

A AMPLA DEFESA NO DIREITO DISCIPLINAR NO EXÉRCITO

João Rodrigues Arruda, 1.º Ten EB

*"Artigo transcrito da Revista A Defesa Nacional nº 719
— Mai/Jun-85, conforme autorização expressa"*

1. INTRODUÇÃO

A abordagem de qualquer tema que diga de perto com a vida na caserna envolve, em princípio, um certo grau de dificuldade em razão das próprias e necessárias reservas com que são tratados os assuntos vividos além do "Portão das Armas".

Tais dificuldades são encontradas não apenas quando se trata das questões especializadas, ligadas à atividade-fim das Forças Armadas. Mesmo a rotina administrativa, as funções de apoio, enfim a Administração Militar em si, não foge àquela marca de discricção que guardam, tanto o comportamento dos militares individualmente como em grupo.

De maior complexidade é ainda o enfoque das questões ligadas às duas vigas mestras da Instituição Militar: *a hierarquia* e *a disciplina*.

Esses dois elementos de sustentação da estrutura militar, quando atingidos, por menor que seja o ferimento causado, provocam o desencadeamento de todo um mecanismo de autodefesa, que se consubstancia no Poder Disciplinar.

O reconhecimento da necessidade dessa pronta resposta da repressão dos atos ofensivos ao binômio hierarquia-disciplina é unânime. A tal ponto que as relações internas nas corporações militares não têm merecido a atenção dos administrativistas. Enquanto as luzes são abundantes sobre as questões de direito disciplinar na esfera do funcionalismo civil, o servidor fardado continua esquecido dos estudiosos como se não pertencesse ao mesmo ordenamento jurídico, em sentido amplo. Alguns, menos atentos, pretendem mesmo que as peculiaridades da vida castrense se constituam em incompatibilidade com o mundo jurídico.

Por todas essas considerações, torna-se desnecessária qualquer explicação sobre a impossibilidade de um estudo orientado para as questões disciplinares militares, sem que se limite ao plano teórico.

A preocupação deste trabalho, portanto, é estudar, no plano teórico e no âmbito do direito disciplinar do Exército, o instituto constitucional da ampla defesa, que pode ser entendido como o de maior importância nas relações entre superior e subordinado, na hipótese de atuação do poder punitivo.

Trata-se, assim, de demonstrar que os militares, mesmo sujeitos a um regime disciplinar próprio e de maior rigidez, também estão sob o pálido dessa garantia constitucional. O trabalho foi desenvolvido a partir dos conceitos sobre hierarquia e disciplina, abordando-se o discutido binômio sob a ótica dos Exércitos de diversos países, além, evidentemente, do próprio Exército Brasileiro.

As violações da disciplina em suas diferentes formas, mais notadamente a sistemática adotada no Regulamento Disciplinar do Exército, também mereceram atenções. “En passant” foi tratado o problema do controle dos atos administrativos de caráter punitivo, através dos chamados remédios constitucionais, como ponto de partida para o estudo da ampla defesa no direito administrativo e, especificamente, no direito disciplinar militar.

Finalmente, foi feita a identificação do desenvolvimento do § 4.º do Art. 10 do RDE, desde o regulamento vigente ao tempo do império, até os dias atuais. A consciência de que o tema não foi esgotado nos anima, na medida em que alimentamos a esperança de que dúvidas possam surgir a partir de alguns pontos que foram levantados, provocando novas pesquisas sobre a matéria.

2. HIERARQUIA E DISCIPLINA

HIERARQUIA e DISCIPLINA se constituem nos dois pilares em que se apoiam as instituições militares. Não há que falar em Força Armada sem esses dois elementos basilares.

A palavra hierarquia nos vem do grego *ierarkia*, de *ieros* — sagrado e *arkhia* — governo, designando, sob o aspecto religioso, a autoridade suprema do grande sacerdote. Em sentido amplo, podemos afirmar que hierarquia representa o poder maior ou a autoridade proeminente.¹

No sentido militar,

“é ordem disciplinar que se estabelece no Exército, decorrente da subordinação e obediência em que se encontram aqueles que ocupam postos ou posições inferiores em relação aos de categoria mais elevada”²

constituindo-se em

“princípio fundamental à vida da instituição”.³

Nos termos do § 1.º Art. 14 da Lei n.º 6.880, de 9 Dez 80.⁴

“a hierarquia militar é a ordenação da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas”.

Tal dispositivo se inspira no texto constitucional referente às Forças Armadas, constante do Art. 90 da Constituição Federal, onde se lê:

“As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na *hierarquia* e na *disciplina*, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.” (grifei)

Institucionalmente vinculada à hierarquia, como condição necessária ao perfeito funcionamento da organização militar temos a *disciplina*,

De origem puramente latina, a palavra *disciplina* designa

“a *regra* ou *conjunto de regras*, impostas nas diversas instituições ou corporações como normas de conduta das pessoas que a elas pertencem”,⁵ mantendo-as submissas a essas regras.

Tal entendimento, no entanto, pode ser considerado e o é, por alguns autores, muito restrito, sem definir realmente a *disciplina*.

D. José Almirante, em seu Dicionário Militar, após dedicar treze páginas, apenas ao verbete *disciplina*, pergunta:

Será que la *disciplina* no es definible,

E ele mesmo conclui que não deve se aventurar a uma definição “este poder invisible, este virus impalpable, que así crea y vigoriza ejércitos como los enferma y mata con su ausencia.”⁶

A quem interessa mais a manutenção da disciplina?

A instituição, evidentemente, é de todo imprescindível:

“O moral elevado e a disciplina andam de mãos dadas”⁷ e um Exército onde o moral titubeia está fadado à derrota.

“En todos los tiempos, em todos los pueblos, desde Roma y Bizancio, en el momento en que la *disciplina* se relajó, el *ejército* y la nación que lo nutre están heridos de muerte: al paso que por más desdichas, por más derrotas, por más desastres que ambos sufran, no hay que desesperar de la salvacion y de la victoria si la *disciplina* queda in pié.”⁸

O próprio D. José Almirante nos apresenta outro enfoque, ao admitir que:

“la *conservacion* de la *disciplina* interesa quizá más al *soldado*, individualmente considerado, por sua comodidad particular, que al Estado mismo por mucho que gane com ella.”⁹

A exata observância da disciplina, segundo o autor espanhol, dá ao soldado a certeza de que todos cumprindo seus deveres, a justiça e a imparcialidade se farão sentir com todo seu vigor,

“del mismo modo que a nadie se le excusam sus deberes, no se priva tampoco à nunguno de sus *derechos*.”¹⁰

Não são portanto incompatíveis os dois binômios *hierarquia* e *disciplina*.

e *Justiça e Direito*, conforme inclusive se depreende das palavras do então Comandante do 1.º Exército, General Heitor Luís Gomes de Almeida hoje, ministro da mais Alta Corte de Justiça Castrense do país, ao abrir o VII Ciclo de Estudos sobre Direito Penal Militar:

“O Exército é uma organização permanente baseada na hierarquia e na disciplina, porém, mesmo assim, a Justiça e o Direito devem imperar em nossa organização, porque em caso contrário seria o império do arbítrio que fatalmente nos levaria à dissolução.”

Muito já se escreveu sobre a disciplina desde Homero que, no seu consagrado poema retratando a imagem da alma grega, se referia ao silêncio e à imobilidade em forma como sinal de obediência e respeito.¹¹ Autores há, no entanto, que não atentam para a disparidade entre os tempos das legiões romanas, admiradas por sua imortal disciplina e os exércitos da era moderna.

