somente feita pela Administração, de um ato discricionário legítimo e eficaz, cuja existência não mais lhe convém. Funda-se, pois, no poder discricionário para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Seus efeitos são *ex nunc*, permanecendo intactos aqueles que a precederam.

Para Bandeira de Mello a revogação “é conseqüência de um juízo feito ‘hoje’ sobre o que foi produzido ‘ontem’, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém *agora* aos interesses administrativos”⁶¹ - grifos do original.

Na seara militar, precisamente em sede do RDE (art. 58) e RDAER (art. 52), há a figura do cancelamento dos “registros de punição disciplinar e outras notas a ela relacionadas”, pelo qual, transcorrido determinado lapso da aplicação de qualquer punição disciplinar sem que outra o militar tenha sofrido neste interregno, dentre outras exigências, pode o transgressor postular seu cancelamento, ficando a juízo da autoridade acolhê-lo ou não, o que nada mais é que a revogação, mas que, neste particular, o legislador louvou-se noutro *nomen juris*.

2.1.2 Anulação

Conforme já acentuado alhures, a punição disciplinar é ato administrativo, e como tal, é inválido aquele praticado em desacordo com as prescrições jurídicas. Neste passo, anulação é a declaração, levada a termo pela Administração ou pelo Poder Judiciário (quanto a este, será o tema abordado com mais vagar

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. A administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346>> Acesso em: 07 out. 2009.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473>> Acesso em: 07 out. 2009.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 401.

oportunamente), de invalidação de um ato. Nos lapidares dizeres de Juarez Freitas, “o Estado há de ser o primeiro, não o último, a observar as normas e a zelar pela credibilidade da palavra dos que o representam”⁶².

Esta modalidade de controle arrima-se em razões de legalidade e, quando empreendida pela Administração, estriba-se no poder de autotutela estatal. Com efeito, mudança de interpretação da norma ou da orientação administrativa não ampara a anulação dos atos, vez que não caracteriza ilegalidade, mas simples alteração de critério da Administração.

Via de regra os efeitos são *ex tunc*, retroagindo as suas origens e invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras. Conquanto isso, ainda que invalidado, pode produzir efeitos válidos em relação a terceiros de boa-fé.

Falando-se em atos nulos e anuláveis, estes se distinguem, máxime, pela possibilidade ou não de convalidação⁶³. Assim, sendo a ilegalidade ou ilegitimidade suscetível de saneamento, está-se, pois, diante de um ato anulável, cuja mácula cabe à parte interessada apontar, promovendo-lhe a anulação. O ato nulo, pelo contrário, independe de motivação do interessado para vê-lo reconhecido, além do que, jamais se convalida.

É de se ver que tais defeitos não encontram acordo doutrinário quanto à sua caracterização, até porque não há leis administrativas que sistematizem casos de invalidade e seus efeitos, fazendo com que surjam algumas correntes de pensamento - opostas, até - quanto a eles. Alguns negam a transposição da teoria das nulidades do Código Civil, outros admitem sua aplicação ao Direito Administrativo com algumas modificações.

Na lição de Hely Lopes, nesta seara não há o *discrímen* de tratamento entre atos nulos e inexistentes, tampouco espaço para os pretensos atos anuláveis.[...] Em Direito Público não há lugar para os atos anuláveis [...],o ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio-legal; válido ou meio-válido, como ocorreria acaso se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade⁶⁴. Todavia, o sobredito autor parece vacilar no posicionamento quando, tratando do procedimento formal de licitação, afirma peremptoriamente que não se devem anular

⁶² FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 38 ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.

⁶³ “A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 417.).

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 205.

os atos do certame portadores de omissões ou irregularidades formais que não tenham causado prejuízo à Administração ou aos licitantes; prosseguindo, remata que “não se decreta a nulidade onde não houver dano [...] - *pas de nullité sans grief*, como dizem os franceses”⁶⁵. - grifos do original

Em doutrina fala-se também em atos irregulares e inexistentes. Os primeiros são padecentes de vícios materiais irrelevantes, ou incursos em formalização defeituosa, consistente em transgressão de normas cujo alcance é meramente de uniformização interna, sem qualquer relevância em relação à segurança e ao conteúdo do ato. “A violação delas só pode acarretar sanções administrativas para os agentes que as desatenderam, mas em nada interfere com a validade do ato”⁶⁶- grifou-se. Já os atos inexistentes são aqueles que se encontram fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito. Inexistentes também podem ser os atos inconclusos e aqueles cujo objeto seja materialmente impossível.

Não se exigem formalidades especiais nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando norma o fixar. O § 1º do art. 42 do RDE, sem mencionar qualquer prazo, é expresso no sentido de que a “anulação da punição disciplinar deverá ocorrer quando for comprovado ter havido injustiça ou ilegalidade na sua aplicação”.

Em casos excepcionais, o ato poderá deixar de ser anulado, em respeito à boa-fé e à segurança jurídica. É o que se chama de confirmação, que implica na decisão da Administração em renunciar ao poder de anular o ato ilegal. Fala-se também na convalidação, que consiste na supressão do vício existente em um ato ilegal, tornando-o legal desde a sua origem (quando a convalidação for em face de vício de incompetência, recebe o nome de ratificação). A lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, contempla forma de convalidação tácita de ato, eis que, pelo seu art. 54, “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

É de rigor salientar que a anulação não se confunde com o que os regulamentos disciplinares militares denominam de relevação (RDE e RDAER) ou

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 270.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 414.

relevamento (RDMAR). Esta, pois, é, exclusivamente, a dispensa do cumprimento da punição, subsistindo integralmente os demais efeitos. É concedida mormente em vista de motivo de gala nacional, passagem de comando, ou em face da prestação, pelo transgressor, de relevantes serviços, e ainda, quando ficar comprovado que foram atingidos os objetivos visados pela punição.

Contido no biombo da invalidade, há a cassação. Refere-se esta à invalidação de um ato que embora legítimo no seu nascedouro e formação, torna-se ilegal na sua execução. Recorrente na espécie é a hipótese do autoritário que obteve regularmente determinada autorização, mas descumprir algo na sua execução que não o permite continuar desfrutando da situação jurídica anteriormente outorgada.

2.1.3 Controle em face dos precedentes judiciais

Propugna-se que a Administração acate em seus atos vindouros a orientação esposada nos pronunciamentos irrecorríveis, ainda quando os repute politicamente desalinhados. Ao homenagear as orientações jurisprudenciais iterativas, não está a Administração deixando de ser zelosa e independente, mas tão-somente reservando energia e vigor para os embates verdadeiramente prioritários. Não se estará, igualmente, denotando servilismo tampouco subserviência, nem a réproba prevaricação.

Neste sentido é a inteligência da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993), no seu art. 4º, inciso XII, que permite ao advogado da União editar enunciado de súmula administrativa dispensando a propositura de ações ou recursos quando a controvérsia jurídica estiver sendo reiteradamente decidida por qualquer tribunal.

A medida, de *per se* e ordinariamente, contribuiria para desafogar os pretórios, vez que a Administração converteu-se na grande demandante e demandada nas cortes pátrias.

2.1.4 Coisa julgada administrativa

A coisa julgada administrativa é, na verdade, apenas uma preclusão de efeitos internos, sem a força conclusiva que o ato jurisdicional ostenta. “Significa

apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração⁶⁷ (grifos do original), seja pelo esgotamento da via administrativa - não cabendo mais qualquer recurso - seja por hipótese de irrevogabilidade do ato. Como preleciona Hely Lopes, falta ao ato administrativo “aquilo que os publicistas norte-americanos chamam de final enforcing power [...], o poder conclusivo da Justiça. Esse poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o juges administratif (contencioso administrativo), é privativo das decisões judiciais”⁶⁸ - grifos do original.

2.2 Controle Judicial

O controle jurisdicional pode dar-se por diversas sendas processuais, e em face de atos administrativos gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários. Todavia a órbita de atuação judicial está adstrita à legalidade do ato, em nada podendo adentrar ao juízo administrativo de conveniência e oportunidade. Circunscrito, assim, a apreciação da legalidade, tem-se insofismavelmente que este controle está afeto aos atos nulos, anuláveis, irregulares e inexistentes. Desta forma, para evitar enfadonha repetição na abordagem dos apontados defeitos, remete-se o leitor ao Sub-Capítulo 2.1.2 (Anulação), onde tais vícios já foram devidamente encartados - embora ali equacionados a luz do controle administrativo de legalidade, mas com os pormenores igualmente aplicáveis no respeitante ao exame judicial da matéria.

A Administração não pode agir divorciada das normas jurídicas tampouco relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Assim, se o Poder Público age ao arrepio da lei, é dever da Administração invalidar, de sua própria iniciativa ou mediante provocação, o próprio ato, por ilegal.

De tudo isso, quedando inerte a Administração, ou mesmo agindo em tempo oportuno, mas ainda assim restando irresignado o interessado com a solução dada ao caso, deve o mesmo buscar o controle jurisdicional, impulsionando o Judiciário a acudi-lo, eis que, a rigor do art. 2º do CPC, “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte [...] a requerer [...]”.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 632.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 661.

[...] Usando da autorização que o povo lhe dá e da própria independência que a carta inicial lhe assegura, o Poder Judiciário fiscaliza, sonda, depura, constitucionaliza, tôdas [sic] as vêzes [...] em que é invocado, a vida jurídica da nação [...] ⁶⁹

No que toca ao princípio da inércia do Poder Judiciário, é de se ver, porém, que se entrebrea no horizonte ao longe uma possibilidade de controle jurisdicional *ex officio* sobre a punição disciplinar militar.

Consabe-se que qualquer ato do poder público que atente contra direito do cidadão, seja este particular ou servidor, é passível de censura judicial. É o que assegura o art. 5º, inciso XXXV, da norma fundamental, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, muito embora a Carta mesma, em estreitíssima hipótese, excepcione o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a teor do art. 217, § 1º, condicionando a apreciação judicial de ações relativas à disciplina e às competições esportivas ao esgotamento das instâncias próprias da Justiça Desportiva.

