



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

SETOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

DEPARTAMENTO DE CONTABILIDADE

PROGRAMA CONVÊNIO UFPR – PMPR

CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PLANEJAMENTO E ADMINISTRAÇÃO POLICIAL  
EM SEGURANÇA PÚBLICA



**O HABEAS CORPUS E AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES**

Curitiba  
2004

**Cap QOPM WILSON ROGERIO VALLA**

**O HABEAS CORPUS E AS TRANSGRESSÕES DISCIPLNARES**

Monografia apresentada ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais, em Convênio com a Universidade Federal do Paraná, para obtenção do Título de Especialista em Planejamento e Administração Policial em Segurança Pública.

**Orientador Metodológico**

**Professor Márcio de Oliveira – S.B.S.**

**Orientador de Conteúdo**

**Major QOPM IRINEU OZIRES CUNHA**

**Curitiba**

**2004**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**WILSON ROGÉRIO VALLA – CAP QOPM**

### **O HABEAS CORPUS E AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES**

Monografia de Especialização aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de especialista no Curso de Pós-Graduação em Planejamento e Controle em Segurança Pública, conforme convênio entre a Universidade Federal do Paraná e a Polícia Militar do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor Márcio Sérgio Batista Silveira de Oliveira  
Orientador de Metodologia pela Universidade Federal do Paraná

Daniel Cezar Maingue Cel PM RR  
Avaliador de Língua Portuguesa

Major QOPM Irineu Ozires Cunha  
Orientador de Conteúdo

## DEDICATÓRIA

A minha esposa Rosana pelo apoio e incentivo, nos momentos mais difíceis, e que soube tão bem compreender os meus momentos de ausência em função da realização do Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais 2004.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, de forma sincera, a todos aqueles que, de uma forma direta ou indireta, foram colaboradores neste trabalho:

- aos meus pais, pelo carinho, atenção e estímulo para o estudo.
- aos nossos instrutores e professores, pela formação necessária para chegarmos até aqui;
- especialmente ao Major QOPM Irineu Ozires Cunha e ao Professor Márcio de Oliveira
- aos nossos amigos, colegas e colaboradores, pela ajuda tão desinteressada; e, principalmente:
- A DEUS!

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>2. GENERALIDADES DO HABEAS CORPUS.....</b>	<b>03</b>
2.1 DEFINIÇÃO.....	03
2.2 HISTÓRICO.....	03
2.3 ESPÉCIES.....	06
2.4 NATUREZA JURÍDICA.....	08
2.5 HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA.....	08
<b>3.O DIRETO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR.....</b>	<b>16</b>
3.1 O DIRETO ADMINISTRATIVO.....	16
3.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	17
3.4 O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA ÓRBITA MILITAR.....	19
<b>4. HIERARQUIA E DISCIPLINA.....</b>	<b>22</b>
4.1 CONCEITO E FINALIDADE.....	22
4.2 O PODER HIERÁRQUICO.....	23
4.3 O PODER DISCIPLINAR.....	24
4.4 HIERARQUIA E DISCIPLINA: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....	25
<b>5. O CONCEITO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR.....</b>	<b>27</b>
5.1 TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES TÍPICAS E ATÍPICAS.....	28
<b>6. A TRANSGRESSÃO MILITAR, O HABEAS CORPUS E A JUSTIÇA MILITAR.....</b>	<b>30</b>
6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	30
6.2 A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR E A CONSTITUIÇÃO.....	30

6.3 A CONSTITUIÇÃO E O HABEAS CORPUS.....	32
<b>7. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.....</b>	<b>33</b>
7.1 ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	33
7.2 APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	35
7.3 DA POSSIBILIDADE OU NÃO DO HABEAS CORPUS EM TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES.....	37
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>46</b>
REFERÊNCIAS.....	49

## LISTA DE SIGLAS

<b>CF</b>	Constituição Federal.
<b>RDE -</b>	Regulamento Disciplinar do Exército.
<b>RDAER</b>	Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.
<b>RDMAR</b>	Regulamento Disciplinar da Marinha.
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal.
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça.

## RESUMO

**O Direito disciplinar em face da nova polícia militar**, demonstra que a Polícia Militar, uma instituição hierárquica por excelência, tem pautado a conduta de seus integrantes em regras disciplinares bastante rígidas, de acordo com sua estética que imperou desde a sua origem.

A presente monografia objetivou verificar a possibilidade de utilização do instituto do *habeas corpus* nos casos de restrição à liberdade de locomoção em consequência de punição por transgressão disciplinar militar. Utiliza-se de doutrina e jurisprudência, traçando paralelo entre a legislação aplicável aos funcionários civis, em virtude do material específico ser muito escasso e não se ater ao assunto em foco. Detalham-se as fases que compõem o ato punitivo disciplinar-militar, que na realidade é um ato da administração em geral, devendo conter certas formalidades. Reflete-se sobre o devido processo legal e se o mesmo possui eficácia dentro de organizações, tão antigas e conservadoras como as Instituições Militares. Confronta-se a legislação anterior e posterior à Constituição Federal de 1988, de modo a avaliar a consonância entre a norma infraconstitucional e a Lei Maior.

***“O militar não é uma atividade inespecífica e descartável, um simples emprego, uma ocupação, mas um ofício absorvente e exclusivista, que nos condiciona e autolimita até o fim. A vida militar nos exige não apenas turnos de trabalho, mas todas as horas de nossa vida, impondo-nos também nossos destinos. A farda não é uma veste, que se despe com facilidade e até com indiferença – mas uma outra pele, que adere à própria alma, irreversivelmente para sempre”*** General Otávio Costa.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico tem por objetivo verificar a possibilidade, ou não, da utilização do instituto do *habeas corpus* em casos de restrição à liberdade de locomoção em decorrência de punição disciplinar militar.

Previsto no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, que expressa: "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"; integra o capítulo reservado às Forças Armadas, onde o 142 § 2º estabelece: "não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares".

Conforme o STJ 4/452, o ato de punição disciplinar, sendo um ato administrativo, não poderá fugir à aferição dos seus requisitos obrigatórios e conformidade legal por parte do judiciário. As conseqüências legais de um ato administrativo somente poderão surgir quando este estiver em completa consonância com as normas e princípios estabelecidos pela Constituição Federal em vigor. O atrito com a Lei Maior incapacita o ato administrativo para produzir efeitos e, no caso de punição que comine com restrição à liberdade, transforma-a em ilícito esbulho ao bem jurídico mais sagrado e natural do ser humano, ao lado do direito à vida.

O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento de que o ato de punição militar é um mero ato administrativo oriundo do poder disciplinar e, para gerar os efeitos legais, devem estar presentes todos os elementos concorrentes para sua formação, tais como:

- 1) Finalidade de interesse público;
- 2) Competência da autoridade para infligir a punição;
- 3) Devido processo legal, observando-se o contraditório e a ampla defesa;
- 4) Forma prescrita em lei.

O STF tem firmado posição de apenas excluir da apreciação judicial questão sobre conveniência e oportunidade da punição, pois, caso assim não ocorresse, criaria uma invasão por parte do Poder Judiciário em assuntos de competência do Poder Executivo.

Em suma, se algum dos atos anteriormente citados apresentar vício, o ato deve ser levado à apreciação do judiciário que deverá declarar a sua nulidade, assim como, no caso de restrição à liberdade, expedição do remédio constitucional, para fazer cessar a arbitrariedade ou impedir que a mesma se concretize.

Por tratar-se de direito essencial ao ser humano, a liberdade somente pode ser restrita nos limites expressamente delimitados pela Constituição Federal, não podendo ser aceita uma atuação vazia e descompromissada com a tutela legal por quem detém o dever de cumprimento dos seus princípios. Isto quer dizer que todos os elementos obrigatoriamente devem ter sido concretizados para que o ato ao final proferido seja legítimo, não se podendo aceitar qualquer flexibilização da letra constitucional, principalmente em relação a direito tão básico para a existência das pessoas, sob o risco de provocar uma ruptura da homogeneidade do ordenamento como um todo, onde a Constituição Federal é o centro fundamentado e sustentado da ordem jurídica.

Colocando a Constituição Federal como norte direcionador, serão estudadas todas as etapas que embasam a formação do ato punitivo, desde os princípios da administração pública, passando pela acusação e forma de apuração, autoridade competente, além do devido processo legal, culminando com a previsão legal das transgressões disciplinares militares.

## 2 GENERALIDADES DO HABEAS CORPUS

### 2.1 DEFINIÇÃO

Trata-se de uma locução composta do verbo latino *hábeas*, de *habeo* (ter, tomar, andar com), e *corpus* (corpo), de modo que se pode traduzir a expressão da seguinte forma: ande com o corpo ou tenha o corpo.

É o instituto jurídico que tem a finalidade de proteger a liberdade de locomoção ou o direito de andar com o corpo.

Assim, vem para garantir a pessoa contra qualquer violência ou coação ilegal na sua liberdade de impedir, mover-se, parar, ficar, entrar e sair, em que se funda o direito de locomoção.

### 2.2 HISTÓRICO

Na verdade, os romanos acionavam o *habeas corpus* contra particular que retinha indevidamente o homem livre. Dessa forma, esse instituto foi um remédio para várias espécies de violências e coações ilegais contra a pessoa e o seu objeto.

Foi através da Magna Charta Libertatum, de 15 de junho de 1215, que se instaurou de forma solene a tutela da liberdade individual e, por via de consequência, a exigência de controle jurisdicional da prisão de qualquer cidadão. Imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, passaram, desde então, a ser expedidos *writs* (mandados) para que o homem (*corpus*) fosse trazido à presença do juiz com a finalidade de que este decidisse, de forma sumária, sobre se a prisão poderia ou não ser mantida. Com efeito, estabelecia aquele texto constitucional a seguinte determinação:

(nº 39) "Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer forma molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país".

Tal princípio veio a ser aperfeiçoado, séculos depois, pelo *Habeas Corpus Act* de 1679, que Blackstone chamou de "segunda Magna Carta", onde se estabeleceu um processo legislativo destinado a amparar a tutela ao direito de

liberdade. É de ponderar, no entanto, que o *habeas corpus*, então, já existia, como tal, como *common law*. A lei de *Habeas Corpus* de 1679 traçava um procedimento minucioso sobre a maneira de interposição da impetração, estabelecendo a forma escrita para a "reclamação ou requerimento" (art. 1º), a obrigação do preso ser apresentado ao Tribunal em prazo curto (art. 3º), não podendo exceder de vinte dias (prazo pequeno para as condições de locomoção daquela época), fixava a multa de 500 libras para quem capturasse, pelo mesmo fato, a pessoa beneficiada pela providência do *habeas corpus*, além de outras regras procedimentais.

Em 1816, através de novo *Habeas Corpus Act*, o "*writ* recebe, no Direito inglês, sua estrutura definitiva". É o que ensina José Frederico Marques com apoio em Pontes de Miranda, salientando este que o ato de Carlos II, de 1679, não era completo, pois, só "se referia às pessoas acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir *habeas corpus* as detidas por outras acusações ou meros pretextos". Desta forma, ampliou-se o âmbito de aplicação do *writ*, tornando-o mais abrangente de maneira a transformá-lo em remédio para resolver "a questão da ilegalidade do constrangimento" sofrido pelo paciente. Esta, também, a posição da doutrina alienígena: "*après la loi de 1816 on peut considérer comme achevé l'évolution de l'habeas corpus. a ce moment, en effet, l'institution a acquis la nature, la forme, l'ampleur qu'ou lui connaît aujourd'hui*".