No decorrer dos séculos, a antiga disciplina foi perdendo seu significado de ciência e arte da guerra para se restringir, em inúmeros casos, à idéia de repressão arbitrária, às vezes brutal, até mesmo por pequenas faltas, conformando-se finalmente à acepção puramente penal.¹²

“A finalidade da disciplina, que na grande civilização grega era a ordem da sociedade da razão, passou a ser, na civilização moderna, a força capaz de esmagar o homem para enquadrá-lo na massa.”¹³

Pelos diferentes modos como foi e vem sendo conceituada através dos tempos,

“esta palabra, capital en la milicia, siempre ha requerido larga y deleida definicion; porque si bien se mira, envuelve ideas muy complejas, al parecer contradictorias ó incompatibles, y sin embargo simultáneas y correlativas de *deberes* y *derechos*, de estímulo y desaliento, de ímpetu y repressión, de elevación y humildad, de orgullo y modestia, de *premio* y *castigo*.”¹⁴

Assim, consideradas a distância histórica e as peculiaridades de cada época, uma definição atual de disciplina não pode ficar presa aos conceitos que informavam as legiões gregas e romanas. Essa cautela, também, deve estar presente mesmo em se tratando de exércitos contemporâneos desde que distantes em termos de concepção ideológica, ou ainda, em diferentes momentos históricos.

Exemplo melhor dessa assertiva temos nas transformações profundas introduzidas no exército soviético, em curtíssimo espaço de tempo. Logo após a conquista do poder, em 1917, os soviéticos, procurando estruturar o exército socialista a partir das bases e pelo princípio da

“disciplina e respeito mútuos entre os camaradas”,¹⁵ aboliram os postos militares e os títulos. Menos de um ano depois

“o idealismo visionário cedeu lugar ao realismo”¹⁶

e foi restabelecida a disciplina nos moldes tradicionais, já agora com maior rigor, a ponto de Leon Trotsky afirmar:

“é preciso implantar a disciplina no Exército Vermelho a qualquer preço”.¹⁷

E o preço, evidentemente, foi bem alto, pois até um sistema de reféns passou a ser adotado.

“De acordo com as explicações do próprio Trotsky, se um oficial traísse o Exército Vermelho, sua família sofreria as conseqüências. Para dar substância à ameaça, foi expedida uma ordem mandando prender imediatamente as famílias dos desertores e traidores.”¹⁸

Era o fim do *auto governo entre as tropas*, implantado durante o Governo Provisório de Kerensky e que viria a ser substituído pela disciplina baseada na *consciência de classe*, cujos conceitos foram incorporados nos códigos disciplinares soviéticos de 1919 e 1925.¹⁹

Hoje, em sua parte introdutória, o Código Disciplinar das Forças Armadas da União Soviética, diz:

“A disciplina militar é baseada numa alta consciência política e na educação comunista, na profunda compreensão que o soldado tem do seu dever patriótico, nos objetivos do nosso povo, e na altruísta devoção à Pátria Socialista, ao Partido Comunista e ao Governo Soviético.”²⁰

A chamada Revolução dos Cravos, em Portugal, ao final da década de 70, também provocou mudanças estruturais no sistema disciplinar das Forças Armadas portuguesas, cabendo destaque para o conceito de *disciplina*. A disciplina militar, nos termos do Art. 1.º do Regulamento Disciplinar de 2 de maio de 1913, era

“... o laço moral que liga entre si os diversos graus de hierarquia militar, nasce da dedicação pelo dever e consiste na estrita e pontual observância das leis e regulamentos militares.”

Em 10 de abril de 1977, já sob a inspiração do movimento militar, o Conselho da Revolução, sob a presidência de Antônio Ramalho Eanes, com o Dec.-Lei n.º 142, instituiu o novo Regulamento Disciplinar Militar,

“para ter execução em todas as forças armadas”,

com o conceito de disciplina não mais vinculado expressamente ao aspecto moral mas ainda com relevância para a obediência. A disciplina militar, segundo o novo diploma, em seu artigo 1.º,

“... consiste na exata observância das leis e regulamentos militares e das determinações que de umas e outros derivam; resulta, essencialmente, de um estado de espírito, baseado no civismo e patriotismo, que conduz voluntariamente ao cumprimento individual ou em grupo da missão que cabe às forças armadas.”

De sua parte, o atual diploma disciplinar das Forças Armadas francesas nos oferece um ângulo diverso quando dispõe que a disciplina militar

“fondée sur le principe d’obéissance aux ordres. Cette discipline repose sur l’adhésion consciente du citoyen servant sous les drapeaux et le respect de sa dignité et de ses droits.”²¹

L’adhésion consciente de que trata o regulamento francês encontra paralelo na idéia de autodisciplina defendido pelo Major Heinz Karst para o exército alemão do pós-guerra, quando afirma que

“A disciplina militar nas forças armadas alemãs precisa basear-se no consentimento interior do soldado...”²²

O Major Karst foi levado a defender essa idéia por entender que

“A condescendência voluntária, a autodisciplina e a obediência na consciência da responsabilidade não podem ser impostas a um homem nem ser conseguidas pela punição.”²³

Posição semelhante defende o Tenente-Coronel G.O.N. Thompson, em artigo publicado em “The Royal Engineers Journal” (Grã-Bretanha), em setembro de 1947, ao tratar do que chamou uma “Teoria de um Código Disciplinar Ideal.”

“A punição é o último recurso em qualquer código disciplinar e só deve ser usada quando todos os outros processos tenham falhado”... “estareis no limite de vossa autoridade, se necessitardes da punição para obter resultados.”²⁴

Para nosso estudo, no entanto, nos basta o enfoque consagrado pelo Estatuto dos Militares do Exército Brasileiro,²⁵ em seu Art. 14, § 2.º, *in verbis*:

“Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.”

O dispositivo estatutário, como se vê, abrange todos os componentes do organismo militar, do soldado ao general, valendo destacar que não só a autoridade, mas também a responsabilidade cresce com o grau hierárquico.

A doutrina militar brasileira, também, não se manteve alheia à chamada *disciplina consciente*, ao considerar como uma das manifestações essenciais da disciplina

“a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência da instituição.”²⁶

Anteriormente, o Dec. n.º 1.899, de 19 Ago 37, em seu Art. 2.º, parágrafo único, dava maior destaque à autodisciplina como manifestação da perfeita disciplina:

“É preciso, entretanto, ter sempre presente que a disciplina não consiste, apenas, em seus sinais exteriores, que somente têm valor como expressão dos sentimentos de quem os pratica. Ela só é real e proveitosa quando inspirada pelo sentimento do dever, produzida por cooperação espontânea e não pelo receio dos castigos.”

3. TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES

De modus in rebus, a disciplina se traduz na obediência por parte dos subordinados às ordens dos superiores, comportando-se assim dentro da esfera do *dever de obedecer* e do *direito de mandar*.²⁷

Essa relação de subordinação não atinge à dignidade daquele que está colocado em degrau inferior da escala hierárquica, conforme consagra a frase que diariamente é vista por todos os cadetes — futuros oficiais — no pátio principal de formatura da Academia Militar das Agulhas Negras. Em 1937, o vigente Regulamento Disciplinar do Exército,²⁸ já ostentava em seu artigo 1.º o mesmo princípio:

“Aspectos que são do mesmo dever militar, tão nobre é obedecer quanto comandar.”

Por outro lado, quando se afirma ser a disciplina “a perfeita compreensão e a exata execução do dever”²⁹

não podemos fugir à indagação do que vem a ser o pólo oposto a esse comportamento.

A indisciplina, ou seja, a negação da disciplina, consiste, portanto, no descumprimento dos deveres. É, no dizer do mestre Cretella, “a violação, pelo funcionário, de qualquer dever próprio de sua condição, embora não esteja especialmente prevista ou definida.”³⁰

Configurada a hipótese, estaremos então diante do *ilícito disciplinar*, também chamado *infração disciplinar*, *falta disciplinar*, ou ainda, *transgressão* ou *contravenção disciplinar*.³¹

O Regulamento Disciplinar para a Marinha recentemente editado, acompanhando a tradição da Armada adota o termo *contravenção disciplinar*.³²

Contudo, a palavra *contravenção* nos transporta mais rapidamente para a área criminal, pelo uso já bastante disseminado em função da Lei das Contravenções Penais. Aqui, portanto, será empregada a expressão *transgressão disciplinar*, inclusive por estar tradicionalmente consagrada nos regulamentos disciplinares do Exército.