A propósito, de todas as ordens constitucionais pátrias, somente a Constituição de 1967, no art. 153, § 4º, condicionava o acesso ao Judiciário ao esgotamento prévio das vias administrativas, mandamento que não foi mantido no texto da emenda que resultou na Carta de 1969. O Estatuto dos Militares, bem assim, por ilustrativo, os do CBMDF e PMDF, encartam dispositivos semelhantes, não recepcionados pela vigente ordem constitucional, que condicionam o acesso ao Judiciário ao esgotamento das vias administrativas⁷⁰.

Aliás, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o art. 103-A, cujo §3º reza que o ato administrativo que contrariar súmula vinculante ou que indevidamente

⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas-Corpus**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.207.

⁷⁰ Art. 51 - *Omissis*

§ 3º O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.” (Estatuto dos Militares)

Art. 52 - *Omissis*

§ 3º- O bombeiro-militar só poderá recorrer ao judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta providência, antecipadamente, à autoridade a qual estiver subordinado.” (Estatuto do CBMDF)

Art. 51 - *Omissis*

§ 3º - O policial-militar só poderá recorrer ao judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta providência, antecipadamente, à autoridade a qual estiver subordinado.” (Estatuto da PMDF)

a aplicar, poderá ser objeto de reclamação junto ao STF, para fins de anulação do ato.

2.2.1 Discricionariedade e controle judicial

Conforme preleciona Bandeira de Mello, “em quaisquer situações jurídicas pode-se reconhecer uma limitação que delinea os confins de liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie”⁷¹. De conseguinte, certo é que inexistente ato exclusivamente político ou que possa estar descomprometido com os direitos, bem como inexistente a discricção pura.

A discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação fática, seja impossível reconhecer qual a solução idônea para cumprir a finalidade legal. Há casos, porém, que estão além de quaisquer dúvidas. Veja-se:

Qualquer sujeito em inteligência normal [...] poderá depreender que, apesar de a lei haver contemplado discricção [...] a situação não comportava senão uma determinada providência [...]. Certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato.⁷²

À vista da subordinação dos agentes públicos à ordem jurídica, “a discricionariedade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais”⁷³. Neste eito, a discricionariedade vinculada não quer dizer que não haja juízo de conveniência, mas simplesmente se depreende que haverá sempre uma porção de vinculação que acompanha a discricionariedade.

O controle judicial, nestes casos, será sempre viável no tocante ao demérito dos atos administrativos, sendo do Judiciário esta indeclinável função de “administrador negativo”⁷⁴, em analogia ao “legislador negativo”, designativo emprestado ao STF quando exerce o controle de constitucionalidade. Na espécie,

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 810.

⁷² Idem, p. 813.

⁷³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 221.

⁷⁴ Idem p. 345.

não se trata de sindicabilidade do mérito, porquanto “o mérito pode até não ser diretamente controlável, em si, mas o demérito o será sempre”⁷⁵ - grifou-se.

Na lição do mesmo Juarez Freitas:

São os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, devem ser controlados, não para tolher o administrador público, muito menos para usurpar as suas funções, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes.⁷⁶

2.2.1.1 Controle da razoabilidade

Discricionariedade é a margem de liberdade que “remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de **razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto”⁷⁷ - grifou-se. Tal poder deve ser exercido de acordo com o interesse geral, não devendo, pois, a Administração agir a seu bel-prazer, nem de modo arbitrário, de sorte que o administrador obriga-se a optar pela melhor fundamentação decisória.

O Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus fins. Os meios podem ser idôneos para atingir os desideratos, mas desproporcionais em relação ao custo-benefício. Assim, louvando-se em lapidar excerto da sentença em sede do Mandado de Segurança nº 2005.01.1.017615-7, levado a efeito pela Sexta Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, tem-se que “o que se perquire em sede de análise de razoabilidade e proporcionalidade é justamente se houve a adequação dos meios aos fins almejados e se a medida efetivada era realmente necessária para se alcançar o desiderato esperado”⁷⁸. Destarte, os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes,

⁷⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 217.

⁷⁶ Idem, p. 218.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 821.

⁷⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Mandado de Segurança nº 2005.01.1.017615-7**. Impetrante: Porto Park Derivados de Petróleo. Impetrado: Administrador Regional de Taguatinga. Juiz: Esdras Neves Almeida, Brasília, DF, TJDF. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1>> Acesso em: 15 out. 2009.

superam a proporcionalidade, e assim seriam medidas imoderadas em confronto com o resultado colimado.

Ademais, também “a violação à proporcionalidade ocorre quando, tendo dois ou mais valores legítimos a sopesar, o administrador dá prioridade a um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro”⁷⁹.

Sob o biombo da razoabilidade, emblemático foi o julgamento do mandado de segurança preventivo nº 7.983-DF (2001/0137400-4), levado às barras do STJ, em sede do qual foi obtida a ordem para que a autoridade coatora, Ministro da Justiça, abstinhasse-se de praticar ato tendente a demitir o impetrante do cargo de Agente da Polícia Federal. *In casu*, o relator destacou que a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como da análise de legalidade do ato demissionário, sendo infensa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Na espécie, foi reconhecida a desproporcionalidade da medida demissionária aplicada. Eis o caso:

Não se trata, vale a reprise, de pretender substituir o Judiciário o juízo prévio de mérito da Administração, que faz por prenunciar a iminente aplicação daquela reprimenda, mas de haver em conta, diante do quadro fático apurado, com observância dos princípios da razoabilidade, num plano mais abrangente, e da proporcionalidade, seu desdobramento, que a se eleger a reprimenda mais drástica, com vista à punição do faltoso, estar-se-á, em última análise, também a incidir na prática de ato ilegítimo [...] Em ambos se exige que a conduta do administrador não refuja aos parâmetros lógicos adotados pelas pessoas em geral, nem que tenha como fundamentos dados desproporcionais ao fim colimado pela norma que dá suporte à conduta. Uma providência desarrazoada não pode ser havida como comportada pela lei.⁸⁰

2.2.1.2 Exame do motivo, da finalidade e da causa

O presente verbete vale-se da terminologia do insigne Bandeira de Mello, para quem, se inexistente o motivo, ou dele o administrador tenha extraído

⁷⁹ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 7.983-DF (2001/0137400-4)**. Impetrante: José Ferreira Sobrinho. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao> Acesso em: 15 out. 2009.

conseqüências incompatíveis, o ato será nulo por violação de legalidade. É imperativo ao juiz a verificação da matéria fática, sendo que o exame dos motivos faz-se “quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado”⁸¹.

A perquirição da finalidade arrima-se na teoria do desvio de poder, que será equacionada, ao depois, com a detença necessária. Quanto ao exame da causa, consiste este em verificar se há compatibilidade entre o elemento empírico que serviu de suporte para o ato e o seu conteúdo.

2.2.2 Atos sujeitos a controle especial

Há categorias de atos, quais sejam os chamados atos políticos, atos legislativos e o atos *interna corporis*, que tem levado parte da doutrina a entendê-los insuscetíveis de controle judicial, tempo em que outra corrente defende sua suscetibilidade à apreciação judicial, embora com maiores restrições.

2.2.2.1 Controle dos atos políticos

Atos políticos são aqueles praticados no exercício de competência constitucional, e arrimam-se na ampla liberdade de apreciação de conveniência ou oportunidade. São atos governamentais de condução dos negócios públicos e não simplesmente de execução de serviços públicos.

2.2.2.2 Controle dos atos legislativos

Os atos legislativos propriamente ditos são as leis, que não ficam sujeitas à anulação judicial pelos meios processuais comuns. Enquanto regras gerais e abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias, impugnáveis, no entanto, pela via constitucional da representação de constitucionalidade (ADECON) ou inconstitucionalidade (ADIN).

Leis e decretos de efeitos concretos, entretanto, podem ser invalidados em procedimentos comuns, porque já encartam os resultados administrativos buscados.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 826.

Igualmente, decretos legislativos e as resoluções provindos do Legislativo assujeitam-se ao controle judicial comum, eis que são materialmente administrativos. Claro está que o juiz não pode adentrar ao mérito das deliberações, tampouco perquirir as opções políticas que conduziram à aprovação ou rejeição ocorrida, todavia pode e deve verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude.

Em sede de processo de cassação de mandato parlamentar, vez que está vinculado pelas respectivas leis, torna-se inafastável de controle judicial de legalidade.

2.2.2.3 Controle dos atos interna corporis

Interna corporis são questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, seus privilégios e a formação ideológica da lei. Tais assuntos não afastam, *de per sí*, sua censura judicial, sendo lícito ao Judiciário confrontar o ato com as prescrições constitucionais, legais e regimentais, sem invasão usurpatória do mérito. Não se conceberia, pois, que “o órgão incumbido de elaborar a lei dispusesse do privilégio de desrespeitá-la impunemente, desde que o fizesse no recesso da corporação”⁸².

Tem-se emprestado a qualidade de *interna corporis* dos tribunais judiciais aos assuntos afetos à sua organização interna, os quais o plenário ou os órgãos fracionários podem solucionar soberanamente. Todavia, não escapam ao controle judicial as decisões administrativas ou as deliberações normativas do próprio Judiciário que eventualmente lesem direito.

2.2.3 Meios de controle judicial

Multifárias são as medidas processuais intentáveis para a correção da conduta administrativa, porquanto inúmeras são as vias suscetíveis de eleição. Apenas exemplificando, sem a pretensão de ser exauriente, podem ser citados o mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, ADIN, ADECON, ADPF, além daquelas próprias do Direito Privado, tais como ações possessórias, cautelares em

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 694.

geral, consignação em pagamento, dentre outras, e como não poderia deixar de ser mencionado, o *habeas corpus*, que será oportunamente equacionado.