Do Direito inglês o *habeas corpus* foi transportado para outras legislações, chegando a nós, como remédio processual, através do Código de Processo Criminal do Império, de 1832 (art.340). É certo que, antes de tudo, por tocar de perto com os direitos e garantias individuais, ele é um verdadeiro instituto de Direito Processual Constitucional, tal como ocorre com o Mandado de Segurança. Porém, não há como negar que sua aplicação se dá no campo criminal, justificando, assim, sua disciplina nas leis que regem o processo penal. E foi assim, como lei processual, que ele ingressou em nosso direito positivo.

Releva observar, portanto, que na Constituição do Império, o *habeas corpus* não mereceu referência, muito embora em várias passagens do texto legal daquela Lei Maior tenha o legislador constituinte tutelado a liberdade individual (art. 179 parágrafos 8º, 9º e 10º), ficando o remédio heróico relegado à lei ordinária até o advento da Constituição republicana de 1891. Ali, no art. 72 parágrafo 22, garantiu-se o *habeas corpus* "sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo

de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder" (seção II, que cuidava da "Declaração de Direitos").

Na época, ficou famosa a posição extremada de Rui Barbosa, para quem o *habeas corpus* teria cabimento em qualquer caso em que se desse abuso de poder ou ilegalidade em oposição aos que se mantinham fiéis às linhas clássicas do direito inglês, onde o *habeas corpus* se destinava, apenas, a garantir a liberdade de locomoção, tal como ocorria ao tempo das leis do império.

A reforma constitucional de 1926, em seu art. 72 parágrafo 22 (Seção II, que cogitava da "Declaração de Direitos"), sem dúvida restringiu o âmbito do remédio heróico à liberdade de ir e vir, ao aludir que a medida se daria "sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

A lei Magna de 34 repete as linhas básicas contidas nas normas anteriores, acrescentando, apenas, que "nas transgressões disciplinares" não caberia o *habeas corpus* (art. 113, 23). Porém, a grande novidade da Constituição de 1934, no âmbito da tutela dos direitos e garantias individuais, resultou na criação do mandado de segurança (art.113, 33), destinado à defesa de direito "certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade". Estabelecia, ainda, que o processo (*rectius* procedimento) seria o mesmo do *habeas corpus*, bem como a obrigatoriedade da ouvida da pessoa de direito público interessado.

Com a criação do mandado de segurança, resguardou-se a tutela de direitos não amparados pelo *habeas corpus*, uma vez que, com a limitação imposta pela Reforma de 26, muitos juristas de renome foram buscar nos interditos possessórios a defesa para os direitos que, em razão da norma constitucional, ficaram à deriva.

Com o advento da Carta de 37, em linhas gerais, foram mantidos os preceitos anteriores constantes da reforma de 26, falando-se, agora, em "liberdade de ir e vir" (ao invés de "liberdade de locomoção", o que dá no mesmo) além de manter-se a exceção da incidência do *habeas corpus* para a punição disciplinar. (art. 122, 16).

Ocorrendo a redemocratização do País, o art. 141 parágrafo 23 da Carta Magna de 1946 dispôs sobre o *habeas corpus* reafirmando os princípios básicos originários da Reforma de 1926, sem deixar de amparar, pela via do mandado de

segurança, outros direitos subjetivos não protegidos pelo *habeas corpus* (art. 141 parágrafo 24). E, dessa forma, a matéria voltou a ser tratada nas Constituições de 1967 (art. 150, § 20 e 21) e na Emenda Constitucional de 1969 (art. 153, § 20 e 21).

A Constituição em vigor, em seu art. 5º, LXVIII, estabelece que "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", mantendo o mandado de segurança destinado à proteção de direito líquido e certo não amparado pelo *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX).

## 2.3 ESPÉCIES

De acordo com a doutrina (DEMERCIAN e MALULY, 1995) existem basicamente duas espécies de *habeas corpus*, distintos em função do momento em que são propostos: **repressivo** ou **preventivo** (salvo-conduto).

Será repressivo ou liberatório, quando impetrado após a consumação do ato ilegal, tendo por fim o retorno do direito a livre locomoção do paciente, o qual já atingido pela ilegalidade.

Será preventivo quando impetrado anteriormente ao ato ilegal se concretizar. Também chamado de "salvo conduto", necessita de alguns elementos necessários, como: não basta um simples temor, mas deve ser mencionada a autoridade pública (policial, juiz, comissão parlamentar de inquérito, etc.), contra a qual a ordem será emanada. Se por acaso, mesmo com o deferimento do remédio constitucional, a autoridade realizar a prisão proibida, bastará uma simples reclamação do paciente para ser imediatamente concedido o alvará de soltura.

Tanto um como outro são ações constitucionais de caráter penal e de procedimentos especiais, isentos de custas, e que visam evitar ou cessar violência ou ameaça à liberdade de locomoção.

Existem outras espécies de *habeas corpus*, utilizadas por motivos diversos (MOSSIN, 1996)

O instituto pode ser utilizado em caso de ilegalidade de coação sobre a liberdade individual por falta de justa causa, ou seja, a falta de fundamentação legal

a validar a prisão. Esta forma de utilização está baseada no Código de Processo Penal, que considera a coação como ilegal quando não houver justa causa (art. 648, I).

Outra espécie de *habeas corpus* é utilizada quando a prisão ultrapassar os prazos legalmente previstos, conforme o Código de Processo Penal, que considera a coação como ilegal quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei (art. 648, II).

Em outro caso, o remédio constitucional é utilizado quando a denegação de liberdade provisória com ou sem fiança. Estando presentes os requisitos, o juiz não possui a faculdade em conceder ou não a liberdade, pois, trata-se de um direito subjetivo do detido.

"Não é apenas faculdade do juiz dar liberdade provisória a quem a ela faz jus. É faculdade-dever, um direito do indiciado ou réu a ser necessariamente satisfeito, desde que presentes os pressupostos para a sua concessão, constituindo a negação do benefício coação ilegal" (RTJE 42/271).

Com isso, remete-se até a Constituição Federal, que expressa que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

## 2.4 NATUREZA JURÍDICA

Conforme lição de Mauro CUNHA e Roberto Geraldo Coelho SILVA (1990, p.154), no caso de *habeas corpus* liberatório, ao acolher-se a pretensão do impetrante, determinará o retorno à liberdade do paciente, ou o término do constrangimento que a ele se impõe, tendo-se, então, a chamada sentença constitutiva negativa. Em outro caso, o *habeas corpus* preventivo pode ser impetrado para fazer cessar ameaça de violência ou a coação contra o paciente, não sendo imprescindível que exista a restrição à liberdade, bastando que a ameaça esteja bastante configurada. Não pode tratar de mero receio, devendo existir autoridade ou agente coator, contra o qual deve ser dirigida a ordem judicial. Esta ordem será um salvo-conduto, que impedirá que o agente concretize a ameaça nas circunstâncias proibidas, discriminadas no *hábeas corpus*, sendo preventiva e acautelatória da pretensão requerida.

Após período de controvérsia entre ser o *habeas corpus* recurso ou ação, hoje existe consenso em classificá-lo como ação mandamental, apesar de constar na parte "Dos Recursos", no Código de Processo Penal. A grande marca que descaracteriza o *habeas corpus* como recurso é o fato de não necessitar de existência de decisão judicial, além de poder ser interposto anteriormente à restrição de liberdade originadora do pedido de *habeas corpus*.

O trâmite deste instituto é isento de custas.

## 2.5 HABEAS CORPUS E O MANDADO DE SEGURANÇA

A Constituição Federal, artigo 5º, LXVIII, dispõe que será concedido *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou estiver avençado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. E o inciso LXIX, do mesmo artigo, prescreve que será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Como exposto, fica relativamente fácil distinguir a área de atuação de cada instituto. Quando a lesão for especificadamente ao direito à locomoção, então o remédio eficaz é o *habeas corpus*. Quando se tratar de direito distinto da

locomoção, não sendo igualmente direito a informação, então o remédio será o instituto do mandado de segurança.

O mandado de segurança está disciplinado na Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, apesar de ser uma garantia fundamental petrificada na Constituição Federal, através da lei citada que o instituto é fundamentalmente disciplinado.

Não obstante já termos explicado a sua finalidade, cabe-nos lembrar que o mandado de segurança destina-se à proteção de direito líquido e certo que for lesionado ou ameaçado de ser lesionado por autoridade pública por meio de ilegalidade ou abuso de poder.

A aplicabilidade do mandado de segurança contra atos ou decisões provenientes de processo administrativo disciplinar militar, assim como acontece com o *habeas corpus*, é controvertida e merece nosso estudo de maneira cuidadosa.

A lei disciplinadora do mandado de segurança, de 1951 traz algumas exceções de aplicabilidade em seu bojo. Vejamos tais disposições, *in verbis*:

“Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

III de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância da formalidade essencial.

Desse modo, através de leitura rápida do inciso acima transcrito, poderíamos concluir que a concessão de mandado de segurança só é possível em sede de ato disciplinar, quando a autoridade for incompetente ou for inobservada alguma formalidade essencial ao ato. Desta forma, estariam os militares mais uma vez excluídos de uma garantia constitucional.

Esta exceção de aplicabilidade, todavia, vem sendo questionada, não só pela doutrina, como também, pela jurisprudência através de uma interpretação sistematizada que possibilita um melhor alcance da lei, diferente daquele idealizado pelas autoridades militares.

Vejamos o posicionamento do STJ a respeito do tema:

"a incompetência da autoridade e a inobservância de formalidade essencial (art. 5º, inciso III, da Lei nº 1.533/51) não esgotam a possibilidade do *writ* contra ato disciplinar na linha da jurisprudência que o admite também" quando a lei não

autoriza a imposição da pena “. (in RMS nº 2.628-ORJ, Rel. Min Assis Toledo, J. 18.04.94)”.

Imune a qualquer tipo de questionamento é o cabimento do mandado de segurança quando o ato disciplinar for aplicado por pessoa incompetente. A prisão administrativa disciplinar tem sua competência estabelecida no RDE, que dispõe *in verbis*:

“Art. 38. A aplicação da punição classificada como prisão disciplinar somente pode ser efetuada pelo comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de Organização Militar.”

Logo, o mandado de segurança se faz meio eficaz para atacar o ato administrativo que impõe prisão disciplinar através de ato de autoridade não especificado no artigo exposto acima e, portanto, incompetente para tal.

A controvérsia a respeito do assunto surge na segunda parte do inciso terceiro da lei, ao estabelecer a possibilidade de concessão do *writ* quando houver "inobservância de formalidade essencial".

Fazendo uma interpretação à luz do Regulamento Disciplinar do Exército, encontramos a seguinte disposição, *in verbis*:

“Artigo 35, § 1º Nenhuma punição disciplinar será imposta sem que ao transgressor sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, inclusive o direito de ser ouvido pela autoridade competente para aplicá-la, e sem estarem os fatos devidamente apurados.”

O próprio RDE estabelece, apesar de normalmente isto não ser observado pelas autoridades militares, a observância das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que se fazem formalidades essenciais do processo administrativo disciplinar. Deste modo, através de interpretação menos apurada, podemos concluir pelo cabimento do mandado de segurança, também quando houver cerceamento de defesa ao acusado militar nos processos de apuração de transgressão disciplinar.