Segundo entendimento consagrado por administrativistas renomados, “a infração disciplinar é atípica, por via de regra, bastando que o fato caiba na definição genérica da violação dos deveres funcionais.”³³

A infração penal, por outro lado, é típica e essa tipicidade consiste em que o comportamento esteja previamente definido em lei. Assim, a transgressão disciplinar, graças a sua natureza atípica, comportando grande margem de discricionariedade, ou seja, a faculdade que tem o administrador

de decidir sobre a *oportunidade e conveniência* do ato de que se cogita, se apresenta de difícil conceituação do ponto de vista formal. Sua maior ou menor dificuldade de identificação direta varia tão somente em função do dispositivo legal que seja aplicado.

Até o ano de 1977, os regulamentos disciplinares do Exército conceituavam as transgressões como sendo “toda violação do dever militar, na sua manifestação elementar e simples.”³⁴

O caráter genérico era confirmado no parágrafo único do Art. 12 e no artigo seguinte. Segundo aqueles dispositivos, seriam considerados como transgressões “todas as ações ou omissões contrárias à disciplina militar, especificadas no presente capítulo;”³⁵ enquanto no Art. 13, ao longo de 128 (cento e vinte e oito) itens estavam as diferentes hipóteses de conduta transgressional.

Mas a transgressão disciplinar, como foi dito acima, é atípica. Logo, não apenas o comportamento especificamente definido é passível de punição. Assim, na letra *b* do parágrafo único do Art. 12, o legislador cuidou de cobrir as possíveis lacunas, acrescentando que também seriam transgressões, “todas as ações ou omissões não especificadas neste Regulamento, nem qualificadas como crime nas leis penais militares, praticadas contra a Bandeira, o Hino, o escudo e as armas nacionais, símbolos patrióticos e instituições nacionais; contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decore da classe; contra os preceitos sociais e as normas da moral; contra os preceitos de subordinação, regras e ordens de serviço estabelecidas nas leis ou regulamentos, ou prescritas por autoridades competentes.”

Tal dispositivo ficou conhecido como “os casos omissos do treze”, uma referência aos 128 itens do Art. 13 e ao fato de que não carecia de maior esforço *enquadrar* o subordinado por qualquer ato, dado o aspecto essencialmente subjetivo da norma e o poder discricionário ao alcance da autoridade.

Com o Decreto n.º 79.985, de 18 Jul 77, o novo Regulamento Disciplinar do Exército manteve praticamente os mesmos termos dos artigos que tratavam das transgressões disciplinares, ampliando o conceito em seu Art. 12. A partir de então, transgressão disciplinar não é apenas a violação do dever militar,³⁶ mas também “qualquer violação dos preceitos da ética, dos deveres e das obrigações militares.”³⁷

Convém destacar que foi sempre mantida a distinção entre as transgressões disciplinares e os crimes militares pois ainda que ambos se constituam um violação do dever militar, os segundos consistem “na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações, mas na sua expressão complexa e acentuadamente anormal.”³⁸

Bem tênue, como se observa, a linha que separa as transgressões dos crimes militares, justificando-se assim a afirmação de que “os regulamentos disciplinares são a antecâmara da repressão penal.”³⁹

Sensível a esse problema da atipicidade o Ministro do Exército, cinco meses após a entrada em vigor do atual RDE, baixou instruções complementares no sentido de que⁴¹ as transgressões relacionadas com o Anexo I do RDE destinam-se, por serem genéricas, a permitir o enquadramento sistemático das ações ou omissões contrárias à disciplina. A sua simples reprodução não caracteriza a forma como se deu a violação dos preceitos militares e deve, por isso, ser evitada.⁴⁰

4. TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES NO EXÉRCITO

Identificada a transgressão disciplinar fica o servidor sujeito à correspondente sanção, variável conforme o documento legal a que esteja subordinado o infrator.

A partir daí deverá ser desencadeado o processo administrativo punitivo, “que é promovido pela Administração para a imposição de penalidades por infração da lei, regulamento ou contrato...” e “nesta modalidade se incluem todos os procedimentos que visem a imposição de uma sanção ao administrado, ao servidor ou a quem eventualmente esteja vinculado à Administração por uma relação especial de hierarquia, como são os *militares*...”⁴¹ (grifei)

No caso do RDE, Dec. n.º 79.985, o seu Art. 22 prevê:

“Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

- 1) advertência;
- 2) repreensão;
- 3) detenção;
- 4) prisão e prisão em separado;
- 5) licenciamento e exclusão a bem da disciplina;

Parágrafo único — As punições disciplinares de detenção e prisão não podem ultrapassar trinta dias.”

É de se ressaltar que, no tocante às punições a que estão sujeitos os militares do Exército, a discricionariedade é tanto menor quanto mais grave for considerada a falta cometida e a pena a ser aplicada. Assim, por exemplo, o Dec. n.º 1899/37, trazia ao lado, de cada uma das 145 hipóteses transgressórias consideradas, a título de orientação para classificação da gravidade da falta, as letras G, M e L, conforme fosse Grave, Média ou Leve, a intensidade da transgressão imputada ao militar.

Desse modo, ainda que apenas com o objetivo de “orientar o comando na aplicação das penas.”⁴²

O sistema limitava a ação da autoridade se conjugado com o disposto no Capítulo VII do mesmo Regulamento, que ao tratar das regras de aplicação das penas disciplinares, determinava que fossem rigorosa-

mente observados os limites fixados para apenação, relacionados com a gravidade e natureza da transgressão.⁴³

No vigente RDE, a pena mais grave a que estão sujeitos os transgressores, conforme o n.º 5, do art. 22, é o licenciamento ou a exclusão a bem da disciplina. A diferença entre o licenciamento e a exclusão, reside apenas em que o primeiro é aplicado às praças sem estabilidade assegurada menos de 10 anos de serviço), enquanto a exclusão disciplinar é aplicada aos estáveis e aos aspirantes à oficial.⁴⁴

O licenciamento e a exclusão a bem da disciplina, conforme preceitua a Lei do Serviço Militar (n.º 4.375, de 17 Ago 64), consiste no afastamento *ex-officio* da praça “a) por condenação *irrecorrível* resultante da prática de crime comum ou militar, de caráter doloso;”

“b) pela prática de ato contra a *moral pública, pundonor militar ou falta grave* que, na forma da Lei ou de Regulamentos Militares, caracterize seu autor como indigno de pertencer às Forças Armadas;.

“c) pelo ingresso no *mau comportamento contumaz*, de forma a tornar-se inconveniente à disciplina e à permanência nas fileiras.”⁴⁵ (grifos da Lei)

Note-se que, nos termos do RDE, a maior punição a que estariam sujeitos os oficiais de carreira é a prisão no limite máximo de 30 dias.⁴⁶ Entretanto, os mesmos podem ser apenados com o afastamento *ex-officio*, através da *demissão*, nos casos em que venham a ser declarados *indignos* ou *incompatíveis* para o oficialato.

Quanto às praças, das três condições acima tratadas, as letras *a* e *c* partem de pressupostos perfeitamente identificáveis — condenação *irrecorrível* e *mau comportamento contumaz* — vinculando a ação da autoridade na aplicação do ato punitivo.

Quanto à letra *b*, em razão do caráter subjetivo das hipóteses, tornou-se necessária a subordinação à “forma da Lei ou Regulamentos Militares.”⁴⁷

Assim, na falta de disposição legal (Lei) ou regulamentar (Decreto), que especifique os atos considerados como atentatórios a moral pública, *pundonor militar* ou *falta grave* que implique em considerar seu autor como indigno de pertencer às Forças Armadas, não há que se falar em licenciamento ou exclusão a bem da disciplina.

Em verdade, a única legislação que trata da figura da indignidade, traçando-lhe os contornos, é o Dec. Lei n.º 3.038, de 10 Fev 41, baixado pelo então Presidente Getúlio Vargas.

Segundo o mencionado diploma.

À declaração de *indignidade* ficaria sujeito o oficial, condenado a qualquer pena, pela prática dos crimes de vilipêndio à Nação, à Bandeira, às Armas do Brasil e ao Hino; de traição e covardia; de roubo, peculato; furto; estelionato ou falsidade documental.