2.3 Controle social

Conforme aduz Juarez Freitas, presentemente percebe-se robusta propensão de se adotar mecanismos de controle social, manifestada, *exempli gratia*, no art. 48, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (lei complementar nº 101/2000), que trata da ampla divulgação de documentos; art. 4º da lei nº 8.666/93, que comete a qualquer cidadão o direito de acompanhar o desdobramento licitatório; art. 7º, art. 29, XII e art.31, III e V, da lei nº 8.987/95, que tratam, dentre outros, dos direitos do usuário dos serviços públicos, além de prestação de contas ao consumidor; art. 6º, X, do Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), que trata da adequação do serviço prestado.

O mencionado autor conclui pela impossibilidade de um controle social ideologicamente neutro e alerta para o risco desta contenção popular converter-se “em armas de perseguição política e de imobilismo administrativo”⁸³. Entrementes, o tratadista propugna a inserção sinérgica deste instrumento com os demais mecanismos, eis que o próprio exige ser controlado para não se transmudar em usurpador. “O controle social não se identifica com a atuação fiscalizadora de facções, nem com a vontade de uma ‘multidão de pequenos tiranos’ [...] há de ser desenvolvido pela maioria jurídica e política que se afirma, sem exaltação romântica.”⁸⁴

2.4 Outros controles

Cumpra mencionar, dentre tantos outros, o controle legislativo eminentemente político feito por meio de órgãos legislativos permanentes, em sede de comissões parlamentares, permanentes ou provisórias - como no caso das Comissões Parlamentares de Inquérito. Há ainda funções de controle legislativo privativas do

⁸³ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3 ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104.

⁸⁴ Idem, p. 92.

Senado, dentre as quais a escolha de Ministros do TCU, Procurador Geral da República, Ministros do STF.

Insta colacionar também, o controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Não se trata, pois, de controle externo, posto não ser exercido por outro Poder, uma vez que seu exercício é no âmbito do próprio Poder Judiciário ou da própria Instituição do Ministério Público. Seu âmbito de atuação é o controle da atuação administrativa e financeira, bem como do cumprimento dos deveres funcionais, inclusive com a possibilidade de criação de ouvidorias para provocar a atuação dos sobreditos conselhos.

2.5 Últimas considerações acerca do controle

À guisa de rematar o presente capítulo, e mais uma vez, como a sanção disciplinar nada mais é do que mero ato administrativo, dúvidas não restam acerca de seu controle jurisdicional quando eivado de vícios. A única restrição oposta é quanto ao objeto do julgamento (legalidade *versus* mérito), e não quanto à origem ou natureza do ato impugnado.

Qualquer que seja a procedência, natureza ou objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão, ficará sujeito à apreciação judicial. O embate, porém, reside em se saber qual o remédio cabível, sobretudo nas reprimendas que impliquem privação de liberdade, e esta resposta é a *ratio essendi* do presente trabalho, que será oportunamente abordada. Com efeito, admita-se, por hora, a lição de Egberto Luz, discorrendo sobre o controle judicial da punição militar à luz da Carta de 1969:

A Carta Constitucional apenas e tão somente excepcionava a concessão de *habeas corpus* que é o remédio típico para restaurar o direito da liberdade de ir e vir, estando longe, muito longe, de afirmar que a transgressão disciplinar não poderia ser apreciada pelo poder judiciário, como determina, no sentido lato, o disposto no § 4º do citado art. 153.⁸⁵

⁸⁵ LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar**: teoria e prática. 3 ed, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 98.

CAPÍTULO 3

HABEAS CORPUS

Este *nomen juris*, *habeas corpus*, eram as palavras iniciais do mandado que o tribunal concedia e era endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido: “tomai o corpo deste detido e vinde submeter ao tribunal o homem e o caso”.

Trata-se de uma locução latina composta pelo verbo *habeo* (tomar, andar com) e *corpus* (corpo), que em tradução livre seria *ande com o corpo* ou *tenha o corpo*. A expressão consiste em uma “braquilogia”⁸⁶, vale dizer, “foi extraída de dentro de um texto mais longo, ora reduzido ao termo mais significativo, que, tomado isoladamente, chega até a confundir pela aparente ausência de sentido”. De Plácido e Silva anota que, entre os romanos, havia a *actio ad exhibendum* contra o particular que retinha indevidamente o homem livre. Afiança o lexicógrafo que a sobredita ação evidenciava o seguinte fragmento do Digesto: “*hoc interdictum et in absentem esse rogatum habeo scribit: sed si nom defendatur, in bona ejus eundum ait*”⁸⁷.

Na autorizada lição de Pontes de Miranda a ordem (*writ*) de *habeas corpus* é o “mandado de tribunal, endereçado a indivíduo [...] que tenha em seu poder, ou sob sua guarda alguma pessoa, a fim de que a apresente ao mesmo tribunal, que decidirá [...] qual o destino a ser dado ao paciente”⁸⁸.

Parte da doutrina aponta a origem remota do *habeas corpus* no direito romano, pelo qual todo cidadão podia reclamar a exibição do homem detido ilegalmente por meio da ação *interdictum de libero homine exhibendo*⁸⁹.

Outro segmento doutrinário indica que o remédio deita raízes no Direito Inglês, mais precisamente no Capítulo XXXIX da *Magna Charta Libertatum* de 1215, outorgada por *John Lackland*, ou, em vernáculo, João Sem Terra. Tais eram os dizeres contidos no art. 48 da aludida Carta: “nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão [...] senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”.

⁸⁶ SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões Latinas Jurídicas e Forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 413.

⁸⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 391.

⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas-Corpus**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 73-74.

⁸⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 474.

Há, porém, quem diga que o instituto precede a tal norma, constante, pois, no *common law*, conquanto até então, de pouca efetividade, eis que nos povos antigos e na idade média a liberdade física do indivíduo era uma vaga noção teórica, sem garantias necessárias que a efetivassem. *L. Hammon*, lembrado por Pontes de Miranda, assenta que “*the first recognition of it (habeas-corpus) is found in Magna Charta, but there is ample evidence that it was in use before that time*”⁹⁰ (tradução livre do autor: a primeira referência a ele [ao *habeas corpus*] é encontrada na Magna Carta, mas há ampla evidência de que ele estava em uso antes daquela época).

No reinado de Carlos I, o qual queria governar sem leis, surge um levante oposicionista, que determina o surgimento da *Petition of Rights* (Petição de Direitos), na qual foram reafirmadas as liberdades fundamentais e o respeito às leis de *habeas corpus*. Redigiu-a *Thomas Wentworth*, expondo o seguinte: “*We must vindicate our ancient liberties, we must rein force the laws made by our ancestors*”⁹¹ (tradução livre do autor: Nós devemos defender nossas antigas liberdades, nós devemos reafirmar as leis feitas pelos nossos antepassados). No entanto, mesmo após a Petição, as autoridades permaneciam recalcitrantes, e as ordens de soltura eram simplesmente desobedecidas.

As sedições prosseguiram até 1679, sob a batuta de Carlos II, ocasião em que surge o *Habeas corpus Act*, remédio eficaz para o livramento de pessoa presa ilegalmente. A esta seguiu-se o *Bill of Rights* de 1788, ambas elas normas obtidas por Barões, e por mais que sua generalidade e abstratividade servissem a todos os homens, não se podiam constituir preceitos de direitos humanos, cabendo, pois, à América, elaborar o primeiro estatuto com tal representação, a saber, a Declaração de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que trouxe em seu bojo a seguinte epígrafe: “Declaração de direitos feita pelos representantes do bom povo de Virgínia, reunidos em plena e livre convenção; direitos que pertencem a eles e à sua posteridade, com base e fundamento de governo”⁹².

O remédio heróico - *the power of locomotion* - estreou no ordenamento pátrio por força do Código de Processo Criminal (Decreto de 23 de maio de 1832), cujo art. 340 rezava que “todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre de prisão ou

⁹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo V, p. 266.

⁹¹ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas-Corpus**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 45.

⁹² Direitos Humanos: Instrumentos Internacionais, **Documentos Diversos**. 2 ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 11.

constrangimento ilegal em sua liberdade, tem o direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor”. Pontes de Miranda informa que, àquele tempo, instalou-se dúvida quanto ao alcance da palavra cidadão, a fim de se saber se a mulher estaria abarcada pelo conceito e, portanto, legitimada a requerer o *writ*. Num primeiro momento, “a resposta dos juristas da época foi afirmativa, limitando êsse [*sic*] direito aos casos em que o pedisse para si ou para o seu marido [...]”⁹³.

O referido diploma representou grande avanço na tutela da liberdade individual, máxime no item 1º, ao rezar que:

Desde sua data nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser prêsa [*sic*] sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto sômente [*sic*] o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente.⁹⁴

No cenário nacional o *writ* preventivo foi inaugurado pelo art. 18, da lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871.

O instituto foi guindado ao nível constitucional sob o pálio do art. 71, item 22, da Constituição de 1891. A partir de então, sob influência do saudoso e eloqüente Rui Barbosa, o remédio converteu-se em verdadeira panacéia, pois era admitido para a tutela de toda sorte de direitos, e não somente ao asseguramento da liberdade de locomoção. Nestes termos manifestou-se o citado jurista:

O *habeas corpus* hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado, no seu exercício, pela intervenção de um abuso de poder ou uma ilegalidade. Desde que a Constituição não particularizou os direitos que, com o *habeas corpus*, queria proteger, contra a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar suas manifestações.⁹⁵- grifou-se

Nesta esteira, “o *habeas corpus* concedido a Nilo Peçanha assegurando-lhe a posse no Governo do Estado do Rio de Janeiro foi exemplo claro dessa

⁹³ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas-Corpus**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 149.

⁹⁴ Idem, p. 124.