Os atos disciplinares nas instituições militares, não raro, afrontam o dispositivo constitucional do contraditório e da ampla defesa, assegurada "aos acusados em geral". Logo, o mandado de segurança se mostra o remédio jurídico eficaz a combater o desbordamento constitucional.<sup>1</sup>

O que se dizer das decisões das autoridades militares que impõem ao acusado decisões injustas, muitas vezes carentes de dosimetria por parte do aplicador, mas que foi conduzido por autoridade competente e dentro da observância das formalidades exigidas pela lei? Neste exemplo, o processo se mostra totalmente correto, encaixado com a mais perfeita legalidade. O que está a lesionar o direito do acusado não é o procedimento, mas o teor da decisão em si. Este fato é comparável com o acusado em processo penal que ao final do trâmite do seu processo judicial, eivado da mais perfeita legalidade, obtém do juiz a imposição de uma sentença incompatível com a sua culpabilidade, ultrapassando o limite cabível para uma pena retributiva justa. Será realmente que a nossa lei impede a concessão de mandado de segurança para defender o direito do militar lesionado ou ameaçado de lesão pela decisão injusta da autoridade militar? É o que será analisado a seguir.

O direito administrativo é calcado no dever-poder discricionário do administrador público, através do qual a ele é conferida a oportunidade de escolher dentre várias alternativas de interesse da administração pública, situadas na zona de incerteza, a que mais se enquadra com a conveniência ou a oportunidade da administração pública, sem que com isso sua decisão esteja sujeita a apreciação pelo poder judiciário. Entretanto, conforme já se demonstrou neste trabalho, o ramo do direito administrativo disciplinar não é regido pelo princípio da discricionariedade do ato do administrador público, mas sim pelos critérios do ato vinculado, através do qual a autoridade administrativa está obrigada à prática de determinados atos pela observância das formalidades legais. Neste princípio, a decisão administrativa não está ao dispor da conveniência da Administração, mas sim ao que é estabelecido pela lei.

O ato administrativo disciplinar tem, portanto, natureza de ato vinculado. Assim também entende o professor Eliezer Pereira Martins ao dizer que:

---

<sup>1</sup> SANTOS, Achibaldo Nunes dos. *O Exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 88.

“o ato administrativo disciplinar é sempre vinculado, e de vínculo especial, razão pela qual, não decidirá o administrador pelos critérios da conveniência ou oportunidade, mas sim por aquilo que a norma administrativa militar determina.”<sup>2</sup>

É inquestionável que o ato administrativo discricionário não pode ter seu mérito avaliado pelo poder judiciário quando a escolha estiver situada em campo de incerteza. Contudo, esta limitação do poder judiciário não pode ser estendida quando se tratar de assuntos disciplinares, justamente porque aqui o ato administrativo é, fundamentalmente, vinculado. O afastamento do poder judiciário da análise de questões disciplinares militares coloca o militar a toda sorte de abusos e desmandos praticados pelas autoridades militares. Não se pode aceitar a passividade do poder judiciário diante das injustiças praticadas pelo exercício do poder disciplinar conferido à autoridade militar.

O entendimento de que o Poder Judiciário não conhece do mérito do ato administrativo é limitado ao universo dos atos administrativos discricionários e não aos vinculados. A conveniência e a oportunidade da edição do ato administrativo são relevantes somente, onde o administrador tenha liberdade de decisão, jamais onde deve atuar nos estritos moldes do preconizado pela lei, como costuma ocorrer no processo administrativo disciplinar militar.<sup>3</sup>

Com este mesmo entendimento, temos o professor Cretella Júnior e Venero Caetano da Fonseca, citados por Achibaldo Nunes dos Santos, no que dizem que:

“Admite-se, em geral, que o judiciário não tem o direito de apreciar o merecimento ou mérito dos atos administrativos no que diz respeito à conveniência ou oportunidade. Mas, evidentemente, são ilegais e, portanto, sujeitos à revisão, os atos administrativos em que o direito em vigor esteve ausente ou em que se aplicou indevidamente.

---

<sup>2</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, SP: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 184.

<sup>3</sup> *Ibid*, p. 185 e 186..

A apreciação do "mérito" que fica de fora da revisão judiciária é a que apresenta pontos de contato com a conveniência ou oportunidade da medida, jamais o merecimento por outros aspectos que possam configurar aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses em que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente.”<sup>4</sup>

Não obstante toda interpretação anteriormente trazida à tona, tem-se o entendimento da inconstitucionalidade do artigo 5º, inciso III da Lei nº 1.533, que disciplina o mandado de segurança. No mundo jurídico, é inquestionável o efeito da revogação tácita da lei anterior pelo nascimento de lei posterior que disciplina o mesmo assunto, não obstante também a hierarquia de leis. Não existe nenhum tipo de instrumento jurídico que estabeleça a revogação tácita de uma lei, justamente porque ela acontece de forma implícita. Assim entendemos ter acontecido a derrogação da Lei do mandado de segurança, datada de 31 de dezembro de 1951, ao ter sido promulgada a Constituição pátria de 1988. Na nova Carta Magna, o instituto foi assegurado a todos os cidadãos, sem qualquer tipo de distinção, *in verbis*:

“Art. 5º, LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público”.

O nobre professor Eliezer Pereira Martins traz em sua obra, citação do ilustre professor Hely Lopes Meirelles, através da qual este nos ensina que:

“Em que pese a expressa proibição legal e a existência de opiniões diferentes, é de se admitir o remédio heróico contra ato disciplinar, mesmo que a autoridade coatora não seja incompetente e não tenha ocorrido inobservância de formalidade essencial. E isso porque a restrição posta em lei mostra-se incompatível com a amplitude de sua previsão constitucional.

---

<sup>4</sup> SANTOS, Achibaldo Nunes dos. *O Exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 91.

De fato, se a constituição vigente concede a segurança para proteger todo direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, qualquer que seja a autoridade ofensora, não se legitima a exclusão dos atos disciplinares que, embora formalmente corretos e expedidos por autoridades competentes, podem ser ilegais e abusivos no mérito, a exigir pronta correção mandamental.”<sup>5</sup>

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Dr. Sálvio Figueiredo Teixeira, tem o seguinte pensamento a respeito do assunto:

“segundo o entendimento tradicional, alicerçado no texto legal ordinário, o Judiciário teria que se restringir ao exame da legalidade ou não do ato disciplinar. Doutrinadores e julgadores, no entanto, vem se inclinando em sentido oposto, ao fundamento de que a restrição da lei ordinária seria incompatível com a missão constitucional do mandado de segurança.”<sup>6</sup>

Desse modo, mostra-se impossível a aplicação do artigo 5º, inciso III, da Lei do mandado de segurança não só pela natureza vinculada do ato administrativo disciplinar militar, como também pelo alargamento dado ao instituto com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Todo o ato administrativo discricionário praticado fora da oportunidade, interesse e conveniência da Administração pública é inválido e à própria instituição cabe a sua revogação, principalmente quando se tratar de ato vinculado, como é o caso do que concretiza a punição disciplinar eivada de ilegalidade.

Se a Administração pública não revogar *ex officio* seu ato inoportuno, inconveniente ou ilegal, caberá ao Poder Judiciário, guardião da lei, nulificar tal ato. Neste diapasão, a odiosa interpretação restritiva da Lei do mandado de segurança poderia se tornar um obstáculo ao controle judicial dos atos disciplinares praticados fora dos preceitos legais.

---

<sup>5</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, SP: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 189.

<sup>6</sup> SANTOS, Achibaldo Nunes dos. *O Exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 88.

Para encerrar este tema, ficamos com as palavras de Achibaldo Nunes dos Santos: "(...) é preciso que se permita maior alargamento ao controle jurisdicional, sob pena de se transformar os administrados e/ou jurisdicionados em cidadãos-de-papel pelo método simplista do amordaçamento do Poder Judiciário".<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Ibid, p. 90

### 3 O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

#### 3.1 O DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito, enquanto ciência, tem seu ramo próprio, qual seja, das ciências jurídicas. Produzindo seus efeitos na área social, tem por finalidade criar e, por vezes, estabelecer normas de convivência humana sem as quais seria impossível viver em sociedade, já que o homem é, eminentemente, um ser social. Logo, vários são os dispositivos jurídicos reguladores, produzindo seus efeitos nas mais diversas atividades humanas existentes: familiar, comercial, administrativa, etc. Assim, devido ao grande número de institutos jurídicos criados, fez-se necessário dividir os diversos mandamentos normativos (leis) em grupos distintos a fim de facilitar seu entendimento, manuseio e aplicação. Desta forma, surgiram os diversos ramos e sub-ramos do Direito. É importante ressaltar, todavia, que o Direito somente se divide para fins didáticos, já que seus diferentes ramos formam um todo uno e indivisível, sendo muitas vezes indispensável para uma correta compreensão das leis a utilização da interpretação sistêmica entre os diversos ramos do Direito.

Logo, dentre outros, temos o Direito Administrativo como um dos ramos do Direito. Defini-lo exatamente não é tarefa fácil, dada a amplitude da matéria. O professor Hely Lopes Meirelles, sem esgotar a matéria, assim dispõe: "...conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado"<sup>8</sup>. Não obstante, a definição da professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro é a seguinte:

"O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoa jurídico administrativa que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não-contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública".<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, Sp: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 50.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo* – 15. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p.52.

### 3.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A fim de que se possa entender de forma plena o significado e a aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, é importante estabelecermos a distinção entre o Direito Administrativo Comum e o Direito Administrativo Disciplinar. A delimitação do conteúdo do primeiro se faz por exclusão. Logo, pertence a esta matéria toda aquela que não dispõe sobre a estruturação do sistema disciplinar e suas respectivas sanções. Resta, assim, ao Direito Administrativo Comum todo restante atinente ao Direito Administrativo, conforme definição já explicitada.

Assim como as relações humanas, o Direito também evolui, até mesmo como forma de se alcançar as freqüentes mudanças que ocorrem no corpo social. Do mesmo modo ocorreu com o Direito Administrativo que, a fim de se adaptar, especializou-se em relação aos procedimentos disciplinares. Esta evolução ocorreu em três fases distintas: a fase do aprimoramento da teoria dos atos administrativos, passando pela fase da processualidade relativa e finalmente, alcançando a fase da processualidade plena.

A primeira deu-se pelo aprimoramento da teoria dos atos administrativos, que se compõem nas seguintes espécies: atos normativos, ordinatórios, enunciativos, negociais e punitivos. Segundo conceito do professor Eliezer Pereira Martins:

“denomina-se ato administrativo punitivo, aquele que se preordena a impor sanção àqueles que infringem disposições legais ou regulamentares da Administração Pública. O que se colima, portanto, é reprimir as infrações administrativas ou a conduta irregular dos servidores ou particular em face da Administração Pública”.<sup>10</sup>

Dada a singularidade do assunto dentro do Direito Administrativo comum, foi necessário reconhecer os atos punitivos como espécie autônoma, e que incoerente seria tentar enquadrá-lo dentre as demais espécies.