À declaração de *incompatibilidade*, ficaria sujeito o oficial em qualquer um dos casos a seguir:

— que se corromper moralmente, pela prática de atos contrários à natureza;

— que fosse condenado a qualquer pena por crime previsto no Decreto-Lei n.º 431, de 18-05-38 (crime contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social);

— que se filiasse à organização de existência proibida;

— que corrompesse subordinado pela prática de ato contrário ao pudor individual.⁴⁸

Convém observar os três tipos de punição que implicam em afastamento definitivo por incapacidade moral:

— o licenciamento a bem da disciplina, para as praças com menos de 10 anos de serviço e oficiais temporários (CPOR), quando convocados;

— a exclusão a bem da disciplina, para praças com estabilidade assegurada por contarem mais de 10 anos de serviço e aspirante a oficial;

— a demissão, para os oficiais de carreira.

Apenas os dois últimos têm normas próprias tratando especificamente de cada um dos casos.

Além do caso em que é aplicada como pena acessória,⁴⁹ que não é objeto desse estudo, a exclusão a bem da disciplina é imposta quando os que a ela estão sujeitos, incidirem nos casos que motivarem o julgamento pelo conselho de disciplina.⁵⁰

De sua parte, o Decreto n.º 71.500, de 5 Dez 72, que trata do órgão colegiado competente estatutariamente⁵¹ para recomendar a exclusão disciplinar, diz em seu Art. 1.º:

“O Conselho de Disciplina é destinado a julgar da incapacidade do Guarda-Marinha, do Aspirante a Oficial e das demais praças das Forças Armadas com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, criando-lhes, ao mesmo tempo, condições para se defenderem.”

Tal garantia de defesa é repetida no Art. 9.º onde.

“Ao acusado é assegurada ampla defesa...”

com a determinação expressa de que ao mesmo seja fornecido o libelo acusatório, “onde se contenham com minúcias o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.”⁵²

Quanto à demissão de oficiais, à subordinada aos mesmos procedimentos, ainda que regulados por norma própria,⁵³ diferindo apenas nos detalhes relativos à composição do colegiado, já então denominado Conselho de Justificação e à competência para declaração de indignidade ou incompatibilidade, que é deferida ao Superior Tribunal Militar pelo princípio constitucional da garantia das patentes militares.⁵⁴

Os Conselhos de Justificação — e guardadas as proporções os Conselhos de Disciplina — têm-se mostrado através dos tempos como o elemento de maior eficácia para afastar das classes militares aqueles que por sua conduta com elas se mostraram incompatíveis. Esses Tribunais de Honra, como também são chamados, nasceram no Direito Militar brasileiro com o Decreto n.º 4.651, de 17 Jan 23, quando Presidente Artur Bernardes.

Como se viu acima, apenas às praças sem estabilidade assegurada é possível o afastamento ex-officio, que corresponde regularmente à indignidade ou incapacidade moral para as Forças Armadas, sem que se tenha norma específica que trate de questão de tamanha relevância.

5. "JURISPRUDENCIALIZAÇÃO" DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Com vistas ao aperfeiçoamento de suas atividades, a Administração Pública se manifesta através do Poder Disciplinar, assim reconhecida a faculdade de impor penas disciplinares aos servidores por infrações das normas administrativas.⁵⁵ Tal manifestação, é evidente, está subordinada aos parâmetros legalmente estabelecidos e como não poderia deixar de ser "tem de encontrar seus pressupostos jurídicos no direito administrativo"⁵⁶ e, com muito mais razão, no direito constitucional.

Na relação em que se faz presente o Poder Disciplinar, dois são os pólos a serem considerados. De um lado o administrador, que por dever de ofício, "e ainda por ter de zelar o perfeito funcionamento do serviço, é-lhe permitido aplicar sanções corretivas aos agentes que pelo seu procedimento embarcem ou de qualquer modo prejudiquem este".⁵⁷

Do outro lado, o servidor a quem é imputada a prática do ato lesivo aos interesses da Administração, sujeito portanto às penas disciplinares. Esse confronto, no entanto, será decidido sob o império do Direito, de modo que tanto um como outro tenham assegurados os seus direitos e definidas as responsabilidades.

"O importante, neste particular, é a proteção dos direitos do acusado, tão merecedor de amparo quanto os das instituições."⁵⁸

Ou ainda, como prefere Caio Tácito, "O Poder Disciplinar representa o equilíbrio entre a manutenção da moralidade e eficiência do serviço público e a proteção do indivíduo contra a prepotência administrativa."⁵⁹

Dai a tendência de cada vez mais se ampliar a chamada jurisdicionalização do processo administrativo, com o estabelecimento de caminhos mais estreitos, fixando procedimentos rígidos para garantir os servidores contra o arbítrio das autoridades.⁶⁰

Essa orientação atual, longe de representar uma ameaça à Administração traduz, antes de mais nada, a preocupação sempre crescente no sentido de que seja realmente protegido o efetivo interesse da Administração, "porque a restrição do arbítrio, da discricionariedade dos superiores,

significa apenas uma mais perfeita regulamentação dos seus poderes que o legislador pretende por essa forma evitar que se exerçam com outros fins que não sejam os do interesse do serviço.”⁶¹

Tal preocupação é compartilhada por outros autores que, conscientes da necessidade de se coíberem os abusos cometidos contra os servidores, estimulam os estudos relacionados com o controle dos atos da administração, quer seja no âmbito da própria administração quer judicialmente.”⁶²

O que se pretende no presente trabalho é o estudo da ampla defesa no campo do Direito Disciplinar Militar, mais precisamente no Exército. Não é possível, no entanto, desconhecer a presença de duas outras garantias constitucionais, que pela natureza da proteção que oferecem dizem bem de perto com o tema principal aqui abordado: o *Habeas-Corpus* e o Mandado de Segurança.

Sobre ambos tratarmos a seguir, ainda que superficialmente.

O *habeas-corpus* é o remédio judicial previsto no § 20 do Art. 153 da Constituição Federal e tendo como finalidade principal a proteção da liberdade de ir e vir é imediatamente lembrado nos casos de aplicação de pena restritiva de liberdade individual.

Conforme anteriormente mencionado, entre as punições a que estão sujeitos os militares temos a *detenção* e a *prisão*, que implicam em privação da liberdade. Ocorre que na própria Constituição Federal, na 2.^a parte do artigo já citado, temos a exceção do cabimento do *habeas-corpus*:

“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*.”

É mister analisar atentamente os termos do dispositivo constitucional. Sabendo-se que o *habeas-corpus* se destina à proteção do *status libertatis* do indivíduo. A expressão excepcionada quando fala das “transgressões disciplinares” está se referindo às penas de prisão e detenção, por serem as únicas que representem privação de liberdade, enquanto as penas de advertência, repressão e licenciamento a bem da disciplina — no Exército — não têm esse sentido restritivo.

O problema seria de fácil equacionamento, se aceitos sem maiores indagações os termos da norma constitucional. Mais razão ainda, se consideradas as condições peculiares do direito castrense, onde “... é a *disciplina* e não a *liberdade* a nota predominante e necessária”⁶³ (grifos do autor) e que pune com rigor o militar que em determinadas circunstâncias, se esquiva de enfrentar o risco da própria vida, enquanto esse mesmo elemento é tutelado de forma especial no direito penal comum.⁶⁴

Respeitados estudiosos defendem o descabimento do *habeas-corpus* nas transgressões disciplinares. À frente Scabra Fagundes que em posição extremada nega a possibilidade de exame pelo judiciário de todos os atos

punitivos de cerceamento da liberdade, quando emanados de autoridade militar. O ilustre jurista, reconhecidamente um dos mais destacados defensores do *judicial control*, abandona essa posição quando se trata das transgressões disciplinares, chegando mesmo a afirmar que, "... ainda que o ato administrativo, em tal caso, se apresente com *ilegalidade evidente*, mesmo que esta se manifeste nos seus aspectos *vinculados*, como o concernente à *competência*, não cai sob a apreciação judiciária." (grifamos)

"A restrição, prossegue ele, se inspira no propósito de fortalecer a disciplina nas corporações militares, subtraindo-se os atos dos superiores hierárquicos, considerados essenciais à sua organização e eficiência, à impugnação e discussão por parte dos subordinados."⁶⁵

As palavras acima, como se vê, merecem análise mais acurada, em que pese o indiscutível saber jurídico do autor, "... sem recurso a cuja autoridade ninguém pode, neste País, ensaiar sequer a abordagem"⁶⁶ do problema do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública.