⁹⁵ BARBOSA, Rui. Comentário à Constituição Federal (coligidos e ordenados por Homero Pires). 1933, v. V, p. 506 *apud* FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.250.

doutrina”⁹⁶. O mesmo Rui Barbosa, em sustentação perante o Supremo Tribunal Federal, em 26 de março de 1898, assim ponderou:

Para valer, porém, a liberdade seqüestrada, não há instrumentos de poderes que exhibir; o mandato é universal. Todos o recebem da lei. Para o exercer validamente, basta estar no país. Os próprios juizes são obrigados a mandá-la restituir ex-officio, se no curso de qualquer processo lhes constar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal.⁹⁷

Todavia, tardou a principiar a restrição quanto ao cabimento do remédio: Consolidou-se, mais adiante, contudo, a diretriz tradicional, adstringindo-se o *habeas corpus* aos casos de liberdade de locomoção, com a específica destinação de proteger a liberdade física do indivíduo.⁹⁸

A restrição da órbita do *habeas corpus* adveio com a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926, que alterou o art. 72, § 22 da norma fundamental de 1891 e circunscreveu sua admissibilidade à salvaguarda dos “*jus manendi, eundi e veniend, ambulandi, eundi ultro citroque*”, (liberdade de ir e vir, mover-se, parar, ficar, entrar e sair)⁹⁹, criando, entretantes, o mandado de segurança para amparar os demais direitos líquidos e certos.

Mister se faz registrar que, sem se referir nominadamente ao *habeas corpus*, o art. 173, inciso X, da Constituição Imperial de 1824 dispunha que “à exceção do flagrante delito - a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima [...]”O preceptivo previa punição ao agente coator sem, no entanto, indicar o *remedium* cabível para livrar o paciente. O dispositivo, talvez já anunciando certa reserva à “prisão militar”, terminava o mandamento asseverando que “o que fica disposto acerca da prisão [...] não compreende as Ordenações Militares [...]”.

⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6 ed, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 829.

⁹⁷ BARBOSA, Rui *apud* FAGUNDES, João Batista. **A Justiça do Comandante**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988, p. 47.

⁹⁸ TUCCI, Rogério Lauria, *Habeas Corpus, Ação e Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 29, *apud* MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 81.

⁹⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 391.

Pontes de Miranda, por sua vez, entendia que o instituto já constava implicitamente nesta Carta, indicando o art. 179, § 8º, para quem “podia comportar perfeitamente êsse [sic] remédio jurídico processual”¹⁰⁰.

No rol de remédios, a Carta de 88 inovou ainda mais ao contemplar os institutos do *habeas corpus* e mandado de injunção, os quais acorrem, respectivamente, aos direitos à informação e à regulamentação de normas para a defesa de direitos.

Com efeito, Pontes de Miranda, com sua propriedade ímpar, pondera acerca das contribuições que o *habeas corpus* promoveu no seio da sociedade brasileira:

[...] Que instituto conseguiu mais para a nossa civilização, antes de 1951, do que o *habeas corpus*? Na cidade, era o mais pronto remédio contra a violência; no interior do país, era a mensagem da ordem e da justiça, capaz de levar ao régulo regional, não o recado de Palácio, ou a ordem do Secretário da Justiça, mas o mandado do juiz de direito [...]¹⁰¹

3.1 Pressupostos de admissibilidade

A liberdade do homem consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica outrem. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XXIX, 2) assevera que “no exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei”. Assim, como é sabido que nenhum direito é absoluto, a liberdade pode ser restringida desde que amparada pelo ordenamento. Ultrapassadas, porém, as fronteiras legais, ao Judiciário incumbe fulminar tal comportamento ilegítimo, seja da Administração, seja do particular.

Nesse passo, eivado de ilegalidade ou abuso de poder o ato limitador do direito de locomoção, seja ele de ordem civil (alimentante inadimplente e/ou depositário infiel), administrativo (punição disciplinar militar) ou penal, caberá a ordem de *habeas corpus*, eis que a Carta Política, no título sobre direitos e garantias fundamentais, não faz qualquer restrição à concessão do *writ*, proclamando, nos termos do art. 50, inciso LXVIII, que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade

¹⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo V, p. 284.

¹⁰¹ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 196.

de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Destarte, violado ou ameaçado o direito de locomoção, imperiosa é a concessão do *writ of habeas corpus*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica)¹⁰², sem mencionar o *nomen habeas corpus*, assim pontifica:

Art. 7º

Direito à liberdade pessoal

[...]

6) Toda pessoa privada da liberdade tem direito a 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 a soltura se a prisão ou detenção forem ilegais [...] – grifou-se.

3.1.1 Ilegalidade

Ilegalidade, em sentido amplo, é a falta de observância dos preceitos legais. “[...] É a desconformidade de atuação ou omissão do agente em relação à lei”¹⁰³. Não é, contudo, somente a desconformidade literal com a norma, porquanto seu espectro abrange também, além da apreciação da competência para a prática do ato e das formalidades extrínsecas, a análise dos requisitos substanciais, motivos, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade e razoabilidade.

Tem-se entendido, pois, como ilegalidade a ausência de conformação do ato com a norma que o rege, ao passo que ilegitimidade seria a desconformidade do ato com os princípios elementares da Administração Pública¹⁰⁴. Tal distinção, no entanto, não implica no afastamento do conceito *lato* de ilegalidade.

3.1.2 Abuso de poder

Abuso de poder é o exercício irregular deste, exprimindo a prática de atos que excedam às atribuições legais, convolvendo-se, via de conseqüência, em arbitrariedade. É “quando a autoridade, tendo competência para praticar o ato,

¹⁰² Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992; promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

¹⁰³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8 edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 489.

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 688.

realiza-o com finalidade diversa daquela prevista em lei (desvio de poder), ou quando ultrapassa os limites que lhe eram permitidos (excesso de poder)”¹⁰⁵.

Neste passo, abuso é gênero do qual são espécies desvio de poder (também chamado de desvio de finalidade) e excesso de poder. O primeiro é qualitativo, enquanto o segundo é quantitativo. Pelo escólio de Hely Lopes, “excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e se exorbita no uso de suas faculdades [...] O excesso de poder toma o ato arbitrário, ilícito e nulo”¹⁰⁶ - grifou-se. Na seqüência, o aludido *scholar* adita seu magistério:

Desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público, [...] é, assim, a violação ideológica da lei, [...] um ato administrativo aparentemente legal.¹⁰⁷

Ocorre o desvio, pois, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza da medida utilizada, ainda que eventualmente possa pretender um resultado materialmente lícito.

Segundo Bandeira de Mello, por dois modos pode-se manifestar o desvio:

a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público;
b) quando o agente busca uma finalidade - ainda que de interesse público - alheia à ‘categoria’ do ato que utilizou [...] Mesmo moralizado e justo, o ato será inválido por divergir da orientação legal.¹⁰⁸

Pontes de Miranda menciona ainda usurpação de poder. Para o tratadista, “[...] Usurpa poder quem, sem o ter, procede como se o tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente, que exerce poder que compete a outrem, usurpa; a autoridade competente não usurpa, mas, de certo modo, exorbita se abusa do poder”.¹⁰⁹

¹⁰⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 8 edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 490.

¹⁰⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 359.

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo V, p. 294.

CAPÍTULO 4

CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NA PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR

A fria leitura do art. 142, § 2º, da Constituição Federal (“Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”) pode levar o intérprete incauto a concluir pela inadmissibilidade do instituto, em qualquer hipótese, nas punições disciplinares militares. Mas esta não é a interpretação que melhor se coaduna com o espírito de liberdade que permeia toda a Carta Pátria.

Tendo em conta que a interpretação é obra de raciocínio, cumpre ao hermeneuta abster-se do demasiado apego à letra do dispositivo, procedendo de forma a harmonizar o texto magno. Nos sábios versos de Maximiliano, “a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida [...] não revela todo o conteúdo”¹¹⁰. Deve-se buscar a *intelligentia legis* do dispositivo, a fim de se “descobrir e revelar o conteúdo da vontade expressa”¹¹¹, e para tanto, louva-se na lição do Apóstolo Paulo, segundo o qual “*littera occidit; spiritus vivificar*” (a letra mata, o espírito vivifica)¹¹². Lembre-se ainda da lição de Celso, para quem “*Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” (saber as leis é conhecê-lhes, não as palavras, mas a força e o poder)¹¹³.

Preliminarmente cabe equacionar um esboço histórico da vedação, uma vez que tal dispositivo negativo não é inovação da *Lex Mater* vigente. O Aviso de 19 de fevereiro de 1834 rezava que “a ordem de *habeas corpus* não pode ser passada em favor dos militares presos militarmente, não só por ser oposto às leis que os regem, como por ser contrária à subordinação e disciplina do Exército”¹¹⁴.

Em nível constitucional a Carta de 1934 inaugurou a vedação, trazendo-a insculpida no art. 113, item 23, sendo seguida pelas que lhe sucederam, disciplinando a vedação nos seguintes artigos, a saber: art.122, item 16, CF/1937;

¹¹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

¹¹¹ Idem, p. 25.

¹¹² BÍBLIA, N.T. Segunda Epístola aos Coríntios. Português. **Bíblia Sagrada**. 6 ed. Tradução Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave-Maria, 1996. Cap. 3, vers. 6.

¹¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed, 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2003,p. 100.

¹¹⁴ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MILITAR, **Habeas Corpus e as Transgressões Disciplinares**. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.cesdim.org.br/hc.htm>> Acesso em: 13 nov. 2009.

art. 141, § 23, CF/1946; art. 153, § 20, CF/1967; art. 153, § 20, CF/1969; e art. 142, § 2º, CF/88.

O indigitado artigo da Constituição de 1934 proclamava que:

Dar-se-á *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 o *habeas corpus*. grifou-se

A colocação do veto no texto magno, especula-se, teria sido motivada em razão de confronto entre Poderes ocorrido nos idos de 1894, quando o STF concedeu a ordem a dois oficiais militares, decisão a que o Presidente da República recusou-se a cumprir, por considerá-la contrária às leis e *immemoriaes estylos militares*. Disto ressaltou-se que “a desobediência às decisões da mais alta corte de justiça [...] [teve] força suficiente para ser posteriormente agasalhada no texto constitucional”¹¹⁵.