A segunda fase da evolução, que se caracteriza pela processualidade relativa, advém da própria criação doutrinária e jurisprudencial que de maneira acertada passou a reconhecer que o ramo do Direito Administrativo Disciplinar

---

<sup>10</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, Sp: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 50.

possui princípios próprios que não os do Direito Administrativo Comum. Este aprimoramento foi necessário na medida em que não se poderia mais continuar aplicando ao ramo disciplinar os mesmos princípios instituídos no ramo comum. Neste, aplica-se, por exemplo, a imperatividade dos atos normativos, ordinatórios, enunciativos e negociais, que impossibilita a contestação ou postergação dos atos da administração. Claro é que, em se tratando de atos punitivos, não se pode aplicar tal princípio, já que a defesa baseada no contraditório e a acusação fundada em razões fundamentadas são requisito de validade para concretizar a pretensão punitiva da Administração Pública.

Por fim, chegamos a fase da processualidade plena, que tem início com a promulgação da Carta Constitucional de 1988. Com a sua vigência, passou-se a assegurar ao acusado nos procedimentos administrativos os mesmos benefícios de defesa atribuídos ao acusado na esfera judicial sem qualquer tipo de distinção. Logo, seria inadmissível se ter reconhecido a desigualdade jurídica entre o administrador e o administrado, postulado norteador do Direito Administrativo comum que torna a relação jurídica verticalizada, dada imperiosa aplicação do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar.

Assim dispõe a nossa Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em verdade, não existe uma separação cronológica nítida das fases evolutivas apresentadas. Elas coexistem no mundo jurídico, já que, ao mesmo tempo, podem-se observar algumas instituições perfeitamente afinadas com o princípio da legalidade, ampla defesa e o contraditório e outras que ainda não se adaptaram à ordem jurídica vigente, baseando seus procedimentos no inaceitável princípio da verdade sabida que estudaremos mais adiante.

O Direito Administrativo Disciplinar não existe como um ramo de estudo autônomo dentro da ciência do Direito. Contudo, não se pode considerá-lo como um simples capítulo pertencente ao Direito Administrativo, o que geraria distorções no direito de punir da administração e no direito de defesa do acusado no bojo do procedimento administrativo. O próprio reconhecimento e aplicação de princípios diferenciados no estudo do Direito Administrativo Disciplinar em relação ao Direito

Administrativo denuncia a diferença fundamental existente entre ambos. Logo, é correto asseverar que o Direito Administrativo Disciplinar surge como parte distinta que, apesar de não ser sub-ramo autônomo do Direito Administrativo, a ele não se pode negar especificidade.

Hoje, podemos dizer que o Direito Disciplinar se aproxima mais do Direito Penal do que do Administrativo. A aplicação dos princípios atinentes ao Direito Administrativo não se mostra adequada para resolver os problemas de ordem disciplinar existentes nas organizações militares. Embora, como já dito, não seja parte autônoma do Direito Administrativo, o Direito Disciplinar afina-se em muito com o Direito Penal.<sup>11</sup>

Nesse parâmetro, a doutrina o define como Direito Penal Disciplinar, que é exercido pela administração e supõe, no destinatário da norma, reflexo de dependência de caráter administrativo ou de subordinação hierárquica, empregando sanções de natureza meramente corretiva.

Fala-se também em Direito Penal Administrativo, conjunto de disposições que, mediante uma pena, tem em vista o cumprimento, pelo particular, de um dever seu para com a administração.

Assim, é correto dizer que aos atos administrativos punitivos aplicam-se os dispositivos do Direito Administrativo tão-somente até o momento em que estes não comprometam o devido processo legal, mandamento constitucional garantido nos procedimentos administrativos e que deve ser preservado a todo custo.

### 3.3 O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NA ÓRBITA MILITAR

Antes de adentrarmos no estudo das transgressões disciplinares militares, cabe-nos fazer a constatação da especialíssima área do Direito Administrativo Disciplinar Militar que, por ter princípios próprios, merece estudo apartado do Direito Administrativo Disciplinar em geral.

---

<sup>11</sup> “a) O direito disciplinar e o direito penal são idênticos na essência. Devem ser analisados como duas variedades do direito social de punir, que se exercem em meios diferentes (...). b) a identidade fundamental da natureza de ambos, traduz-se, cada vez mais, com a reserva de adaptações necessárias, por uma concepção harmônica do delito e da pena.”. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (congresso de direito comparado, Haia, 1950).

O direito Administrativo Comum possui como vertente o Direito Administrativo Militar. A respeito deste, o professor Antônio Pereira Duarte traz a seguinte definição:

Ramo especialíssimo do Direito Administrativo, o Direito Administrativo Militar não discrepa do conceito retroesposado, antes com ele se coaduna, enfocando o tema pertinente à relação do servidor militar federal (integrante das Forças Armadas) e do servidor militar estadual (integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros de cada Estado, do Distrito Federal e dos Territórios), com a respectiva força ou corporação. (...) deste modo, o Direito Administrativo Militar pode ser entendido como sub-ramo do Direito Administrativo Comum, que, através de um conjunto de princípios jurídicos entrelaçados, disciplina e regula a atuação dos órgãos militares, dos agentes/servidores militares, objetivando atingir a função constitucional reservada às Forças Militarizadas.<sup>12</sup>

Assim como no Direito Administrativo Comum, que possui o Direito Administrativo Disciplinar, o Direito Administrativo Militar também possui este sub-ramo que se preocupa com os atos punitivos, denominado Direito Administrativo Disciplinar Militar, matéria deste estudo.

A hierarquia e a disciplina nas instituições militares, apresentam-se de maneira singular, sendo diferenciada com relação às demais. Logo, é mister que o Direito Administrativo Disciplinar utilizado pelas instituições militares seja distinto do aplicado aos civis. Enxergando tal especialidade, as instituições militares têm seu próprio regulamento disciplinar, utilizando-se dos regulamentos aplicáveis aos civis somente em caso de lacuna (*analogia in bonam partem*).

Assim, o Direito Administrativo Disciplinar Militar apresenta instrumentos específicos. A ele, aplicam-se inteiramente os institutos do Direito Penal Militar, a que dele também se deriva. Contudo, o inverso não é verdadeiro, já que alguns institutos que nascem do Direito Administrativo Disciplinar somente a ele se aplicam.

Outro elemento específico é a transgressão disciplinar militar, que somente pode ser praticada por militares e, portanto, não tipificável aos servidores públicos civis. Contida em regulamento próprio (RDE – Regulamento Disciplinar do Exército),

---

<sup>12</sup> DUARTE, Antônio Pereira. Direito administrativo militar. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.3,4.

as transgressões disciplinares militares têm fulcro na violação da hierarquia e disciplina militares, também específicas.

Talvez o elemento mais significativo e que marca a fundamental importância do estudo em separado do Direito Administrativo Disciplinar Militar é a “odiosa prisão por transgressão disciplinar militar, a derradeira e infeliz modalidade de prisão administrativa admitida no ordenamento jurídico brasileiro”<sup>13</sup>. Desconsiderando todas as outras, somente a previsão da modalidade punitiva de sanção restritiva de liberdade individual, situação em que o militar pode ficar até um mês encarcerado no xadrez, já justificaria a especificidade do Direito Administrativo Disciplinar Militar.

---

<sup>13</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, Sp: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 50.

## 4 HIERARQUIA E DISCIPLINA

### 4.1 CONCEITO E FINALIDADE

A hierarquia e disciplina, como ensinado na caserna, são os pilares fundamentais sobre os quais estão estruturadas todas atividades e procedimentos atinentes à vida militar. Assim já dispõe a própria Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 142, caput As Forças Armadas (...) são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina (...)”.

A Lei Federal n.º 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), menciona tais institutos da seguinte forma:

“Art. 14 A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas (...)

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar (...).”.

Não obstante serem termos intimamente ligados, trata-se de poderes administrativos distintos e integrantes do gênero dos poderes administrativos, assim como o poder regulamentar e o de polícia.

Em definição rápida, pode-se dizer que a hierarquia é escalonamento, ou seja, disposição de órgãos ou autoridades em diferentes graus e através da qual o de maior posição exerce autoridade sobre o que lhe está subordinado na mesma escala. Por sua vez, a disciplina conceitua-se como a rigorosa obediência às normas, regulamentos ou autoridades.

O novo RDE (Regulamento Disciplinar do Exército) aprovado pelo Decreto n.º 4.346, de 26 de agosto de 2002, traz em suas disposições gerais os princípios da hierarquia e disciplina, com todas as suas conseqüências, que estão dispostos no “Anexo I” do trabalho.

Apesar de os institutos serem considerados como pilares fundamentais das instituições militares, podemos dizer em uma perspectiva, ainda mais estrita, que a disciplina é fator de sustentação da hierarquia, ao passo que o inverso não é verdadeiro, já que a hierarquia não é condição de existência da disciplina, mas tão-somente dela necessita para que tenha existência e eficácia.

## 4.2 O PODER HIERÁRQUICO

O dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, assim dispõe sobre a palavra hierarquia: “ordenação da autoridade, em diferentes níveis, dentro da estrutura das Forças Armadas”<sup>14</sup>

A hierarquia traz consigo a idéia de ordem superior emanada por pessoa competente e capaz existente dentro da administração, dela decorrendo sua autoridade. No Exército, a hierarquia se faz através dos postos, conferidos aos oficiais, e das graduações, conferidas às praças. Entende-se por praças todas posições hierárquicas compreendidas entre soldados e aspirantes-a-oficial, e por oficiais de todos os postos, desde tenentes até oficiais-generais.

Segundo ensinamento do professor Hely Lopes Meirelles<sup>15</sup>, “o poder hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito desta ou daquela instituição, ou da administração pública direta ou indireta”. Logo, certa é a sua existência no âmbito de toda e qualquer administração.

Deste modo, através da hierarquia, tem-se a instituição de um poder na autoridade que é exercida por determinada pessoa. Tal poder é capaz de atribuir ao ascendente no escalonamento hierárquico a possibilidade de emitir ordens aos seus subordinados. Em contra-partida, do subordinado se espera estrita e pronta obediência às ordens emanadas de seus superiores.

Na sistemática deste poder, o rigor é marca indissolúvel quando se está a tratar dele nas instituições militares. Isto pode ser por nós facilmente identificado. Vejamos em rápida análise: o texto constitucional, em cláusula pétreia, afirmar que:

---

<sup>14</sup> A palavra hierarquia vem do grego, que se traduz em “poder maior ou autoridade proeminente”.

<sup>15</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 105.

“Art. 5º - II ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”.

Identifica-se, desde já, uma séria rigidez na aplicação do conceito de hierarquia no Exército brasileiro.

#### 4.3 O PODER DISCIPLINAR

“Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”<sup>16</sup>. Ao contrário do vocábulo hierarquia, a palavra disciplina não vem do grego, mas sim de uma derivação do latim, que assim se traduz: “são deveres morais ou de bons costumes, entrelaçados com preceitos que se impõem à maneira de agir dentro e fora da instituição ou corporação, cuja transgressão pode motivar sanções disciplinares”<sup>17</sup>

O poder disciplinar decorre da relação de hierarquia, sendo inerente a quem tenha ascensão hierárquica<sup>18</sup>. Não se pode confundir a disciplina, que se traduz na rigorosa obediência às ordens das autoridades e regulamento, com o poder disciplinar, que é um poder conferido a autoridade pública e por ela utilizado para aplicar aos transgressores das ordens ou dos regulamentos uma sanção administrativa, geralmente de caráter correccional.