Pela evidência, não se pode fugir à idéia de que o exercício do Poder Hierárquico é essencial à organização e eficiência não apenas das unidades militares, mas de todo órgão do serviço público. Danosos, sem dúvida, seriam os efeitos do enfraquecimento ou quebra da disciplina e/ou dos princípios hierárquicos no corpo diplomático ou no Ministério do Planejamento...

Dessa forma, o fortalecimento da disciplina deve ser ponto de constante preocupação em todas as áreas da Administração Pública. Em verdade, a destinação constitucional das Forças Armadas implicam na exigência de disciplina mais rígida e conseqüentemente um sistema disciplinar de características próprias, entretanto, não pode ser esquecido, que o conceito de disciplina, *latu senso*, é o mesmo, quer sob o aspecto civil, quer militar, ou seja:

"... o conjunto de regras impostas, nas diversas instituições ou corporações, como norma de conduta das pessoas que a elas pertencem."⁶⁷

Por outro lado, o próprio Estatuto dos Militares — Lei n.º 6.880, de 9 de dezembro de 80 — curvou-se a esse raciocínio ao dispor em seu Art. 14, § 2.º, que a, "... disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis."

E de outra forma não poderia ser, uma vez que as Forças Armadas, "destinam-se a defender e a garantir os poderes constituídos, a Lei e a ordem."⁶⁸

Raciocínio diverso nos levaria a dizer que as Forças Armadas são "organizadas com base na hierarquia e na disciplina"... e "dentro dos limites da lei",⁶⁹ mas para consecução de seus objetivos é permitido aos superiores hierárquicos afrontar a própria lei que se propõem garantir.

Seria o paradoxo de eleger a ilegalidade para garantir a legalidade, ou ainda, adotar o princípio de que "os fins justificam os meios", "Machiavello redivivo?"

No campo oposto e não menos respeitável, é a corrente liderada por Pontes de Miranda, que defende a aceitação do *writ* em certas condições. O renomado jurista, em seus Comentários à Constituição Federal de 1967, deduz que a ocorrência da transgressão disciplinar só é possível com a existência de determinados pressupostos, dentre eles o *poder disciplinar*, que não é atribuído indistintamente em razão da ascendência hierárquica. Pode assim haver precedência hierárquica sem haver poder disciplinar, como, por exemplo, nas relações entre cabo e soldado, onde temos presente a superioridade hierárquica mas não temos poder punitivo. Da mesma forma um Almirante não goza de poder punitivo diante de um soldado do Exército ou da Aeronáutica, embora seja indiscutível a prevalência hierárquica.

A competência para aplicação de penas disciplinares no âmbito do Exército está regulada no Dec. n.º 79.985, de 19 Jul 77, no Cap. III — Da esfera da ação e competência para aplicação — que estabelece em seu Art. 9.º:

“A competência para aplicar as punições disciplinares é conferida ao cargo e não ao grau hierárquico”, especificando ao longo do dispositivo os diversos níveis de competência.

Assim, é de fácil entendimento que se um Comandante de Unidade prender disciplinarmente um militar diretamente subordinado ao Comandante de outra Organização Militar, estaremos diante de uma invasão de competência, tratando-se a competência de elemento vinculado do ato administrativo, não pode ser modificada em afronta a norma e pelo puro alvitre do administrador.

Corolário desse entendimento é o constante do § 2.º, do Art. 10, do RDE, onde o legislador previu a necessidade de pronta ação disciplinar sobre o transgressor, determinando que a autoridade militar de mais elevada hierarquia presente no momento da transgressão, efetue a prisão *em nome da autoridade competente*. (grifo do original)

Outra hipótese levantada por Pontes de Miranda é quando a lei fixa um prazo máximo para a prisão. No Regulamento Disciplinar do Exército, além da competência genérica deferida a cada autoridade temos o limite das penas privativas de liberdade que podem ser aplicadas. Assim, no Anexo III do RDE temos que os soldados, cabos e sargentos podem ser apenados com até 30 dias de prisão sendo competente para aplicar tal punição o Comandante da Unidade onde servem. Essa mesma autoridade e ainda quanto aos seus subordinados, em se tratando de oficiais somente poderá prender no máximo por 15 dias.

Logo, se o Comandante, nessas condições, prender o oficial por mais de 15 dias estará praticando excesso de poder. Em ambos os casos, ou seja, invasão de competência e desvio de poder, teremos tipificado o abuso de autoridade sujeitando o infrator às sanções civis, administrativas e penais conforme dispõe a Lei n.º 4.898, de 9 Dez 65.

6. HABEAS CORPUS

O mencionado dispositivo legal, sancionado em pleno desabrochar revolucionário, se destina a regular o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade e dispõe:

“Art. 3.º — Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção

Art. 4.º — Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

Art. 5.º — Considera-se autoridade, para os efeitos desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.”

O legislador, como se vê, não excluiu os atos punitivos de caráter disciplinar, concluindo-se portanto que também estão aqueles atos sujeitos à responsabilização triplíce a que se refere a Lei. E nem poderia ser diferente, ou seja, não é aceitável que o ato praticado com abuso de poder seja mantido sob a proteção da lei apenas porque se trata de disciplina militar.

Conforme já vimos anteriormente, tanto o crime militar como a transgressão disciplinar se constituem em violação ao dever militar. Assim, a mesma autoridade militar, praticando o mesmo abuso de autoridade — prisão ilegal — seria responsabilizada apenas no caso do crime e ficaria imune na transgressão. No primeiro cabe o *habeas corpus* por se tratar de crime, enquanto no segundo, se adotada a corrente defendida por Seabra Fagundes, não seria possível a concessão do *writ*. E tudo isso sem se falar que no crime a violação ao dever militar é reconhecida como forma “acentuadamente anormal”,⁷¹ merecendo portanto proteção mais vigorosa.

Já em 1918, o Supremo Tribunal Federal julgando *habeas corpus* impetrado em favor de dois oficiais de marinha mercante, concedeu a ordem por entender que a autoridade descumpriu formalidade essencial.

“Os pacientes, por faltas graves de indisciplina e por tentativa de sublevação para deporem o respectivo commandante, foram por este presos, de acordo com o art. 428, § 2.º, do Regulamento das Capitânicas dos Portos, e, trazidos para esta Capital sem processo algum, não foram ainda entregues às autoridades competentes, mas acham-se detidos, à ordem do mesmo commandante, no quartel do quarto batalhão de Polícia, pelo que impetram esta ordem.

ACCORDAM, em Supremo Tribunal Federal, deferir-lhes o pedido e mandar que sejam postos em liberdade, por ser ilegal a prisão em que se acham; porquanto, se o commandante podia prendê-los, como o fez. de-

via também promover os necessários processos, os quaes era obrigado a entregar, com os presos, às auctoridades competentes no primeiro porto da República onde entrasse (Dec. n.º 505, de 5 de Março de 1915, art. 428, § 2.º, *in fine*). E, como o não fez, illegal desde então se tornou a prisão, pelo que concedem a ordem impetrada.”⁷²

Acordo com o pensamento de Pontes de Miranda, está o não menos illustre Nelson Hungria, quando afirma que, “evidentemente, quando se fala em ato disciplinar, na Constituição, quer-se referir àquele que se representa escoreito na sua forma.”⁷³

Estando pois a privação de liberdade inquinada do vício da legalidade; praticado que tenha sido o ato punitivo com nulidade insanável pela presença do abuso do poder, é cabível o remédio do *habeas corpus*.

A mesma lição pode ser haurida no julgado do Excelso Pretório que afirma:

“O julgamento da legalidade dos atos administrativos está incluído na competência jurisdiccional que protege qualquer lesão do direito individual.”⁷⁴

Da mesma forma nos ensina Othon Sidou, esclarecendo sobre a relatividade da aplicação da regra de não cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares e também da impossibilidade de apreciação do “conteúdo específico” da infração disciplinar, bem como da justiça ou injustiça da punição.⁷⁵

O cabimento do *habeas corpus* é defendido por Othon Sidou quando:

- a prisão foi determinada por autoridade incompetente;
- a lei não a autoriza, em tese;
- as formalidades legais não foram observadas; e
- o prazo legal foi excedido.⁷⁶

Os argumentos mais ponderáveis da corrente que se recusa a aceitar o cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, pela interpretação literal do texto constitucional, se fixam nas peculiaridades da estrutura e das funções militares e no hipotético comprometimento da eficiência das atividades na caserna pela ingerência do judiciário na discussão dos atos punitivos.