Desde então outros dispositivos, acompanhando o Constituinte, exibiram idêntica restrição. O primeiro deles foi o Código de Justiça Militar (Decreto-lei nº 925, de 02 de dezembro de 1938), precisamente no art. 272, § 6º.

Na mesma linha, o parágrafo único do art. 466 do CPPM - Código de Processo Penal Militar - excetua a concessão da ordem nas seguintes hipóteses:

[...] casos em que a ameaça ou a coação [...] (da liberdade) resultar:
 a) de punição aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas;
 b) de punição aplicada aos oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares, de acordo com os respectivos Regulamentos Disciplinares.

O Código de Processo Penal - CPP -, na cabeça do art. 647, reza que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violação ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. - grifou-se. No mesmo eito, o art. 19 do Código Penal Militar assevera que “êste [*sic*] Código não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares”.

¹¹⁵ CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MILITAR. **Habeas Corpus e as Transgressões Disciplinares**. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.cesdim.org.br/hc.htm>> Acesso em: 13 nov. 2009.

Curioso que o Constituinte de 1934, 1946, 1967 e 1969 usou o termo transgressão disciplinar ao invés do designativo correto - para o qual somente o Constituinte de 1937 mostrou-se atento -, que seria punição disciplinar, esta sim, correspondente ao cerceamento da liberdade física. É de se ver, porém, que a Carta vigente, em dadas ocasiões, por falta de apuro legislativo, apresenta igual impropriedade, por vezes exibindo os dois termos como se ostentassem o mesmo significado (vide art. 5º, inciso LXI e art. 142, § 2º).

Somente a Carta de 88 veio, apropriada e oportunamente, a acrescentar ao termo a palavra militar, eis que a forma estampada anteriormente, qual seja transgressão disciplinar - *rectius*, punição disciplinar, eis que ao certo a esta queria se referir - poderia dar azo a interpretações de que punições sofridas por servidores civis também estivessem açambarcadas na vedação. Ademais, a denominação anterior poderia, *exempli gratia*, colocar sob dúvida o cabimento do remédio para guerrear as sanções disciplinares limitadoras da liberdade ambulatoria previstas no art. 53 da Lei de Execuções Penais (“art. 53 - Constituem sanções disciplinares [...] IV- isolamento, na própria cela, ou em local adequado [...]).

Num estudo comparado sobre o tema, pode-se mencionar a Constituição portuguesa de 1976, que trata sobre o *habeas corpus* no seu art. 31º [sic], item 1, no qual não há qualquer elemento restritivo para seu cabimento (“Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder por virtude de prisão ou detenção ilegal, a interpor perante o tribunal judicial ou militar, consoante os casos”)¹¹⁶ - grifou-se.

Igualmente, a Carta argentina, no capítulo sobre direitos e garantias individuais (*Nuevos derechos y garantías*), não traz qualquer restrição ao remédio. Vejam-se seus termos:

Artículo 43 - [...] Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.¹¹⁷

¹¹⁶ PORTUGAL. **Constituição de Portugal. Presidência da República.** Disponível em: <http://www.presidencia-republica.pt/republica/constituicao> Acesso em: 15 nov. 2009.

¹¹⁷ ARGENTINA. **Constitucion De La Nacion Argentina.** [dereito.adv.br](http://www.dereito.adv.br), Disponível em <<http://www.dereito.adv.br/constitu.htm>> Acesso em: 15 nov. 2009.

No mesmo passo, a Constituição espanhola disciplina a matéria sem impor-lhe ressalva alguma, conforme se extrai da seção que trata *de los derechos fundamentales y de las libertades públicas* (direitos fundamentais e liberdades públicas):

Artículo 17

[...]

4. La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente [...].¹¹⁸- grifou-se

Já a Constituição dos Estados Unidos da América contempla hipótese de exceção, mas em estreita órbita, proclamando em sua Seção 9, Cláusula 2: *“the privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it”*¹¹⁹ (em tradução livre: não poderá ser suspenso o remédio do *habeas corpus*, exceto quando, em caso de rebelião ou de invasão, a segurança pública o exigir).

4.1 Alcance da vedação

Feitas as necessárias digressões, sem as quais, pela especificidade do tema e dado o acentuado desconhecimento dos meandros castrenses, seria dificultoso fazer-se entender na abordagem do assunto, trar-se-á à consideração, agora, o tema nodal do trabalho.

Preliminarmente, é mister lembrar - a despeito da obviedade do que ora se conclui - que a restrição contida nos estatutos infraconstitucionais supra colocados restará espancada ao se delimitar a abrangência do texto constitucional acerca da matéria, sobre o que será a seguir discorrido. No particular, o diploma adjetivo penal militar, antes de negar o acesso ao remédio, pelo contrário, o confirma, eis que só não o admite quando a reprimenda estiver “de acordo com o regulamento disciplinar”. Não o estando, subsume-se ao art. 467, que trata das hipóteses de abuso e/ou ilegalidade, sendo, pois, imperiosa a concessão da ordem.

¹¹⁸ ESPANHA. **Constitución Española.** [direito.adv.br](http://www.direito.adv.br). Disponível em: <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>> Acesso em: 15 nov. 2009.

¹¹⁹ ESTADOS UNIDOS. **The United States Constitution.** Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2009.

A vedação contida no dispositivo do art. 142, § 2º, pode ser relativizada por inúmeros flancos. Como é próprio do direito, mormente como ciência social, há sempre diversas correntes - algumas diametralmente opostas - sobre um mesmo tópico.

Alguns doutrinadores consideram o mandamento inconstitucional, eis que tal dispositivo seria formalmente constitucional (por estar inserto no seu texto), mas não o seria materialmente. Assim, estando em conflito com o art. 5º (este que trata dos direitos e garantias fundamentais), restaria aquele maculado de inconstitucionalidade, por afrontar o dispositivo fundamental que trata genericamente do *habeas corpus*.

Outra inconstitucionalidade apontada pelos sequazes desta corrente é de que o preceito constitucional em exame é discriminatório, pois estaria a negar tutela jurisdicional a uma classe de servidor, malferindo, assim, o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da Constituição. Desta forma, estaria vulnerando o ideário francês (*rectius*, outrora francês, mas contemporaneamente cosmopolita) contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dá conta de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos e obrigações perante a lei, diploma ratificado pelo Brasil.

No entanto, a tese de inconstitucionalidade, a despeito de louváveis e plausíveis assertivas a respeito, não tem acolhida na melhor doutrina constitucional, segundo a qual não há dispositivo originário inconstitucional no texto magno. Pode, e há, sem dúvidas, antinomias, as quais são solucionadas hermeneuticamente, fazendo-se, para tanto, uma interpretação conforme, sem se proceder simplesmente ao descarte sumário do dispositivo sob o pretexto de ser ele inconstitucional, até porque, como mencionado, não há norma inconstitucional no corpo original da Constituição, uma vez que o Poder Constituinte Originário não encontra barreiras e pode disciplinar da forma que melhor lhe apetece, inclusive excepcionando a alguns o que confere a outros, o que não é o caso *sub examine*, como adiante se mostrará.

Nesse passo, em verdade o constituinte vedou, até como forma de reiterar a independência entre os Poderes (proclamada no art. 2º, CF), a apreciação do mérito da penalidade. Ou seja, a justiça ou a injustiça da sanção imposta não comporta exame judicial. Porém, os requisitos do ato, já dantes enunciados, além de sua constitucionalidade, continuam passíveis de discussão judicial e jamais poderão deixar de sê-los.

O saudoso Pontes de Miranda preleciona que a transgressão disciplinar possui quatro pressupostos, quais sejam:

- a) “hierarquia”, através da qual flui o dever de obediência e de conformidade com instruções, regulamentos internos e recebimento de ordens;
- b) “poder disciplinar”, que supõe a atribuição de direito de punir, disciplinarmente [...]
- c) “ato” ligado à função [do punido];
- d) “pena”, suscetível de ser aplicada disciplinarmente.

[...] Onde quer que aquêles [sic] pressupostos se apresentem não há cogitar-se de *habeas-corpus*. Demais disso, o Poder Judiciário só aprecia a inconstitucionalidade ou a ilegalidade dos atos dos poderes públicos, não a injustiça intrínseca, naquilo em que qualquer dos poderes obra discricionariamente [...] Em conseqüência, qualquer ingerência [...] que permitisse à Justiça cassar ou suspender decisões disciplinares, seria atentatória do princípio da separação dos poderes [sic].

É possível, porém, que falte algum dos pressupostos [...] O texto constitucional não veda o *habeas-corpus* em tal hipótese [...] Seria absolutamente contra os princípios que se afastasse o remédio jurídico processual do *habeas-corpus* [...].¹²⁰ - grifou-se

Portanto, ausente um dos pressupostos enumerados, a prisão deve ser relaxada pelo juiz, por tratar-se de constrangimento ilegal ao *jus libertatis*. Nesta hipótese a concessão da ordem em nada vulnera a disciplina e a hierarquia militares, porquanto também não constitui qualquer desdouro à figura do hierarca. A autoridade não é algo absoluto, que desconhece limites. Não é, pois, um *jus vitae et necis* (um direito de vida e de morte).

O princípio da autoridade deve ser respeitado e prestigiado quando a pessoa que dela se encontra revestida atue dentro dos contornos legais, nos limites estabelecidos pela lei. A partir do momento que sua atuação se mostre arbitrária e transgressora do preceito legal não pode prevalecer aquele princípio [...] Por outro lado, a hierarquia ou o dever de obediência não pode sobrepor-se ao abuso de poder ou à ilegalidade no sentido de convalidá-la [...] Seria altamente insensato que, em nome dessa hierarquia ou dever de obediência, se tolerasse [...] coação ou ameaça da liberdade física do servidor público [...].¹²¹ - grifou-se

¹²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo V, p. 295-296.