Os militares das forças armadas e das forças auxiliares (Polícia Militar e Corpo de Bombeiro Militar) no exercício de suas atividades constitucionais ficam sujeitos a dois diplomas pelo cometimento de faltas contrárias ao ordenamento: o Código Penal Militar (C.P.M) e o Regulamento Disciplinar (R.D); ademais têm seu funcionamento alicerçado sobre diversos regulamentos que, ao seu tempo, balizam as atividades desenvolvidas pela força, ditando seus procedimentos. Assim, para assegurar uma correta observância de seus regulamentos e uma exata execução de suas atividades, tem-se por necessária aplicação de uma rígida disciplina a fim de

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo* – 15. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003, p. 91.

<sup>17</sup> SANTOS, Achibaldo Nunes dos. *O Exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 31.

<sup>18</sup> “Estão excluídas do dispositivo, evidentemente, as relações familiares (pai e filho), de emprego (patrão-empregado), religiosas (sacerdote-fieis) etc. que não implicam subordinação hierárquica.” MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 209.

que seja atingido pontualmente o escopo da instituição, evitando, assim, um desvirtuamento de finalidade ou uma execução errônea de suas atividades.

É de entendimento da melhor doutrina que a disciplina militar é qualificada, vale dizer, possui maior especialidade do que a disciplina exigível dos demais servidores que não são militares. Esta qualificação resulta na exigência de um grau muito maior de disciplina, com a aplicação de institutos próprios e a práticas de comportamentos em muito distintos dos observados nos servidores civis. Por exemplo: no meio militar, diz-se ser disciplinado o subordinado que, ao ser chamado por seu superior, atende-o prontamente, deixando de fazer seja lá o que for ou, encontrando-se distante, que se dirija “acelerado” até alcançar seu superior e, ao chegar, atenda suas ordens prontamente, mesmo que elas não sejam coerentes. Do contrário, o militar poderia ser tachado, conforme o jargão usado na caserna, de “acochambrado” (desleixado) e “poderão” (subordinado que examina e, após, tece comentário a respeito das ordens do seu superior hierárquico).<sup>19</sup>

#### 4.4 HIERARQUIA E DISCIPLINA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

É certo que, em uma instituição formada por milhares de homens e mulheres, a ordenação da instituição calcada na hierarquia e disciplina é fundamental, tratando-se ou não de uma instituição militar. Logo, torna-se inegável que estes são preceitos necessários para a boa administração e andamento de qualquer órgão, público ou particular, civil ou militar, sem qualquer distinção. Todavia, é notório que a aplicação destes elementos administrativos é em muito diferenciada quando se trata de organismos militares. Neles há um rigor muito maior do que em qualquer outra administração pública ou particular.

Só se pode admitir válidos os comandos emanados com base no poder hierárquico se estes estiverem fundados em razoabilidade. É o que se conhece pelo princípio da obediência racional, que exige aquele que deve obediência hierárquica de cumprir as ordens de seus superiores se estas não forem legais. Aliás, podemos

---

<sup>19</sup> “Nesta linha, apontam-se como manifestações essenciais da disciplina militar, dentre outras atitudes, a obediência pronta às ordens do chefe, a rigorosa observância às prescrições dos regulamentos, o emprego de todas as energias em benefício do serviço, a correção de atitudes e a colaboração espontânea à disciplina coletiva à eficiência da instituição”. (MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, SP: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 24).

verificar grande contradição entre a hierarquia praticada nas fileiras do Exército e a descrita no RISG (Regulamento Interno dos Serviços Gerais) quando analisamos seu art. 3º que estabelece que a obediência do Exército Brasileiro ao Presidente da República, seu chefe supremo e, portanto, maior posto dentro da força, dar-se-á somente “dentro dos limites da lei”.

De certa forma, justifica-se a aplicação rígida e severa da hierarquia, pois é preciso estabelecer uma relação de obediência entre comandante e comandado, sem a qual os subordinados poderiam desenvolver o espírito do questionamento das ordens superiores que, em campo de batalha, seria fatal<sup>20</sup>. Da mesma forma, sem uma disciplina intensa, não se concebe uma hierarquia fortificada. Entretanto, o que não se pode admitir sob hipótese alguma é um desvirtuamento da finalidade e da aplicação de tais institutos que, ao invés de serem usados para manter a ordem, sejam instrumentos e ardis nas mãos de pessoas que não correspondam aos verdadeiros anseios da instituição que carrega a função tão nobre: a defesa da pátria e dos poderes constituídos.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> “(...) as tropas mais disciplinadas levam muita vantagem sobre as oponentes, pois sabem como se comportar frente às agruras das batalhas e como acatar às determinações estratégicas e táticas dos seus chefes.” (Direito Militar. **Revista da associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais**. Ano VII – número 37 setembro / outubro de 2002. **AMAJME**.).

<sup>21</sup> “(...) percebe-se que a disciplina militar que é perfeccionista, e não perfeita, que emana do regulamento disciplinar do Exército, tem sido objeto de inúmeras injustiças e perseguições sem lastro por militares medíocres que, não raro, se utilizam subsidiariamente do “RQUERO”, regulamento do querer no jargão militar, para satisfazer a interesses subalternos e inconfessáveis, criando um estado de anomia.”( SANTOS, Achibaldo Nunes dos. *O Exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 39).

## 5 CONCEITO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

A transgressão é uma espécie de ilícito, já o ilícito pode ser de várias categorias, conforme seja o ramo do Direito ao qual esteja relacionado. Logo, o ilícito pode ser civil, penal, administrativo, etc. A transgressão disciplinar se enquadra ao ilícito administrativo por envolver um agente público no campo do Direito Administrativo.

Conforme o entendimento do professor Eliezer Pereira Martins, a “transgressão disciplinar militar pode ser definida como toda violação da disciplina e da hierarquia militar passível de sanção administrativa”<sup>22</sup>. Assim, mostra-se possível simplificar dizendo que a transgressão disciplinar é um ilícito administrativo que viola a hierarquia e a disciplina.

As transgressões disciplinares estão “enumeradas” no decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, que aprovou o RDE (Regulamento Disciplinar do Exército), o “R-4”.

A transgressão disciplinar é ilícito de menor gravidade e, portanto, é punida com menor rigor. Todavia, a prática reiterada de condutas infracionais poderá levar a consequências mais graves como o atraso de promoções ou até mesmo a expulsão a bem da disciplina.

Assim como acontece com o direito penal, a transgressão disciplinar também pode ser classificada em propriamente ou impropriamente militar quando ela somente pode ser praticada por agente público militar ou por qualquer pessoa, respectivamente.

Talvez o maior problema a ser enfrentado neste tema esteja ligado às próprias raízes do RDE. Apesar de ter sido atualizado em 26 de agosto de 2002 por meio de decreto presidencial, a base estrutural do regulamento ainda está calcada em sua primeira edição, que remonta aos tempos da institucionalização das Forças

Armadas. Este arcaísmo do regulamento traz como consequência a estipulação de certas condutas infracionais inadmissíveis em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>22</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, Sp: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 65.

O aplicador do sistema disciplinar militar tem a sua frente o dilema de ter a necessidade de fazer atuar disposições que não foram adaptadas ao novo ordenamento constitucional, o que pode levar às imposições inconstitucionais e invariavelmente injustas.<sup>23</sup>

## 5.1 TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES TÍPICAS E ATÍPICAS

As transgressões disciplinares militares podem ser classificadas em duas espécies distintas: típica e atípicas.

As transgressões disciplinares típicas são aquelas que estão arroladas no Anexo I do RDE. São típicas porque a conduta considerada infringente à hierarquia e disciplina está perfeitamente descrita, assim como acontece no tipo penal. Embora muitas delas estejam desajustadas à ordem vigente, pelo menos os agentes militares têm a possibilidade de autodeterminar sua conduta no sentido de não transgredir o regulamento, pois já conhecem sua existência.

Já as transgressões disciplinares atípicas são aquelas não descritas ou não definidas de forma específica, sendo seu conteúdo infracional preenchido pelo aplicador da sanção. Pode-se comparar a transgressão disciplinar atípica com o ditame nazista que estabelecia que “crime é tudo aquilo que fere o são sentimento do povo alemão”.

O ilustre mestre do Direito Penal Julio Fabbrini Mirabete, em seu livro *Manual de Direito Penal*, ensina-nos que:

“como o Estado, através do ordenamento jurídico, quer sancionar com penas as condutas intoleráveis para a vida em comunidade, tutelando os bens jurídicos fundamentais, poderia fazê-lo com uma norma geral que permitisse a aplicação de sanções penais a todos aqueles que praticassem um fato profundamente lesivo a esses bens. Nessas condições, porém, os destinatários da norma não poderiam saber exatamente quais as condutas que estariam proibidas nem o juiz poderia saber quais as penas deveria impor. Por isso, a Lei deve especificar exatamente as matérias de suas proibições, os fatos que são proibidos sob ameaça de sanção penal, ou seja, o que é considerado como crime. Isso é feito através dos “tipos penais”.<sup>24</sup>

Tem-se como exemplo de transgressão disciplinar atípica a seguinte modalidade de transgressão disciplinar do RDE que dispõe, *in verbis*:

<sup>23</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, Sp: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 76.

<sup>24</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16 ed. , São Paulo: Atlas, 2000, p. 100.

“Anexo I - nº 9 - Deixar de cumprir prescrições expressamente estabelecidas no Estatuto dos Militares ou em outras leis e regulamentos, desde que não haja tipificação como crime ou contravenção penal, cuja violação afete os preceitos da hierarquia e disciplina, a ética militar, a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe.”<sup>25</sup>

A finalidade única do instituto é assegurar, acima de tudo, a observância da hierarquia e disciplina, pilares basilares do Exército Brasileiro.

---

<sup>25</sup> Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002: Regulamento Disciplinar do Exército (R-4).

## 6 TRANSGRESSÃO MILITAR, O HABEAS CORPUS E A JUSTIÇA MILITAR

### 6.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Pretende-se, no espaço deste breve artigo, tratar, no que for possível, do texto da Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXVIII, e art. 142, § 2º, aquele, que prevê os casos em que cabe o *habeas corpus*, e este, quando tal remédio jurídico, pelo menos aparentemente, não poderia ter aplicação, em se tratando de punições disciplinares militares, e mostrar-se que ambos os textos não só se conflitam, como podem e devem ter vigências ao mesmo tempo, e também trazer ao debate a competência, na Justiça Militar, principalmente nas Justiças Militares Estaduais, de Primeiro Grau, para se conhecer desse instrumento jurídico, já que a redação do Código de Processo Penal Militar veda tal alcance para a Primeira Instância dessa Justiça Especializada.

### 6.2 A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR E A CONSTITUIÇÃO

A transgressão militar, referida no inciso LXI da Carta Magna de 1988: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” – constitui-se em norma administrativa, consubstanciada em regulamentos militares das forças militares, e não em legislação penal militar.

Para a verificação de transgressão militar deve-se observar, principalmente os chamados Regulamentos Disciplinares, que as Forças Armadas e as Forças Militares Estaduais possuem.

Basicamente, tais Regulamentos Disciplinares (RDs) descrevem os princípios gerais da hierarquia e da disciplina; da esfera de ação e da competência na aplicação do RD; das transgressões disciplinares – espécies, julgamento, classificação, gradação e execução das punições disciplinares, normas para

---

aplicação e cumprimento dessa punição, comportamento do militar, direitos e recompensas, e relação de transgressões militares.