Essa, a opinião de Seabra Fagundes:

“...é bem de ver que o objetivo do constituinte foi a preservação do regime disciplinar das Forças Armadas contra a interferência de decisões judiciais.”⁷⁷

Tal interferência, no entanto, longe de perniciosa, nos parece salutar e o problema pode ser contornado se considerarmos o assunto da competência da Justiça Militar.

Ora, se um militar teve sua liberdade cerceada ilegalmente por outro militar, poderemos estar diante da figura tipificada no Art. 222 do Código Penal Militar 78 sob “o nomen juris” de constrangimento ilegal.

“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer ou a tolerar que se faça, o que ela não manda.

Pena — detenção, até um ano, se o fato não constitui crime mais grave.”

Ou então, do mesmo diploma penal, o ilícito de que trata o Art. 174 — Rigor Excessivo.

“Exceder a faculdade de punir o subordinado, fazendo com rigor não permitido, ou ofendendo-o por palavras, ato ou escrito.

Pena — Suspensão do exercício do posto por dois a seis meses, se o fato não constitui crime mais grave.”

Em se não se aceitando o cabimento do *habeas-corpus* nos dois exemplos acima, teríamos a Justiça Militar competente para processar e julgar o autor, mas incompetente para determinar a libertação da vítima. O próprio Código de Processo Penal Militar,⁷⁹ em seu Art. 466, trata do *habeas-corpus* com as mesmas aparentes restrições às transgressões, mas a exegese da letra *a*, do parágrafo único, nos permite optar pelo cabimento do *habeas-corpus*.

“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;” (grifamos)

A *contrário sensu* podemos concluir que as punições aplicadas em *desacordo* com os dispositivos regulamentares não fogem ao alcance do *Writ*, que deve ser concedido pelo tribunal competente, ou seja, o Superior Tribunal Militar⁸⁰. Aliás não compreendemos de que forma a atuação do STM pode ser considerada inconveniente aos princípios da hierarquia e da disciplina na caserna, quando aquele mesmo Pretório, na qualidade de, “... Tribunal militar de caráter permanente...,”⁸¹ pode julgar o oficial, qualquer que seja a patente, em caráter administrativo e declará-lo indigno para o oficialato ou com ele incompatível, o que importa na perda do posto e da patente.⁸²

Quem pode o mais pode o menos, é sábio. Seria desconhecer esse princípio negar ao STM competência para apreciar os atos de um comandante quando representassem ilegalidade em forma mais simples, sujeitos portanto a menor repercussão e reconhecer competência a esse mesmo tribunal nos casos de maior gravidade, “acentuadamente anormais”.

Ainda uma vez a legislação portuguesa se apresenta à frente. A mais recente forma no sistema disciplinar das Forças Armadas de Portugal

regulando o recurso contencioso introduziu, "...uma modificação importante e totalmente nova: em matéria disciplinar, o controle jurisdicional dos actos punitivos é confiado ao Supremo Tribunal Militar. Por um lado, trata-se de um órgão constitucionalmente revestido de poder soberano, objetivo, imparcial e independente... e por outro lado evita-se que se quebre a seqüência normal da justiça militar."⁸³

Tratado o assunto sob o ângulo da lesão do direito individual, teríamos novo absurdo. As lesões que não implicam em privação da liberdade — advertência, repreensão e licenciamento a bem da disciplina — podem ser apreciadas pelo Judiciário, conforme veremos a seguir, enquanto a prisão e a detenção, que, se ilegais, corresponderiam, em tese, a ilícitos penais, não estariam sujeitas à apreciação judicial.

Ou, mais estranho ainda, a prisão ou detenção aplicadas com vício de legalidade, são apreciadas — e anuladas — pelo Judiciário mas apenas para efeito do registro na fé de ofício militar, permanecendo o ato imune ao *judicial control* sob o aspecto criminal.

O caso mais conhecido ocorreu com o Almirante Carlos Penna Botto, em 1951, que requereu mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal, contra pena disciplinar de prisão que lhe foi imposta pelo Ministro da Marinha e mantida, em recurso, pelo então Presidente da República, General Eurico Gaspar Dutra. É interessante lembrar que o próprio Procurador Geral da República suscitou então, "... a preliminar de inidoneidade da medida requerida, entendendo S. Excia. que se trata de uma prisão e, através desse tema, somente seria possível à parte interessada agitar seu caso por via de *habeas-corpus*, visando a tornar sem efeito ou impedir o cumprimento da pena considerada ilegal."⁸⁴

No mesmo sentido a posição do Ministro Afrânio Antonio da Costa, que em seu voto alia-se à tese do eminente Procurador Geral, quanto ao *cabimento do habeas-corpus*.⁸⁵ A segurança foi concedida, por unanimidade, sem tratar do cumprimento da pena, o que já havia ocorrido, reconhecendo que, "...o direito do impetrante a evitar que da sua fé de ofício conste uma pena disciplinar oriunda de ato manifestamente ilegal pode e deve ser amparado por mandado de segurança..."⁸⁶

O exemplo acima, mais ilustrativo pela alta patente e funções, tanto do impetrante quanto do impetrado, poderia ser acolhido como ofensivo aos princípios de disciplina. Efetivamente, tal ofensa não ocorreu e nem de leve foram atingidos os princípios de autoridade, indispensáveis ao perfeito funcionamento das instituições militares.

Bem oportunas as palavras do mestre Marcelo Caetano, na sua obra "Do Poder Disciplinar";

Multiplicam-se as garantias do processo disciplinar para prevenção do desvio do poder. Mas veremos de resto, que nem por isso os superiores foram privados de providenciar rápida e eficazmente quando urja proceder sem demora."⁸⁷

Se a matéria é controvertida quanto ao cabimento do *habeas corpus* nos atos punitivos emanados de autoridade militar, o mesmo não ocorre quanto à aceitação do mandado de segurança. Nesse caso, apenas a registrar corrente nitidamente minoritária que resiste ao conhecimento da segurança quando se trata de transgressões disciplinares, por entender que se a constituição veda a concessão do *habeas corpus*, "... para proteger a liberdade nos casos de ato disciplinar, muito menos se deverá dar o mandado de segurança, que protege direitos menos preciosos e dependentes de prova de sua liquidez e certeza."⁸⁸

7. MANDADO DE SEGURANÇA

Qual o caminho a seguir, se aceita *ipsis literis* a restrição do *habeas corpus* às transgressões, sem que se mantenha inatacável o ato ilegal?

É fundamental, nesse ponto, que não se perca de vista o aspecto da ilegalidade do ato praticado com abuso de autoridade. Preferível mesmo dizer que a própria existência do ato estaria irremediavelmente comprometida e não se justifica as excessivas cautelas, mesmo em se tratando de ato punitivo no âmbito das corporações militares.

A legalidade interessa tanto aos civis quanto aos militares, desde que ambos se encontrem sob o Estado de Direito.

E convém aqui reparar que não existe qualquer incompatibilidade radical entre poder discricionário, seja legislativo ou administrativo, e controle jurisdicional, porquanto toda espécie de exercício do poder constituído há de observar as condições ditadas pelo poder constituinte, notadamente os direitos e garantias dos jurisdicionados em face do Estado; que como tais, retratam limitações intransponíveis à atuação das autoridades."⁸⁹

O mandado de segurança seria, portanto, a alternativa, em razão do próprio texto constitucional:

Art. 153, § 21 — "Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder".

Por outro lado, a Lei n.º 1.533/51, que trata do mandado de segurança, em seu Art. 1.º, repete o dispositivo constitucional detalhando o campo em que se situa a medida.

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* sempre que ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou haver receio de sofrê-la, por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça."

Como se vê o legislador constitucional e o ordinário se completaram, deixando explícito que, "...seja qual for a autoridade" e "seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça", havendo lesão de direito individual líquido e certo⁹⁶, por ilegalidade ou abuso de poder, caberá mandado de segurança.