¹²¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas. 1997, p. 85.

No julgamento do HC nº 70.648-7/RJ, sob a relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, o Pretório Excelso agasalhou a tese do tratadista nupercitado, e assim sentenciou:

Como já ensinava Pontes de Miranda, desde que há hierarquia, há poder disciplinar, há ato e há pena disciplinar. Qualquer ingerência da justiça na economia moral do encadeamento administrativo seria perturbadora da finalidade mesma das regras jurídicas que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar.¹²²

Na seqüência, rematou que:

O entendimento relativo ao § 20, do art. 153 da EC/1969, segundo o qual o princípio de que às transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinassem, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões [...], continua válido para o disposto no § 2º, do art. 142 da atual Constituição.

Cumpre ainda trazer à colação outro julgado do Supremo que, a despeito de ser anterior à formulação proposta por Pontes de Miranda, já limitava o alcance da vedação ao *writ*:

A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em tôdas [sic] as circunstâncias da vida [...] Apesar disto, entretanto, é possível, mesmo a respeito de transgressão disciplinar, o conhecimento do pedido por este Supremo Tribunal. O que a Constituição proíbe é que se julgue a pena disciplinar, [...] mas o Poder Judiciário pode verificar se a contravenção disciplinar foi punida pela autoridade competente dentro dos limites legais [...] ¹²³. grifou-se

Outro julgado da Corte Constitucional que segue igual sentido, dentre inúmeros mais, foi o RHC nº 79.037-DF, de 13 de abril de 1999. Em seu voto o ilustre relator, Ministro Carlos Velloso, assim pontificou:

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 70.648**. Paciente: Sérgio Maurício Millen Coutinho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 09 de novembro de 1993. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 20 nov. 2009.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 35.240**. Paciente: Almirante Carlos Penna Botto. Coator. Ministro da Marinha. Relator: Min. Hahnemann Guimarães, Rio de Janeiro, DF, 06 de setembro de 1957. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 nov. 2009.

[...] no que toca à norma do art. 142, § 2º, da Constituição Federal [...] certo é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que a restrição limita-se ao mérito do ato [...].¹²⁴

A ementa do RHC nº 2.047-RJ/STJ, de 12 de abril de 1993, sob a relatoria do ínclito Ministro Pedra Acioli, a par da mesma tendência, dispõe que:

I - A restrição contida no art. 142, § 2º, da Constituição [...] é limitada ao exame do mérito do ato.

II - Essa condição constitucional não alcança o exame formal do ato administrativo, logo é possível a utilização do writ para a verificação da ocorrência das formalidades essenciais do ato.¹²⁵ - grifou-se

Além do que, para reforçar a tese de cabimento do remédio, cumpre salientar que, se faltar qualquer dos pressupostos elencados, não teria havido, na verdade, punição disciplinar, mas ato qualquer ilegal, do que se depreende que o cerceamento da liberdade foi arbitrário, devendo, a *fortiori*, ser concedido o *writ*.

Diante destas lições, é de se asseverar que “deixar de decidir o *habeas corpus* por se nêle [*sic*] entretecer a exposição de outro direito, seria falha da Justiça, no esquivar-se por motivos secundários, a abroquelar, como devera, a liberdade física [...]”¹²⁶.

Assim sendo, ressoa límpido que o dispositivo, antes de obstaculizar o remédio nas hipóteses debatidas, ou ser inconstitucional, ao contrário, carece apenas de uma operação hermenêutica mais apurada, de forma a se coadunar sistematicamente com os demais mandamentos constitucionais, e isto se alcança interpretando restritivamente a vedação, no sentido de que apenas o mérito do ato sancionatório estaria imune ao exame judicial, eis que não foi o desiderato constitucional alargar a atuação daquela restrição a ponto de, em nome da inamovível autoridade militar, endossar abusos e ilegalidades.

A propósito, consultem-se os venerados julgados do STJ: RHC 8.846/SP (1999/0066031-5), HC 17.025/RJ (2001/0069979-6), RHC 14.906/DF

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.037**. Recorrente: Martiniano Barbosa Filho. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 13 de abril de 1999. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 nov. 2009.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 2.047**. Recorrente: Aralton Nascimento Lima. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Pedro Acioli, Brasília, DF, 12 de abril de 1993. STJ. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 nov. 2009.

¹²⁶ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas-corporis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 265.

(2003/0149215-6), RHC 9.658/RJ (2000/0017728-8), HC 5.397/DF (1997/0000675-1), HC 2015/DF (1993/0016595-0), RHC 2.047/RJ (1992/0014937-5), RHC 1.834/DF (1992/0004925-7), RHC 1.375/SP 1991/0014136-4).

Desta feita, portanto,

[...] Seja quem for, lícito lhe é impetrar a ordem de *habeas corpus*. Onde há violência à liberdade física e a direito certo [...] há atentado suscetível de amparo judicial [...] Se o Poder Executivo [...] perpetra atos que ultrapassem essas atribuições privativas em que é competente, e fira direitos, impõe-se, se é requerida, a interferência do Poder Judiciário. Não se podem praticar atos arbitrários, sob cor de desempenho de funções discricionárias [...].¹²⁷

4.2 Punição já cumprida

Pacífico - e sem necessidade de maiores delongas a respeito - é o não cabimento do remédio para a punição já cumprida, eis que, neste caso, o *habeas corpus* perde o objeto, face à inexistência de ameaça atual ou iminente ao *status libertatis*. Nesta hipótese, seguindo o reiterado entendimento do STF acerca do tema em foco, deve o interessado ajuizar revisão criminal. Veja-se a propósito o voto do Relator do Recurso Ordinário em *habeas corpus* nº 79.037-2/DF-STF, de 13/04/99, no qual um Cabo da Aeronáutica objetivava anular punição (já cumprida) de dez dias de prisão disciplinar, a ele imposta pelo VI Comando Aéreo Regional:

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal é iterativa no sentido de que se a pena já foi cumprida, não cabe *habeas corpus* [...]. Certo que a pretensão de anular a pena já imposta, já cumprida, deverá ser discutida e decidida na revisão criminal.

Em numerosos outros casos a Corte manifestou esse entendimento: HC 58.250-SP.Min. Rel. Décio Miranda, RTJ 98/665; RHC 51.059-RJ, Rel. Min. Luiz Galloti, RTJ 66/76; HC 69.446-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, "DJ" 12.3.93; HC 64.211-RJ, Rel. Min. Djaci Falcão, "DJ" 10.10.86; HC 59.441-RJ, Rel. Min. Djaci Falcão, "DJ" 05.5.82 e HC 59.258-SC, Rel. Min. Firmino Paz, "DJ" 16.10.81.¹²⁸

¹²⁷ Idem, p. 326.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79.037**. Recorrente: Martiniano Barbosa Filho. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 13 de abril de 1999. STF. Disponível em: Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 25 nov. 2009.

4.3 Inaptidão do mandado de segurança

Pode haver quem, mesmo após todas as asseverações feitas, indague o motivo de não se preferir a impetração de mandado de segurança, e assim abreviar inúmeras reflexões e evitar todos os outros embates que o tema vertente possa provocar. De fato, não se descarta de que o *mandamus* também é cabível para fulminar punição administrativa que viole ou ameace violar direito líquido e certo, mas não se presta a coibir punição privativa de liberdade, eis que a própria *Lex Mater* o excepciona na espécie.

Por direito líquido e certo entende-se aquele “que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração [...] Em última análise, direito líquido e certo é o direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo [...]”¹²⁹. É, de conseguinte, aquele provado documentalmente, ou seja, aquele direito sobre o qual não parem dúvidas quanto à situação de fato que o lesa. Independe de instrução probatória, “sendo [...] 'comprovável' por documentação acostada quando da impetração da segurança [...]”¹³⁰ - grifou-se

Nesta esteira, desqualifica-se o *mandamus* para atacar punição disciplinar, vez que nem sempre a punição disciplinar militar pode ser demonstrada de plano, *exempli gratia*, o recolhimento do militar, sem a respectiva nota de punição (art. 31/RDE; art. 34/RDAER; e art. 26/RDMAR).

RDE

"Art. 31- o recolhimento de qualquer transgressor à prisão, sem nota de punição publicada em boletim da OM, só poderá ocorrer por ordem das autoridades referidas nos inciso I e II do art. 10 deste Regulamento.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica [...] quando houver:

I - presunção ou indício de crime;

II - embriaguez; e

III - uso de drogas ilícitas".

RDAER

"Art. 34- *omissis*

2 - [...] no caso de embriaguez [...] poderá [o transgressor] ficar desde logo preso ou detido [...];

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28-29.

¹³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 804.

4 - Durante o período de investigações [...] o Comandante poderá determinar a detenção do transgressor na organização ou em outro local [...].

RDMAR

"Art. 26- *omissis*

§ 3º - Durante o período de sindicância [...] o contraventor poderá ficar impedido de ausentar-se da Organização Militar ou de qualquer local que lhe seja determinado;

§ 5º - Nenhum contraventor será interrogado em estado de embriaguez, devendo, nesse caso, ser recolhido à prisão fechada". - grifou-se

Bem assim, no caso das punições de advertência (art. 25, do RDE) e repreensão (art. 19, do RDAER e art. 21 do RDMAR), as quais são externadas verbalmente, chamadas vulgarmente, no jargão militar, de punição “de boca”, eis que impostas por chefetes, no mais das vezes de maneira sumária, padecentes, pois, de ilegalidade, conquanto despidas de qualquer instrumentalização documental a viabilizar sua demonstração de plano, circunstância esta que torna suscetível (*rectius*: certa) de redundar em carência de segurança.

Ademais, o rito próprio do *mandamus* não teria o condão de coibir, de pronto, a restrição física, eis que, ainda que concedido o *writ in limine*, o coacto teria experimentado constrangimento físico por algum tempo, talvez dias, vez que, no procedimento do mandado de segurança, o juiz, sem maiores elementos para formar sua convicção, ao despachar a petição, determina a notificação da autoridade coatora para prestar informações dentro do prazo de dez dias. Após tal interregno, o Ministério Público tem cinco dias de prazo para se manifestar, e somente após tal, o juiz proferirá a sentença, para a qual também tem o prazo de mais cinco dias.