Transgressão militar, ou melhor, Transgressão Disciplinar, de acordo com o Regulamento Disciplinador Do Exército (R-4, mais conhecido por RDE), “é qualquer violação dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua manifestação elementar e simples. Distingue-se do crime, militar ou comum, que consiste na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações, mas na sua expressão complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal” (art. 12, *caput*).

O Regulamento Disciplinar para a Marinha, chama a Transgressão Disciplinar de “Contravenção Disciplinar”, definindo-a como “toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime” (art. 6º).

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, a exemplo do RDE, também denomina de Transgressão Disciplinar a conceitua como “toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar” (art. 8º).

Todos os três Regulamentos Disciplinares apresentam uma relação do que consideram ser Transgressão Ou Contravenção Disciplinar; o RDE apresenta 121; o RDMAR, 84 e o RDAER, 100.

Os três RDs se acautelam, acrescentando que também consideram TRANSGRESSÃO (ou CONTRAVENÇÃO) MILITAR, todas as ações ou omissões, não especificadas na relação, nem qualificadas com o crime nas leis penais brasileiras, que afetam a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe e outras prescrições estabelecidas no Estatuto dos Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra normas e ordens de serviço, emanadas de autoridade competente (RDE, art. 13, nº 2; RDMAR, parágrafo único, do art. 7º; e RDAER, parágrafo único, do art. 10).

### 6.3 A CONSTITUIÇÃO E O HABEAS CORPUS

No entanto, dentro do espírito liberal da Constituição de 1988, engana-se aquele que achar ser incabível o *habeas corpus* em caso de punição disciplinar militar, consoante tais regulamentos.

O *habeas corpus*, sem ser novidade na atual Lei Maior e com alguma variação, vem tratando nas Constituições brasileiras. A de 1967 dizia que “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*” (§ 20, do art. 150).

A mesma redação é encontrada na EC/69 - § 20, do art. 153.

Já então era feita a ressalva, colocando-se um impedimento para que, nas transgressões disciplinares, houvesse a possibilidade de aplicação desse *mandamus*.

“Transgressões disciplinares” seriam aquelas resultantes de “regulamentos disciplinares”, militares ou não. Incluídas estavam as “transgressões disciplinares” cometidas por funcionários civis.

Na Constituição atual, esta expressão foi alterada para “punições disciplinares militares” e passou a constar, não mais junto às disposições do HC, e sim no Capítulo das Forças Armadas.

O Constituinte não foi preciso, pois ora chama de transgressão militar (art. 5º, LXI) – que é o ato, e ora denomina como a punição disciplinar militar (§ 2º, do art. 142) – o resultado desse ato.

Aparentemente, pelo menos, parece que a questão está definida; quando se tratar de punição disciplinar, segundo os Regulamentos Militares, no âmbito portanto dos quartéis, aplicada a militares, o conhecido “remédio heróico” não poderia ser usado em favor do prejudicado ou do assim punido.

## 7 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Ruy Barbosa, ao analisar a Constituição de 1891, estabeleceu distinção entre direitos e garantias fundamentais. Segundo o ilustre jurista, direitos são disposições meramente declaratórias, enquanto garantias são medidas assecuratórias que visam a defesa de direitos, limitando o poder. Assim sendo, podemos conceituar o *habeas corpus* como uma ação constitucionalmente qualificada que tem por escopo assegurar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir (direitos humanos de primeira geração, liberdade). Não obstante a tão grande importância desse instrumento, nosso constituinte originário de 1988 exclui, a princípio, seu cabimento em punições disciplinares de militares pertencentes às Forças Armadas (art. 142, § 2º, CF) e aos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42, § 1º, também da CF). É o que passamos a analisar.

### 7.1 ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Primeiramente analisa-se a Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que criou o Estatuto dos Militares, e o Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, ambos anteriores à atual Constituição Federal, com o intuito de fornecer um maior esclarecimento da evolução histórica sobre a estipulação das transgressões disciplinares militares.

A Constituição Federal de 1967 estabelecia em seu art. 152, § 2º, *in verbis*:

“Art 152 § 2º - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade competente. A Lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal”.

Percebe-se que na citada Constituição inexistia qualquer previsão a respeito do tipo de norma legal que iria fundamentar a aplicação da pena de prisão ou detenção. A única exigência constitucional expressa é de ser a prisão decretada por autoridade competente, possibilitando que praticamente qualquer funcionário civil ou militar fosse, por mero decreto do Poder Executivo, designado competente para decretar prisão ou detenção de outra pessoa.

Sob a vigência da Constituição Federal de 1967, existiam poucas garantias à pessoa que sofria a prisão. Provavelmente, esta orientação era uma consequência do pensamento reinante no período de repressão militar, onde milhares de pessoas foram presas, conforme relatos dos mais diversos já publicados, sob o fundamento de assim estar-se agindo para a defesa do governo contra os “comunistas” e outros contrários ao regime instituído.

A lei 6.880 expressa em seu art. 47, *in verbis*:

“Art. 47 Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares”.

A Lei transfere para a competência interna de cada Força Armada, por meio de regulamentos instituídos por decretos do Poder Executivo, a determinação dos casos de transgressão disciplinar, assim como a classificação e formas de apuração dos fatos. Em função disso, o Decreto nº 76.322, de 1975, que institui o regulamento disciplinar da Aeronáutica, em vigor até os dias de hoje, traz como seu fundamento legal o art. 81, III da Constituição de 1967, *in verbis*:

“Art 81 Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”.

A emissão do regulamento disciplinar teve, portanto, a finalidade de cumprir a determinação da lei, dando a esta eficácia.

Em um rol com cerca de 100 itens, o artigo 10 daquele decreto estabelece os casos de transgressão disciplinar para militares da Aeronáutica, como por exemplo: “... 21 – Dirigir-se ou referir-se a superior de modo desrespeitoso; (...); 46 – freqüentar lugares incompatíveis com o decore da sociedade; 47 – Desrespeitar convenções sociais; (...)”

Já o art. 15 dispõe que as punições disciplinares serão de representação; detenção até 30 dias; prisão (comum até 30 dias, sem fazer serviço até 15 dias, em separado até 10 dias); licenciamento a bem da disciplina; e; exclusão a bem da disciplina.

Com base no que foi relatado, é transparente que tanto a Lei 6.880 quanto o Decreto 76.322 estavam em conformidade com os preceitos da Constituição de 1967, já que inexistia restrição no tocante à formalidade para o estabelecimento das transgressões disciplinares, bem como autoridade competente especificada na Lei Maior.

## 7.2 APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Agora analisemos ambas normas às luzes da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, LXI, *in verbis*:

“Art 5º, LXI Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Neste momento, deve-se diferenciar o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal, dispondo de valiosa lição de Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS (1988, p. 28):

“O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico importando comportamentos forçados há de provir de regra legal... Isto não significa que uma vez posta em vigor a lei instituidora da obrigação, não possa ela vir a ser enriquecida com uma série de obrigações secundárias, instrumentais a principal, mas que sem estas a própria obrigação originária se tornaria inaplicável”.

A Lei é a forma prevista pela Constituição Federal para estabelecer regras abstratas e genéricas que imponham obrigações e restrições aos indivíduos. Após estabelecidas estas regras, permite-se que normas menores, tais como decretos, estabeleçam as formas mais específicas para aplicação da norma legal.

Com relação ao princípio da reserva legal, os mesmos autores escrevem (BASTOS, 1989, p. 28):

“De outro lado vamos encontrar o princípio da reserva legal. Este opera de maneira diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas sim concreto. Ele incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição, será esta que determinará claramente que certos assuntos serão objetos de lei.

Esta referência específica à lei faz com que ela se torne a única via normativa competente para regular o assunto. É uma exacerbação, ou, se preferirmos, um aproveitamento do mesmo princípio da legalidade.

Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas

de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento da matéria exclusivamente pelo Legislador, sem participação normativa do Poder Executivo”.

Nos casos em estudo, o art. 5º, LXI, da norma constitucional prescreve “lei” para definir os casos de transgressão militar, ou seja, o princípio da reserva legal.

Em consonância com o citado, voltemos a Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS (1988, p. 292):

“A constituição, ainda, alude a crime propriamente militar, como ensejador da prisão, independente de ordem judicial. É bom notar, todavia, que tanto no que diz respeito à transgressão militar, como a crime propriamente militar, exige-se a definição em lei dos casos que comportam a medida restritiva.”

Nunca é demais esclarecer que quando a Constituição Federal de 1988 alude à prisão, também engloba a pena de detenção, prevista no regulamento disciplinar anteriormente citado, pois, trata-se de restrição à liberdade, apesar de não prever explicitamente detenção, tal qual expressão contida na Constituição de 1967 (art 153 § 2º). Pensar diferente levaria a uma interpretação gramatical do art 5º, incisos XVI, LIV, LXI, LXIII e LXV, estabelecendo somente a modalidade de privação da liberdade por meio da prisão, afinal não estaria prevista na Norma Maior a possibilidade de detenção de qualquer pessoa.

Os direitos fundamentais somente podem ser restringidos pela própria Constituição Federal; caso esta assim não expresse, o direito deve ser exercido em sua plenitude, conforme argumento de Antônio José Miguel Feu ROSA (1998, p. 176):

“Assim, faz parte do direito constitucional moderno de todos os países cultos e civilizados, a afirmação peremptória que diz: “os direitos fundamentais garantidos pela Constituição não podem, em princípio, restringir-se. As limitações desses direitos pela lei só serão admitidas quando a segurança, a moral, a saúde e a assistência pública o exigirem imperiosamente, não serão admitidas quando a segurança, a moral, a saúde e a assistência pública o exigirem imperiosamente, não serão admitidas mais limitações que nas condições previstas na própria constituição. O tribunal de conflitos constitucionais está obrigado a declarar nulas as leis que restringem, contra a Constituição, qualquer dos direitos fundamentais.”

O Doutor em direito constitucional da UFM, Ivo DANTAS, em referência ao art. 5º, LXI, especificamente sobre o termo “lei” estabelecido neste inciso, ensina (1992, p. 270):

“o próprio texto constitucional, em sua parte final, estabelece ressalva onde tais exigências não serão aplicáveis: “casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Esta, evidentemente, é o Código Penal Militar, não sendo demais lembrarmos que não se excluirá a existência do regulamento disciplinar em cada uma das Forças Armadas,

como, por sinal, ocorre com o Decreto nº 38.010 de 05.10.88 (Marinha ), o Decreto nº 90.608 de 4.12.84 (Exército) e o Decreto nº 76.322 de 22.9.75 (Aeronáutica).”

Com todo respeito ao ilustre professor, esclarece-se que o Código Penal Militar trata, exclusivamente, dos crimes propriamente militares, repassando para outra norma o estabelecimento dos casos de transgressão militar. A própria lei 6.880 define em seu art. 46, *in verbis*:

“Art 46 O Código Penal Militar relaciona e classifica os crimes militares, em tempo de paz e em tempo de guerra, e dispõe sobre a aplicação aos militares das penas correspondentes aos crimes por eles cometidos”.

Com relação aos regulamentos militares, estes poderão existir e tratar de assuntos específicos de cada Força, desde que não contrariem norma constitucional, que expressa a necessidade de lei a prever os casos de transgressão militar.