As autoridades militares não constituem exceção, ainda que invocado o item III, do Art. 5.º da Lei n.º 1.533/51.

Segundo o mencionado dispositivo, estão fora do alcance do mandado de segurança os atos disciplinares, nos termos a seguir:

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

.. .. .
.. .. .

III — De ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridades incompetentes ou com inobservância de formalidade essencial.”

A exclusão acima efetivamente não encontra resguardo no texto constitucional e, “...quer-nos parecer um enxerto espúrio, porque incompatível com a largueza que a Constituição dá ao instituto.”⁹¹

Desnecessário também se afigura o referido dispositivo sabendo-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos se limita ao exame da legalidade e jamais do mérito, aí compreendido o juízo de *conveniência* e *oportunidade* do ato.

Deste modo, em que pese a ressalva contida na Lei n.º 1.533/51 e que, ainda assim se afigura como “mera cautela”⁹², a garantia constitucional do mandado de segurança é o remédio adequado para atacar o ato disciplinar eivado de nulidade.

8. O DIREITO DE DEFESA

O direito de defesa como instituto constitucional teve seu surgimento no direito brasileiro ainda no Império, com a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Naquele diploma, mantida a mesma redação do projeto elaborado pelo Conselho de Estado, encontramos no Título VII, Das disposições gerais dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”, o Art. 179, 8.º, onde se lê:

“Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará atenta a extensão do território, o juiz, por uma nota por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.”

Temos aí a primeira menção à nota de culpa, isto é:

“declaração escrita entregue ao acusado, quando de sua prisão ou recolhimento à cadeia pública, para que, por ela, se cientifique da acusação que lhe é feita, do nome de quem o acusa, das pessoas que testemunham o fato que lhe é imputado e da autoridade por ordem de quem foi preso.”⁹³

Como se vê, o texto não apenas exige o fornecimento ao acusado da nota de culpa, mas também, explicita o que deve a mesma conter, como seja:

“...o motivo da prisão, o nome do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.”

Não estavam compreendidas naquela disposição, “...as ordenações militares, estabelecidas como necessárias à disciplina e recrutamento do exército”, conforme expresso no item 10, *in fine*, daquele primeiro diploma constitucional brasileiro.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, o instituto da ampla defesa é encontrado no § 16, do Art. 72, Seção II — Declaração de direitos, Título IV — Dos cidadãos brasileiros, nos seguintes termos:

“Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.”

Nessa primeira constituição republicana não se repete a exceção sobre as transgressões disciplinares. Tal dispositivo voltaria a integrar a Lei Maior de 16 de julho de 1934, já então específico e incorporado definitivamente ao item relativo ao *habeas corpus*. (§ 23, Art. 113).

O direito à defesa, que mais nos interessa no presente trabalho, é encontrado no item 24, do Art. 113, Capítulo II — Dos Direitos e das Garantias individuais, Título III — Da Declaração de Direitos, *in verbis*:

“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com meios e recursos essenciais a esta.”

Bem mais reduzido esse texto, sem no entanto causar qualquer restrição ao direito à defesa.

Observe-se, inclusive, que a objetividade deu maior vigor ao dispositivo constitucional, refletindo bem as características liberais da Carta de 34. Tivemos, então, pela primeira vez, a inclusão da expressão “ampla defesa”, dando assim a idéia de grandes dimensões, ou ainda, sem restrições, ilimitada. Logo a seguir, a 10 de novembro de 1937, a nova Constituição na parte destinada aos Direitos e Garantias Individuais, na 2.ª parte do Inciso 11, do Art. 122, dizia:

“Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa;”

A Constituição de 18 de setembro de 1946 também manteve o direito de defesa, no Título IV — Da Declaração de Direitos, Capítulo II — Dos Direitos e garantias individuais, Art. 141, § 25, nos seguintes termos:

“É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.”

Finalmente, temos a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que não modificou substancialmente a Constituição de 24 de janeiro de 1967 no que diz respeito ao direito de defesa. Assim, no § 15 do Art. 153, encontramos:

“A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção.”

Conforme se observa, ao longo de mais de 150 anos o direito de defesa modificou-se em sua literalidade sem no entanto sofrer mudanças na substância. Temos por exemplo o princípio da nota de culpa nas Constituições de 1824, 1891 e novamente na Constituição de 1946 e ausente nas demais, sem macular a garantia.

Encontramos a defesa “plena” nas Cartas de 1891, 1946 e “ampla” nas Cartas de 1934, 1967 e Emenda Constitucional n.º 1/69, além de outras transformações também sem maiores repercussões no desenvolvimento do instituto constitucional. Não temos, entretanto, ao longo de toda nossa história jurídica, um conceito *a priori* de “defesa” pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais.

“Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa.”⁹⁴

Plácido e Silva, no seu Vocabulário Jurídico, referindo-se especificamente à técnica processual, entende por defesa, “...toda produção de fatos ou dedução de argumentos apresentada por uma pessoa em oposição ao pedido ou alegado por outrem, numa causa ou ação.”

Pontes de Miranda⁹⁵ reduz seu conceito de defesa ao, “...exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado.”

A seu tempo, Marcelo Caetano referindo-se às garantias constitucionais, considera a ampla defesa dos acusados, com os recursos a ela inerentes, como mecanismo dos mais importantes, “...ligado à segurança individual, contra as tendências opressivas dos agentes do Poder.”⁹⁶

Como corolário do princípio da ampla defesa está o do contraditório, no § 16 do mesmo artigo da Constituição.

Junto ao mestre português acima citado, o não menos ilustre brasileiro Frederico Marques, em “Elementos de Direito Processual Penal”, quando afirma:

“O direito de defesa é uma decorrência do princípio constitucional do devido processo legal. É ele imanente a todo o sistema processual em que se adote o procedimento contraditório.” (Vol. I, 1961, pág. 376).

Assim, o direito subjetivo de defesa, do qual decorre, necessariamente, o direito constitucional de *defender-se* ou a *ter lido defesa*.⁹⁷

Tão intimamente ligadas estão as duas expressões — acusação e defesa — que a simples menção de uma nos leva, de imediato, à outra. Dila reação se processa nos dois sentidos — a existência de uma acusação implica, em contrapartida, em direito à defesa. Ao mesmo tempo, só tem sentido a produção de defesa para fazer face a uma acusação.

Portanto, ainda que não exista um conceito prévio de defesa, como afirmado acima, inegável que em se tratando de direito público subjetivo dos acusados, a negação ou obstaculização do exercício desse direito, constitui afronta ao texto constitucional e seja no plano legislativo, seja no executivo, acarreta a inconstitucionalidade do ato.

“O preceito constitucional dirige-se também, e principalmente, ao legislador ordinário: a lei que suprime ou restringe, em qualquer hipótese, o direito de defesa, é infensa a ordem pública e contrária à Constituição.”⁹⁸

Da mesma forma, todo ato em que não se tenha assegurado ao acusado a defesa, ainda, que tenha sido por alicerce alguma “lei” é nulo, por, “... inconstitucional e sanável por via de *habeas corpus*.”⁹⁹

Nesse sentido manifestou-se o Ministro Xavier de Albuquerque, ao relatar o Mandado de Segurança n.º 19.968/STF:

“O exercício da ampla defesa acenada na Constituição está submisso, como é óbvio, à disciplina da lei, e só não lhe deve observância quando tal disciplina o limita de tal jeito que termina por negá-lo.”¹⁰⁰

Aqui, a referência à lei deve ser entendida num sentido mais abrangente, compreendendo qualquer norma jurídica, não havendo razão para excepcionar os dispositivos regulamentares emanados do poder executivo.

Os atos administrativos de caráter normativo, veiculados por decreto expedido pelo poder executivo no exercício da função regulamentar, não podem, portanto, ultrapassar os limites de sua própria finalidade, ou seja, fixar critérios e normas para o *fidel cumprimento* das leis.¹⁰¹

“Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos, há abuso de poder regulamentar, invasão de competência legislativa.”¹⁰²

A *fortiori* deve ser assim considerado o decreto que invade não apenas a competência legislativa ordinária, mas dirige sua agressão ao texto constitucional.