4.4 Outros remédios

Ousa-se aqui a afirmar que o direito fundamental à vida, torna-se, em certa medida, desimportante se não estiver ladeado pela liberdade física do indivíduo, pelo que, “sem liberdade física, em muitas circunstâncias, não se podem assegurar ou garantir outras liberdades [...]”¹³¹.

Neste passo, afora o *habeas corpus*, não se vislumbra, com segurança, o cabimento de outro remédio processual - extraordinário, especial, ordinário ou

¹³¹ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas-corporis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 330.

cautelar - apto a amparar com efetividade a hipótese de privação de liberdade aventada. O mandado de segurança já foi oportunamente desqualificado para tal fim. Poder-se-ia então suscitar o manejo de uma Ação Declaratória de Nulidade do ato administrativo. No entanto esta não teria o condão de, desde logo, restabelecer o *status libertatis* subtraído do militar submetido à punição disciplinar eivada de ilegalidade ou abuso de poder. De igual forma, a mesma via também seria incabível para vergastar a reprimenda cerceadora de liberdade já cumprida, para a qual cabe, em verdade, a Revisão Criminal, conforme aresto oportunamente colacionado que estampa vasta jurisprudência sobre a matéria.

Assim, é forçoso concluir que, pelo apego à fria literalidade do dispositivo analisado, a restrição locomotiva decorrente de punição disciplinar militar seria, em tese, insuscetível, de pronto, de solução jurisdicional. Destarte, *quid inde?* Certo é que inexiste violação para a qual o Judiciário não esteja credenciado a reparar, de modo que o magistrado não pode declinar de seu poder-dever de julgar sob a alegação de lacuna na lei, conforme nos informa o art. 126 do Código de Processo Civil (igualmente o art. 3º do Código de Processo Penal), eis que, do contrário, restaria inane o direito de liberdade do militar se não se dispusesse ele de ação judicial idônea a, oportunamente, fazer valer quando malferido.

Com efeito, hipoteticamente a persistir esta pretensa ausência de via adequada, admitir-se-ia a propositura, num caso extremo, de um residual remédio constitucional, manejado para conter ou evitar lesão a preceito fundamental, acaso todos os ordinários institutos não fossem aptos. Assim, *Ad argumentandum tantum*, seria o caso de interpor uma ADPF - Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental -, prevista no art. 102, § 1º, da CF, e regulamentada pela lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Trata-se de remédio constitucional, de natureza residual e extraordinária, com estreitíssimo rol de legitimados a aviá-lo, e cuja menção nestes lindes deu-se tão-somente a título de ilustração, por se entender não ser cabível, tampouco necessário seu manejo, vez que o *habeas corpus*, conforme já multiventilado, cumpre tal mister com primazia.

Nesta linha, aquele que se vê privado da locomoção está sequioso de uma rápida prestação jurisdicional, e neste contexto, o *habeas corpus* é a medida mais expedita que a lei dispõe contra violação à liberdade ambulatoria. Disto retumba a lapidar lição de Rui Barbosa, para quem, “Juizes tardinheiros são culpados [...] mas

sua culpa desdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente”¹³².

Veja-se a propósito o que averba o Pacto de San José:

Artigo 25

Proteção judicial

1) Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido [...] que o proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais [...] mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais [...] - grifou-se

Pontes de Miranda traz à baila assertiva de Lafaiete Rodrigues Pereira sobre a propriedade do *habeas corpus*, o qual, com muita razão, assim esclarece:

O que particularmente o distingue é a celeridade com que êle [*sic*] restitui à liberdade aquêle [*sic*] que é vítima de prisão ou constrangimento ilegal. A violação da liberdade pessoal [...] causa danos e sofrimentos que não admitem reparação condigna. Daí a necessidade de fazer cessar prontamente a ofensa de direito tão sagrado.¹³³

De conseguinte, ante as asseverações trazidas, mais uma vez “O *habeas corpus* se caracteriza com ser [*sic*] remédio hábil para atender à pessoa [...]. É por sua natureza preventivo, porque visa impedir que a coação ou violência continue ou se efetue; daí ser célere e pronto”¹³⁴ - grifou-se.

A par disto, é imperativo concluir que, não se admitindo o recurso mais expedito, que é o *habeas corpus*, e aviando-se outro, talvez o justicamento chegue extemporaneamente para acudir o coacto antes do seu suplício pelo cerceamento ambulatorio, subsumindo-se, com este proceder, ao que condena a mais autorizada lição de Rui Barbosa, qual seja [...] Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta [...]¹³⁵.

¹³² BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 53.

¹³³ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas-corpus**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 189.

¹³⁴ ROSA, Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, *apud*, MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 67.

¹³⁵ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 53.

4.5 Juízo competente

A competência para conhecer pedido de *habeas corpus* é regulada pelas Constituições Federal e Estaduais, além de leis de organização judiciária, regimentos internos de tribunais e normas do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar, o que faz revestir a matéria de certa complexidade.

A Carta Política, no inciso LXV, do art. 50, impõe à autoridade judiciária o dever de relaxar imediatamente a prisão ilegal que lhe for comunicada (“LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”), de modo que se deve entender que qualquer magistrado tem poderes para receber *habeas corpus* e decidir tanto quanto nele conste.

No que tange ao foro competente para a apreciação judicial de punição disciplinar militar, a acalorada discussão que antanho existia ganhou certos ares bizantinos, vez que a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dotou o tema de clareza vítrea. Todavia, não são de todo despiciendas algumas asseverações acerca da matéria.

Frederico Marques leciona que “a competência para decidir sobre o *habeas corpus* é, no plano da competência material, o foro onde se realiza a coação, violência ou ameaça,¹³⁶. Em esteira semelhante, Pontes de Miranda, discorrendo sobre competência para processar o remédio heróico, atina que:

O que existia acêrca [*sic*] de competência e jurisdição mostra o quanto se esforçaram os homens de outrora por bem socorrer as vítimas das autoridades opressoras [...] O Aviso de 5 de janeiro de 1876 determinou, sabidamente: 'Oferecendo o recurso de *habeas corpus* uma das mais eficazes garantias à liberdade individual, devem as autoridades antes facilitá-la, desprezando o rigor das fórmulas, que embaraçá-lo.¹³⁷

O art. 471, do Código de Processo Penal Militar, indica que o pedido originário de *habeas corpus* deverá ser postulado junto ao Superior Tribunal Militar, na hipótese de coação ilegal ou de ameaça provinda de qualquer autoridade judiciária

¹³⁶ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4, p. 410, *apud* MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 201.

¹³⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas-corporis**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 151

militar federal. Todavia o dispositivo refere-se ao desafio de ato judicial provindo de autoridade de primeiro grau de jurisdição, máxime em processo-crime.

No que toca à apreciação judicial de punição disciplinar, o atual § 4º, do art. 125 da *Lex Mater*, tratando “Dos Tribunais e Juízes dos Estados”, espanca qualquer dúvida ao estabelecer que “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar [...] ações judiciais contra atos disciplinares militares [...]”. É bem verdade que o dispositivo está inserto na seção que trata das Justiças Estaduais, todavia, na esteira do princípio da simetria, nada impede, antes aconselha que, para evitar distorções no exercício jurisdicional (e prejuízo ao jurisdicionado militar), haja o mandamento de ser aplicado analogicamente aos militares federais, vez que o texto constitucional foi silente a este respeito.

Em assim sendo, o juízo da causa será ordinariamente o militar, podendo, pois, variar caso o coator goze de algum foro específico por prerrogativa de função. *Exempli gratia*, caso O Governador aplique punição a militar de uma força auxiliar de seu Estado, o juízo originário será o Superior Tribunal de Justiça.

Tratando-se de militar federal, o foro (que se liga à territorialidade) do juízo militar competente será o da sede da respectiva Região Militar (tendo-se em conta que, em se tratando da Justiça Militar da União, o Brasil é dividido em doze Regiões, cada qual alcançando diversos Estados Federados). Em sendo militar estadual, o foro do juízo militar competente será, à obviedade, o da sede da respectiva Justiça Militar Estadual.

Por razões didáticas, esclarece-se que as Justiças Militares compõem-se, em primeiro grau, pelos Juízes de Direito e pelos Conselhos de Justiça. Em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar, nos Estados que o tenham (poderão criá-lo quando o efetivo estadual for superior a vinte mil integrantes - a teor do art. 125, § 3º, CF). Insta mencionar que os únicos Estados que possuem Tribunal Militar são Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo.

Os Conselhos de Justiça desdobram em Conselho Especial e Conselho Permanente - o Especial, para julgamento de Oficiais; o Permanente, para julgar Praças e, eventualmente, civis¹³⁸. Tais Conselhos são órgãos colegiados formados por quatro Oficiais e um Juiz de Direito que os preside. A despeito desta composição

¹³⁸ Os civis, quando praticarem crime militar contra as instituições militares da União, serão julgados pela Justiça castrense federal, a teor do parágrafo único do art. 82 do CPPM. Se o delito for em prejuízo de instituição militar estadual, mesmo em se tratando de crime militar, será processado e julgado pela Justiça Comum, nos termos da Súmula nº 53/STJ.

colegiada, é de se notar que a Constituição Federal, no § 5º do art. 125, comete ao Juiz de Direito do juízo militar “julgar singularmente [...] as ações judiciais contra atos administrativos militares [...]” - grifou-se.

4.6 Responsabilização pela punição ilegal

Concedido o *habeas corpus*, ínsito na ordem judicial estará que a reprimenda vergastada portava ilegalidade. De conseguinte, é indudioso que a autoridade coatora estará sujeita à responsabilização em diversas searas pelo ato ilegal perpetrado. Na lapidar lição de Sílvio Rodrigues, “[...] o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se inspira nos mais estritos princípios de justiça [...]. Além de amparar-se a vítima, pune-se o delinqüente”¹³⁹.