Ivo DANTAS(1992, p. 144 e 145) descreve expressão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“É ainda magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que retiramos o seguinte trecho: “há outra exigência, todavia, que é no texto vigente implícita. A prisão não pode ser determinada senão nos casos fixados em lei...”

A Constituição Vigente apenas menciona tal exigência no tocante a transgressão militar e crime militar. Isto não significa que a dispense nos demais casos. Certamente, o constituinte considerou tão óbvia a cláusula que a enunciou de modo explícito. De modo indireto, porém, o fez conforme comprova o inciso LXVIII deste mesmo artigo, ao prever o *habeas corpus* nos casos de ilegalidade ou abuso de poder.”

Chega-se à conclusão de que, a partir da Constituição Federal de 1988, não seria mais possível a previsão de transgressão militar passível de prisão ou detenção em norma diferente de lei formal, que requer a participação e debate junto ao Congresso Nacional.

### 7.3 DA POSSIBILIDADE OU NÃO DO CABIMENTO DE HABEAS CORPUS EM TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES

Inicialmente, é de bom alvitre esclarecer que sendo o *habeas corpus* uma ação, é direito autônomo. Nesse particular, transcrevemos a lição de Humberto Theodoro Júnior: “O direito subjetivo, que o particular tem contra o Estado e que se exercita através da ação, não se vincula ao direito material da parte, pois não

pressupõe que aquele que o maneje venha a ganhar a causa”. Note-se que se trata de direitos independentes. Nesse sentido, entendemos que o parágrafo 2º, do art. 142, da Carta Magna ao mencionar o não-cabimento do referido remédio constitucional em relação às punições disciplinares, refere-se obviamente à ordem de *habeas corpus* (ao seu mérito), e não ao direito subjetivo do paciente de obter uma resposta do Estado-Juiz (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional art. 5º, XXXV, CF)

De forma clara, a Constituição Federal de 1988 vetou o cabimento do *habeas corpus* às punições disciplinares. Vejamos:

“Art. 142, § 2º - Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

De rápida análise, conclui-se que há impeditivo constitucional no que tange a concessão de *habeas corpus* às punições disciplinares. Apesar disso, não podemos esquecer que o direito é uma ciência complexa e a interpretação da lei, por diversas vezes, pede uma elaboração mental mais apurada a fim de se chegar à verdadeira amplitude da norma legal, alcançando-se, desta forma, à vontade do legislador ao elaborar o texto normativo.

Assim acontece com o § 2º do artigo 142 da nossa Carta Magna. Como bem diz o professor Eliezer: “felizmente, contudo, a presente vedação, não tem a extensão que pretendem lhe dar os administradores e juristas do terror”<sup>26</sup>. Para atingir seu real significado se faz necessária uma análise sistêmica da norma constitucional.

A Constituição de 1967 já cuidava deste tema. Com a emenda nº 1 de 1969, foi restringido o direito ao *habeas corpus* aos militares. Vejamos como o tema era tratado na época *in verbis*:

“CF 1969, emenda nº 1 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não caberá *habeas corpus*”.

---

<sup>26</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, Sp: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 191.

É de se reparar que na Constituição da época o impeditivo constitucional acompanhava o próprio instituto do *habeas corpus*, formando um entendimento praticamente unânime quanto ao não-cabimento do remédio às punições disciplinares em acordo ao regulamento disciplinar.

Todavia, a Constituição cidadã inovou ao tratar do tema. O *habeas corpus* recebeu redação diferente ao ser assim disciplinado, *in verbis*:

“Art. 5º, LXVIII - Conceder-se-á *hábeas corpus* sempre que alguém sofre ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Como se pode perceber, o legislador constituinte não mais impôs a restrição da concessão do instituto aos militares no mesmo texto que estabelece a garantia constitucional do *habeas corpus*. Na atual Constituição, a restrição à aplicação do remédio jurídico em tela às punições disciplinares militares permaneceu, porém sem status de cláusula pétrea, já que é estabelecida no título “DA DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS” e não no título “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”. Assim, ficou parcialmente abolida a vedação da possibilidade de concessão do *habeas corpus* às punições disciplinares militares. Isto se explica pois, se a intenção do legislador fosse impor vedação total, teria mantido a restrição no bojo do próprio instituto. Além do mais, não se admite a restrição de um direito constitucional pétreo se a restrição não tiver o mesmo status constitucional. Conforme afirma Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, especialista em Direito Administrativo, “a liberdade é um direito do cidadão que é assegurado a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. Negar ao militar esse direito fundamental que pode ser amparado por” *habeas corpus* “significa negar vigência ao art. 5º da CF”.<sup>27</sup>

A restrição imposta à aplicabilidade do *habeas corpus* às punições disciplinares não é incondicional. Neste diapasão, devem ser analisadas as alegações do paciente, verificando qual é o seu questionamento.

---

<sup>27</sup> RODRIGUES ROSA, Paulo Tadeu. *Inconstitucionalidade do art. 142, § 2º, da CF*. Disponível: site <http://www.serrano.neves.nom.br> Acesso em Set/Out/Nov 2004.

Caberá a sua impetração sempre que a autoridade que decidir o processo de punição disciplinar militar não for competente para tal, não houver previsão legal para a punição ou não for conferido ao acusado o exercício do direito de defesa. Completamos este pensamento com as palavras do professor Antônio Pereira Duarte: “Quando houver por parte do aplicador da sanção disciplinar descumprimento à lei ou abuso, não pode pairar dúvidas quanto à legitimidade do emprego do remédio heróico”.<sup>28</sup>

Não obstante o artigo 142, § 2º da nossa Carta Magna, o próprio CPPM (Código de Processo Penal Militar) viabiliza a aplicação do instituto, dando, por conseguinte, maior fundamentação para a flexibilização do impeditivo Constitucional. Vejamos o CPPM, *in verbis*:

“Art. 466 Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Parágrafo único Excetua-se, todavia, os casos em que a ameaça ou a coação resultar:

- a) de punição aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas”.

Em análise apurada, verificamos que o legislador “excetua” a aplicação do instituto somente quando a punição estiver de “acordo” com os Regulamentos Disciplinares da Forças Armadas. Assim, através de interpretação inversa, pode-se concluir que não se excetua o *habeas corpus* quando a punição estiver em desacordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas. E é claro, se o desacordo com normas administrativas já da sustentação para a sua impetração, não se pode afastar a sua propositura quando o desacordo for com norma maior, como a norma constitucional, por exemplo.

Não obstante toda a análise sistemática já feita, reproduziremos um trecho da Convenção Americana de Direitos Humanos, norma interna de Direito Constitucional por se tratar de direitos e garantias fundamentais asseguradas a todo cidadão das Américas, que assim estabelece:

---

<sup>28</sup> DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 53.

“Art. 7º, nº 06 Toda pessoa privada de 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 sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”.

Reforçando este entendimento o professor Eliezer diz que:

“A restrição da liberdade de ir e vir consistente na prisão administrativa disciplinar é providência adequada ao conscrito, aos momentos de guerra ou convulsão interna, jamais medida adequada para o militar profissional, no mais das vezes o chefe de família, cidadão socialmente adaptado; sobretudo nos períodos de paz e na nova ordem constitucional”.<sup>29</sup>

Ao contrário do que se possa pensar, não estará o poder judiciário a interferir nas questões administrativas da caserna ao conceder o *habeas corpus* às punições disciplinares aplicadas aos militares; mas tão-somente controlando a legalidade dos atos do administrador público no exercício de suas funções. Assim sendo, o magistrado deve acatar a impetração do *habeas corpus*, analisá-lo, sob o prisma da legalidade, tanto na formação do ato administrativo, bem como nas garantias individuais. Deve, assim, julgar: a feitura do ato administrativo obedeceu à competência, à finalidade, o motivo? Houve a devida motivação? Foi assegurado ao militar, o devido processo legal? Foi oportunizada a mais ampla defesa, com seus meios? Foi-lhe assegurado o contraditório, e aí se inclua, foi assistido por um advogado ou defensor público, já que não há contraditório sem estes profissionais? Houve motivos determinantes? Se um ou mais, desses pressupostos não foi atendido, segundo o art. 4º, d) da lei 4.898/65, é dever de ofício do juiz, na liminar, mandar relaxar a restrição de liberdade, deixando para, ao final julgar da ilegalidade do ato administrativo e assim não procedendo caberá a impetração do instituto para livrar o paciente militar da punição disciplinar por transgressão.

O que é vedado aos juizes e tribunais, até mesmo como natural decorrência do principio da Separação dos Poderes, é a apreciação da conveniência, da

---

<sup>29</sup> MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade*. Leme, Sp: Editora de Direito Ltda, 1996, p. 193.

utilidade, da oportunidade e da necessidade da punição disciplinar. Isso não significa, porém, a impossibilidade de o judiciário verificar, se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão-só, o exame do mérito da decisão administrativa, já que mérito trata-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da administração pública.

Corroborando, é bom trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça(STJ), hierarquicamente superior aos juizes e tribunais, tanto estaduais, quanto federais, professado no recurso em *habeas corpus* 1999/0066031-5, verbis:

“RECURSO EM HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. JULGAMENTO. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR”.

A proibição inserta no art. 142, parágrafo 2º, da Constituição Federal, relativa ao incabimento de *habeas corpus* contra punições disciplinares militares, é limitada ao exame de mérito, não alcançando o exame formal do ato administrativo-disciplinar, tido como abusivo, e por força de natureza, próprio da competência da Justiça Castrense.”

Consubstanciando este entendimento, diz o professor Antônio Pereira Duarte que “se o ato punitivo militar é editado com observância dos pressupostos legais, estando reunidos os elementos que dão validade ao referido ato, é obvio não caber *habeas corpus*.”<sup>30</sup>

Jorge César de Assis, Promotor da Justiça Militar da União, entende que ao Poder Judiciário cabe tão-somente “apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade dos atos dos poderes públicos e não a justiça ou a injustiça da punição imposta disciplinarmente.”<sup>31</sup> Não coadunamos na inteireza deste pensamento, pois a “justiça” do ato administrativo punitivo está intimamente ligada à legalidade do ato. O detentor do poder punitivo que aplica a sanção não possui margem de liberdade para escolher qual a punição a ser imposta. Deve este se limitar ao “quantum” estabelecido no regulamento. Neste ato, o aplicador da sanção terá tanta liberdade quanto o preso no xadrez!

---

<sup>30</sup> DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 53.

<sup>31</sup> ASSIS, Jorge César de. Promotor da Justiça Militar União. *Habeas corpus nas transgressões disciplinares militares*. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**. Ano IV – número 23 – maio/junho de 2000. AMAJME. Santa Catarina, p. 14-15. 38p.

O posicionamento favorável à concessão de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares já está se consolidando na doutrina, sendo vários os doutrinadores que assim entendem e não menos frutífera no campo da jurisprudência. Paulo Tadeu Rodrigues Rosa entende que “o militar preso sob a acusação de ter praticado uma transgressão disciplinar ou contravenção militar poderá caso esta seja abusiva interpor *habeas corpus* na forma do art. 5º, inciso LXVIII, da CF.”<sup>32</sup>

A revista jurídica “Direito Militar” aborda com certa freqüência tal tema. Neste trecho retirado de um artigo publicado recentemente, podemos observar o entendimento que a “proibição não é absoluta, devendo ser admitido o pedido quando se alegar a incompetência da autoridade, falta de previsão legal para a punição ou excesso de prazo para duração de medida restritiva de liberdade.”<sup>33</sup>

Consolidando este entendimento, trazemos parte de um despacho judicial em que a Juíza Carmem Lúcia Monteiro Faria, citada por Achibaldo Nunes dos Santos, sentenciou pela concessão de *habeas corpus* ao paciente militar. Nele, aponta a juíza que:

“O ato administrativo praticado pela autoridade coatora é nulo e conseqüentemente ilegal a prisão do paciente, de vez que não tem o direito de impor ao subordinado gravames e sanções que o atinjam direta ou indiretamente, sem ouvi-lo adequadamente, preservando o direito de defesa do paciente.”<sup>34</sup>

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, decidiu que:

---

<sup>32</sup> RODRIGUES ROSA, Paulo Tadeu. *Inconstitucionalidade do art. 142, § 2º, da CF*. Disponível: site <http://www.serrano.neves.nom.br> Acesso em Set/Out 2004.

<sup>33</sup> VERAS, Frederico Magno de Melo. Juiz auditor substituto da 1ª CJM. *Habeas corpus e punições disciplinares*. **Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**. Ano II – número 15 – Janeiro/fevereiro de 1999. **AMAJME**. Santa Catarina, p. 6-7. 38p.

<sup>34</sup> SANTOS, Achibaldo Nunes dos. *O Exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 31.

“não cabe *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares: mas compete ao judiciário, sem apreciar a justiça ou a injustiça da punição, apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade do ato, especialmente quando implique restrição à liberdade individual, quando se apreciará nos limites da jurisdição penal militar” (em acórdão nº 10.089)<sup>35</sup>

Assim, resta evidente a possibilidade da concessão da ordem de “*habeas corpus*” contra punições disciplinares militares, quando o ato estiver eivado de ilegalidade ou inconstitucionalidade, observando-se os graus da jurisdição militar estadual.

Em nada difere o *habeas corpus* concedido pela autoridade judiciária em relação às punições disciplinares militares e os demais concedidos aos cidadãos que não têm a farda como uniforme de trabalho. Assim, vale dizer que todas as peculiaridades atinentes ao instituto, como a informalidade, a possibilidade de interposição por terceiros e a desnecessidade de impetração por advogado, também têm efetividade quando concedido aos militares.

Conforme entende o professor Antônio Pereira Duarte, em última análise, se não se admitir o cabimento do *habeas corpus* contra punição disciplinar militar eivada de ilegalidade ainda resta ao agredido a oposição de outro remédio jurídico contra o ato ilegal proferido pela administração pública, qual seja, o Mandado de Segurança. Assim, a inadmissibilidade de interposição do *hábeas corpus* não impossibilita a impetração do mandado de segurança, objeto de nosso estudo mais a diante.

Apropriadas são as palavras de Achibaldo Nunes dos Santos para terminar esta parte tão importante de nosso trabalho ao dizer que:

---

<sup>35</sup> ASSIS, Jorge César de. Promotor da Justiça Militar União. *Habeas corpus nas transgressões disciplinares militares*. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*. Ano IV – número 23 – maio/junho de 2000. AMAJME. Santa Catarina, p. 14-15. 38p.

“Em se concedendo *habeas corpus*, à semelhança do mandado de segurança, em nada desbastaria a autoridade militar nem contribuiria para a desobediência hierárquica generalizada, como receiam algumas mentalidades barrocas, até mesmo pelos casos isolados a ensejar tal medida.”<sup>36</sup>

Muito pelo contrário! O que teríamos seria uma corporação mais pacificada não só pelos seus comandantes que deixariam de cometer toda sorte de abusos e ilegalidades pelo temor da atuação do Poder Judiciário, mas também pelos seus subordinados que sentiriam maior tranqüilidade e paz de espírito para trabalhar ao saber que, como todo cidadão civil, estão sobre o manto protetor da lei e da justiça.

---

<sup>36</sup> SANTOS, Achibaldo Nunes dos. *O Exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997, p. 82

## 8 CONCLUSÃO

É de conhecimento de todos que a hierarquia e a disciplina são os pilares básicos das Instituições Militares. A manutenção destes verdadeiros princípios castrenses deve ser garantida não só pela sua nobreza, mas também pela importância que assumem nas organizações militares. Contudo, as questões disciplinares militares não podem ser resolvidas somente com base nestes princípios, pois antes deles é necessário que se observe outros princípios que são basilares do Estado Democrático de Direito: o princípio da presunção de inocência e o da ampla defesa e do contraditório, por exemplo.

Visto que o ato punitivo militar, por ser ato da administração pública, deve conter as formalidades necessárias para sua constituição, o ato deve ser motivado para propiciar a valoração sobre a sua concordância no caso em concreto com os princípios da administração.

Assim como acontece no processo-crime, deve ser garantido ao acusado em processo administrativo disciplinar, inclusive ao militar, pela aplicação do princípio da simetria processual, o direito fundamental de apresentar em sua defesa a versão que mais lhe favoreça ou de permanecer em silêncio sem que isso pese contra sua presunção de inocência, sob pena de lhe negar a própria ampla defesa.

O profissional militar não é um cidadão de segunda classe. A ele também é devido, como a todos os outros cidadãos brasileiros, os direitos e garantias constitucionais, tais como: a ampla defesa e o contraditório, a aplicação do princípio da inocência e o princípio da imparcialidade do julgador.

A liberdade de locomoção é um direito básico, natural do ser humano, não só por ser previsto no art. 5º, das garantias fundamentais, mas também por ser a partir da liberdade que podem ser concretizados os demais direitos essenciais. Somente com a liberdade que podem ser concretizados os demais direitos essenciais. Somente a Constituição Federal pode estabelecer restrições a estes direitos, devendo vir claramente expressas e interpretadas de forma restritiva, sempre a possibilitar o máximo aproveitamento por parte do cidadão detentor do bem jurídico.

Os problemas não estão nas instituições, dignas e merecedoras de todo o nosso respeito, mas sim em mentalidades arcaicas existentes dentro das

Instituições Militares formadas à época da ditadura militar, na qual o direito do cidadão era só um: não ter direito nenhum!

Em uma interpretação restritiva do artigo 5º, LIV CF, verifica-se que o processo administrativo é o único meio que irá solucionar esta dúvida, bem como satisfazer a interpretação gramatical.

O devido processo legal deve ser rigorosamente observado. Os procedimentos adotados no meio militar, este por demais sumário, não cumpre o disposto na Constituição Federal. Não cabe a alegação de que se deve apurar a existência ou inexistência de prejuízo para o acusado em virtude de utilizar-se meio mais célere que o processo administrativo. A previsão constitucional não permite esta interpretação extensiva, pois, presume a existência de prejuízo, gerando a desconstituição do procedimento apuratório - punitivo e dos efeitos gerados.

É fundamental que o acusado tenha ciência de que lhe é permitido constituir advogado para fazer a sua defesa técnica, não sendo obrigatória a sua atuação no contencioso administrativo, como é no judicial, porém, a escolha de utilizar ou não este profissional deve ser oportunizada ao acusado. O fato de estar expresso em legislação que o acusado deve escrever a sua defesa de próprio punho, induz que lhe está sendo vedada oportunidade de constituir advogado, o que por si só é um vício a restringir a sua defesa, em colisão com a Constituição Federal

É obrigatória, prova suficiente para a condenação, desde testemunhas até perícia, não sendo admissível ficar-se ao arbítrio da outra parte acusadora, no caso de inexistência de outros meios a consubstanciar a denúncia. Somente no caso em concreto, em função das circunstâncias muito especiais do delito e para preservação da disciplina, poder-se-á basear tão-somente nas afirmações do acusador. Portanto, esta deverá ser apenas exceção à regra da suficiência de provas.

A isonomia entre as partes, corolário do devido processo legal, deve ser efetivada entre elas, assim como a independência da autoridade competente, para que julgue com imparcialidade e coerência, não se sentindo coagida pelo grau hierárquico do acusador. Para que isto se torne palpável, a autoridade competente para apurar e punir deve ter o mesmo ou superior grau hierárquico em relação as duas partes, tanto acusado quanto acusador.

Em virtude disso, pode-se entender que todas as punições administrativas que restrinjam a liberdade de locomoção, sem uma motivação expressa e exaustiva, nos termos da legislação militar, são ilegais, por falta de fundamentação no ordenamento jurídico. Quanto aos, agentes civis, não há amparo legal para restrição de liberdade por punições administrativas.

Por fim conclui-se pela possibilidade de aplicação do instituto do hábeas corpus no caso de sanção disciplinar militar para desconstituir restrição ao direito de liberdade individual, em decorrência de o ato punitivo estar viciado em sua forma.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge César de. Promotor da Justiça Militar União. **Hábeas corpus nas transgressões disciplinares militares**. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais. Ano IV – número 23 – maio/junho de 2000. AMAJME. Santa Catarina, p. 14-15, 38p.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: PARMA, 358p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional** – 17. ed., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1996, 435p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** – 11. edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Madalheiros Editores, 2001, 797p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almeida, 2000, 1461p.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo** – 18ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 15. Ed. – São Paulo: Atlas, 2003, 727p.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 453p.

MARREIROS, Adriano Alves. Promotor da Justiça Militar Federal. **Transgressão disciplinar: pode o militar mentir nas razões de defesa?** Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais. Ano VI – número 31 – setembro/outubro de 2001. Santa Catarina. AMAJME, p. 12-15. 38p.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar e Militar e sua processualidade**. Leme, SP: Editora de Direito Ltda, 1996, 513p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996, 734p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2000, 453p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 2. ed. – São Paulo: 1997, 633p.

SANTOS, Achibaldo Nunes dos. **O exército brasileiro perante os direitos e garantias constitucionais no Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda., 1997. Monografia de Graduação.

SENA, Davis Ribeiro de. **Exército brasileiro: ontem, hoje, sempre**. EGGCF, 2000, 230 p.

VERAS, Frederico Magno de Melo. Juiz auditor substituto da 1ª CJM. **Habeas corpus e punições disciplinares**. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais. Ano II – número 15 – janeiro/fevereiro de 1999. Santa Catarina. AMAJME, p. 6-7. 38p.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**: coletânea de legislação administrativa/organizadora Odete Medauar; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Gisele de Mello Braga Tapai. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003 – (RT – minicódigos)

BRASIL, **DECRETO Nº 4.346 DE 26 DE AGOSTO DE 2002**. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Nº 6.880 de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o **Estatuto dos Militares**.

## INTERNET/SITES

DA PAIXÃO, Ana Clara Victor. **DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR** (Apontamentos para a observância do devido processo legal no âmbito administrativo disciplinar). Disponível: site <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011601/4a024.htm>. Acesso em Set/Out. 2004.

DIAS ROSA, Dênerson. **Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar**. Disponível: site <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dtrib0026.htm>. Acesso em Set/Out 2004.

RODRIGUES ROSA, Paulo Tadeu. **Aplicação do princípio da inocência no processo administrativo militar**. Disponível: site <http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/011601/4a005.htm>. Acesso em Set/Out/Nov 2004.

\_\_\_\_\_. **Inconstitucionalidade do art. 142, § 2º, da CF.** Disponível:  
site <http://www.serrano.neves.nom.br>. Acesso em Set/Out 2004.