Conquanto seja o tópico fértil ao debate, deixar-se-á de expender maior enfoque ao mesmo, por desbordar dos lindes deste trabalho. Por ora, cumpre apenas frisar que a autoridade atrabiliária responsável pela malsã punição que restou fulminada estará sujeita, mormente, a correções nos campos administrativo (art. 11, da lei nº 8.429/92 - improbidade administrativa); cível (art. 954, do *codex*); e penal, (à vista dos rigores do art. 4º, alínea “a”, da lei nº 4.898/65, que dispõe sobre abuso de autoridade).

A propósito, no particular à responsabilidade penal, consultem-se o art. 480/CPM e art. 653/CPP, que mandam oficial o caso ao Ministério Público, para a promoção da ação penal devida.

¹³⁹ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 19 ed, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 4.

CONCLUSÃO

O servidor militar está regido por estatuto próprio. Apesar disso é, assim como o civil, sujeito de direitos e deveres. Nesta linha, o fato de enquadrar-se numa especial categoria de agente público - a demandar um regime jurídico diferenciado, decorrente da elevada natureza das funções constitucionais atribuídas - este estado de sujeição não implica em renúncia, tampouco aniquilamento dos direitos fundamentais (até porque estes são indisponíveis), muito menos num regime de servidão em relação ao Estado.

O presente trabalho não busca trazer à ribalta a carência de justiça e/ou o anacronismo que porventura possam pesar sobre punições disciplinares cerceadoras da liberdade locomotiva, máxime num momento em que a doutrina questiona a pena privativa de liberdade como forma sancionatória de crimes.

Tampouco propor que se subtraia da autoridade militar seu legítimo poder disciplinador. Todavia, o rigor da disciplina militar e as especificidades inerentes à profissão não devem (e nem podem) afastar a efetiva aplicação dos cânones constitucionais de matiz fundamental.

De fato - reconhece-se - uma leitura descuidada do dispositivo constitucional exaustivamente referenciado pode conduzir à errônea conclusão de que está a excepcionar o cabimento do *habeas corpus* na hipótese multiventilada. Esta malsinada conclusão seria o triste reconhecimento do famigerado princípio *in claris cessat interpretat*, pelo qual o dispositivo sob enfoque é claro o bastante para se socorrer em indagações outras.

Tem-se, pois, que a interpretação é obra de raciocínio e quem a executa deve afastar-se do demasiado apego à letra fria do mandamento. De outra parte, igualmente não se busca forcejar a exegese para encaixar no regramento posição que satisfaça tão-só os interesses de quem os propugna, prevalecendo tendências pessoais do operador sobre as decorrentes do texto maior, na esteira dos prosélitos da “livre indagação”.

O que se pretende com este trabalho, à evidência, é apresentar ao leitor a interpretação mais consentânea com os preceitos libertários e igualitários apregoados pela Carta Maior e por outros estatutos humanitários internacionais subscritos pelo Brasil, de modo que se possam reconhecer, no dispositivo

constitucional em foco, limites razoáveis subjacentes, porquanto conducentes a harmonizá-lo com os demais preceitos vetores.

Seria demasiado redundante descer às minúcias e declinar novamente o rol de razões que arrimam a tese de limitação do alcance negativo do mandamento, pelo que, remete-se o leitor aos capítulos antecedentes deste despretensioso estudo, nos quais as tais teses já foram exaustivamente expendidas.

Destarte, à guisa de conclusão, o entendimento mais consentâneo é extraído de uma interpretação restritiva daquela vedação, *cum grana sallis* (com os devidos temperamentos), entendendo-se, pois, que apenas o mérito da penalidade estaria imune à apreciação judicial, até como forma de ratificar a independência entre os Poderes assim ventilada pelo art. 2º do estatuto fundamental. No que toca à legalidade e/ou constitucionalidade do ato, não se refoge à conclusão de que comporta exame judicial, na medida em que a Carta não tolera abusos e ilícitudes em nome do que quer que seja, ainda que em detrimento da autoridade militar.

De resto, o que de mais relevante se poderá extrair da leitura desta singela missiva monográfica é o clamor ao leitor para que encampe pela igualdade, pelas garantias, enfim, pelos direitos humanos. Seria, nesta linha, reconhecer direitos básicos aos aguerridos militares, categoria do gênero humano que tão angular trabalho empreende, para inclui-los, pois, na vida e na sociedade, e, por conseguinte, extirpar este odioso e injustificável *apartheid* que os torna verdadeiros párias e os marginaliza da fruição de inúmeros preceptivos fundamentais.

Assim, insta, por derradeiro e em remate, salientar que a riqueza da matéria enfocada não se esgota nesta breve pesquisa, de forma que se encerra a presente louvando-se no escólio do saudoso juriconsulto Pontes de Miranda, exortando que “as falhas ou a escassez que porventura, no dissertar vacilante que intentamos, se verifique, que talvez incite outros, superiores a minha pequenez, a que o façam melhor, sem falhas, sem deslizes [...]”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. **À Margem do Direito. Ensaio de Psicologia Jurídica**. 2 ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002, p. 19.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. **Constitucion De La Nacion Argentina**. direito.adv.br, Disponível em <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>> Acesso em: 15 nov. 2009.

BARBOSA, Rui. Comentário à Constituição Federal (coligidos e ordenados por Homero Pires). 1933, v. V. In FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BÍBLIA, N.T. Segunda Epístola aos Coríntios. Português. **Bíblia Sagrada**. 6 ed. Tradução Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave-Maria, 1996. Cap. 3, vers. 6.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 7.983-DF (2001/0137400-4)**. Impetrante: José Ferreira Sobrinho. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao> Acesso em: 15 out. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 2.047**. Recorrente: Aralton Nascimento Lima. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Pedro Acioli, Brasília, DF, 12 de abril de 1993. STJ. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 35.240**. Paciente: Almirante Carlos Penna Botto. Coator. Ministro da Marinha. Relator: Min. Hahnemann Guimarães, Rio de Janeiro, DF, 06 de setembro de 1957. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 70.648**. Paciente: Sérgio Maurício Millen Coutinho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alves, Brasília, DF, 09 de novembro de 1993. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 20 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 79.037**. Recorrente: Martiniano Barbosa Filho. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 13 de abril de 1999. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 22 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 79.037**. Recorrente: Martiniano Barbosa Filho. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, DF, 13 de abril de 1999. STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>> Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. A administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346>> Acesso em: 07 out. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação

judicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473>> Acesso em: 07 out. 2009.

_____. Decreto nº 3.591, de 06 de setembro de 2000. **Dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.**

_____. Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. **Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.**

_____. Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005. **Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992 e institui a sindicância patrimonial de que menciona.**

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO MILITAR, **Habeas corpus e as Transgressões Disciplinares.** Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.cesdim.org.br/hc.htm>> Acesso em: 13 nov. 2009.

_____. **Carta a El Rei de Portugal.** Disponível em <<http://www.cesdim.org.br/temp1.aspx?PaginaID=27>> Acesso em: 12 set. 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 13 ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Filosofia do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIEZ, Manoel Maria. *El Acto Administrativo*, Buenos Aires: [s.n.], 1956, p. 174, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIREITOS HUMANOS: Instrumentos Internacionais, **Documentos Diversos.** 2 ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Mandado de Segurança nº 2005.01.1.017615-7.** Impetrante: Porto Park Derivados de Petróleo. Impetrado: Administrador Regional de Taguatinga. Juiz: Esdras Neves Almeida, Brasília, DF, TJDF. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1>> Acesso em: 15 out. 2009.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de Derecho Administrativo*, 4 ed. Tomo I, Madri: Civitas, 1983, p. 442, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ESPANHA. **Constitución Española.** [direito.adv.br](http://www.direito.adv.br). Disponível em: <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>> Acesso em: 15 nov. 2009.

ESTADOS UNIDOS. **The United States Constitution.** Presidência da República, Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 nov. 2009.

FAGUNDES, João Batista. **A Justiça do Comandante.** Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 38 ed, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8 ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003,

LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar: teoria e prática**. 3 ed, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4, p. 410. In: MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed, 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Mandado de Segurança**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, General Francisco Batista de. **O Medo, a Disciplina e a Liberdade**. A Defesa Nacional, nº 699, jan/fev 82, p. 178, *apud* Disciplina. Centro de Estudos de Direito Militar. Disponível em: <<http://www.cesdim.org.br/temp1.aspx?PaginaID=29>> Acesso em: 14 set. 2009.

MINAS GERAIS. Lei nº 14.310, de 19 de junho de 2002. **Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais**. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG. Disponível em: <<http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs>> Acesso em: 17 set. 2009.

MIRANDA, Pontes de. **À Margem do Direito. Ensaio de Psicologia Jurídica**. 2 ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. Tomo V.

_____. **História e prática do habeas corpus**. 4 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas. 1997.

PASSARINHO, Jarbas. **Militar casta e privilégio**. Boletim Informativo, ADESG, abril de 2007, nº 237, p. 03. Disponível em <http://www.adesg.org.br/jornal/adesg_237.pdf> Acesso em: 12 set. 2009.

PORTUGAL. **Constituição de Portugal. Presidência da República**. Disponível em: <http://www.presidencia-republica.pt/republica/constituicao> Acesso em: 15 nov. 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 19 ed, atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

ROSA, Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, *apud*, MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões Latinas Jurídicas e Forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHIRMER, Coronel Pedro. **Das Virtudes Militares**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1987.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Benedito Celso de. Uma questão de ordem. COPM: Notícias, São Paulo, set. 1991, p. 6, In: LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6 ed, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria, *Habeas corpus*, Ação e Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 29, *apud* MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.

VIEIRA, Liliane dos Santos. **Pesquisa e monografia jurídica na Era da Informática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo, 28 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31-33, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, nota de rodapé nº 20.