As garantias dos direitos fundamentais do homem se constituem em anseio universal, objetivo perseguido por toda a humanidade. O direito à defesa, como tal, não poderia ser desmerecido. Assim, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em Paris a 10 de dezembro de 1948, temos:

“Artigo XI — 1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido

provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido *asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa*". (grifo nosso)

Pacífico, portanto, o entendimento no sentido de que o direito de defesa, consagrado no § 15, do Art. 153, da Constituição Federal, é garantia que não admite limitações no seu exercício. Cabe ao acusado o direito de produzir sua defesa em toda plenitude, sem que lhe sejam impostas restrições, quer por parte do intérprete, quer da norma regulamentadora.

Na tranqüilidade da perfeita harmonia entre a norma invocada e o texto constitucional, não se justificam preocupações maiores no que diz respeito ao direito de defesa. Estando na mesma sintonia a lei ordinária e o preceito constitucional, ou então, identificada a harmonia entre o intérprete e a garantia instituída, nada há para se temer.

Nas palavras de Pontes de Miranda, "é escusado invocar-se o § 15 quando a lei contém regras jurídicas que ministram meios suficientes e recursos à defesa. Mas é de alta monta quando aos acusados parece que a letra da lei ou a sua interpretação não atendem ao que o § 15 declara ser direito constitucional."¹⁰³

Não basta, entretanto, que as garantias dos direitos estejam presentes no texto legal. É necessário, antes de mais nada, que os detentores do Poder Público estejam conscientes da necessidade de submissão àqueles princípios.

"Não é na simples promessa da lei que está a garantia, sim em sua exata observância."¹⁰⁴

Não se confunde, todavia, o direito à defesa protegido pela Carta Magna, com o abuso no exercício daquele direito. Tal exercício será legítimo, apenas, enquanto necessário à apuração da verdade, sem no entanto servir de instrumento para confundir o julgador e neutralizar, dessa forma, a acusação.

Entende-se, deste modo, que, "a amplitude de defesa, assegurada pela Constituição, não pode ir ao extremo de permitir o tumulto do processo, ou mesmo, a possibilidade de tornar inerte ou ineficaz a acusação."¹⁰⁵

9. A AMPLA DEFESA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Uma vez estabelecido o entendimento no sentido da imperatividade do dispositivo que trata do direito subjetivo à defesa no diploma político, cabe em seguida identificar sua aplicação no Direito Administrativo.

O § 15 do Art. 153, da Constituição Federal, assegura ampla defesa aos acusados. Nos diplomas anteriores, conforme acima transcritos, tivemos várias formas de apresentação da mesma garantia, desde a simples menção da nota de culpa, no inciso 8.º do Art. 179, da Constituição do Império, até aos termos atuais.

A primeira abordagem seria de modo a restringir a aplicação daquele instituto à área do Direito Penal. Em verdade, nenhum dos textos

constitucionais tem explicitada a área de atuação que o legislador pretendeu atingir. Aliás, as expressões usadas, como prisão nota de culpa, réu, acusador, etc., não levariam a circunscrever o campo penal como terreno onde deve ficar limitado o direito à defesa.

Tal enfoque, no entanto, não é o que melhor se ajusta à doutrina, à jurisprudência, enfim à nossa tradição jurídica. Ainda que de forma implícita, a faculdade de defender-se ou ter tido defesa concedida pela Constituição visa o acusado. O acusado, ele sim, é o verdadeiro destinatário da norma quanto à proteção concedida.

No § 15 do Art. 153, o termo *acusado* atinge toda a plenitude possível. Não importa o grau de acusação, ou a pessoa do acusado. Havendo acusação, qualquer que seja, haverá necessariamente, direito à defesa.

“A defesa a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial,” caracterizando dessa forma o *princípio da possibilidade da defesa*.¹⁰⁶

Nos dias de hoje, portanto, descabem outras colocações que não a de maior amplitude possível ao exercício do direito de defesa. Com razão Sérgio de Andréa Ferreira, quando afirma que a ampla defesa no processo administrativo disciplinar tem sua presença assegurada pela própria Carta Magna, pelo princípio da isonomia, consagrado no § 1.º do Art. 153.¹⁰⁷

Na mesma linha Agustin A. Gordillo, referindo-se à garantia também prevista na Constituição Argentina:

“El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio no restrictivo.”¹⁰⁸

Esse posicionamento decorre tão somente do lugar ocupado pelo direito administrativo frente ao direito constitucional. Ainda que pertencentes a um ramo autônomo, as normas de natureza administrativa, como aliás quaisquer outras, não podem ficar indiferentes aos institutos constitucionais em vigor, notadamente o direito à defesa. Esse, sem embargo das demais garantias elencadas no capítulo consagrado aos direitos e garantias individuais em nossa Constituição, se destaca pela sua própria finalidade, constituindo-se em elemento indispensável à toda sociedade democrática. Ou ainda com muito maior profundidade, trata-se de um princípio geral de direito, de uma regra de direito natural, imanente a todo indivíduo.

A ação do dispositivo previsto no § 15 do Art. 153, conforme já foi dito anteriormente, pode se manifestar de várias formas, não se limitando apenas ao direito penal. É bastante para isso que haja acusação.

Quando insistimos na aplicação do princípio da ampla defesa no campo disciplinar, não queremos com isso colocar num mesmo plano as duas instâncias, isto é, a penal e a administrativa. Efetivamente ambas se

situam em posições diferentes, divergindo os autores nacionais quanto ao maior ou menor grau de aproximação entre ambas.

De um lado temos Nelson Hungria, para quem

“Não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal.”¹⁰⁹

De outro Themistocles Cavalcanti, sustentando:

“A boa doutrina está, a nosso ver, com os modernos autores de direito administrativo, que dissociam o problema do direito penal no conteúdo e na aplicação dos preceitos de direito disciplinar”¹¹⁰ e arremata:

“O importante é definir a posição de cada um: quem impõe a pena criminal é o Estado, através do seu poder jurisdicional, quem aplica a pena administrativa é a administração.”¹¹¹

Nossa preocupação maior, entretanto, está ligada aos procedimentos administrativos disciplinares, isto é, quando a administração responsabiliza o servidor por violação das normas legais ou regulamentares por ato ou omissão.

Responsabilização que se materializa através do acionamento do poder disciplinar, ou seja, da, “... faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração.”¹¹²

É preciso não perder de vista, outrossim, que o ato administrativo de caráter disciplinar, ainda quando discricionário, deve ficar restrito aos limites legais porquanto, “... a atividade administrativa supõe a preexistência de uma norma jurídica, o que importa em afirmar que a administração pública se faz debaixo do ordenamento jurídico (legislação).”¹¹³

Discricionário, em regra, é o ato punitivo. Mas nem por isso, ou melhor, exatamente por isso, não é arbitrário, pois ambos, discricionário e arbítrio não se confundem. Aquela se conforma com os limites legais, contendo sua atuação nas margens impostas. Este afronta os mesmos limites, com, “... ação contrária ou excedente da lei.”¹¹⁴

Um é legal e válido; o outro, “... sempre e sempre ilegítimo e inválido.”¹¹⁵

Oportunas as palavras de Oliveira Franco, no sentido de que, “... a discricionariedade não violenta a lei na sua forma ou no seu conteúdo, pois essa faculdade não se extrema a ponto de permitir que a legalidade não seja respeitada em razão de posições públicas apenas circunstanciais.”¹¹⁶

Assim, não podem restar dúvidas de que a mácula do arbítrio no ato administrativo desfigura-o completamente. E mais, constitui-se em desrespeito também ao princípio da *moralidade administrativa*, já hoje eleito como pressuposto da validade de todo ato administrativo, conforme nos ensina o mestre Hely Lopes Meirelles, apoiando-se em Maurice Hauriou.¹¹⁷

Doutrina e jurisprudência caminham juntas, hoje, no sentido da ilegalidade do ato administrativo disciplinar imposto com inobservância do princípio constitucional da ampla defesa. Dúvida, se houvesse, seria apenas quanto à amplitude da defesa facultada ao acusado.

Não havendo parâmetros fixados para caracterizar os contornos do direito de defesa,¹¹⁸ o seu exercício fica diretamente ligado à menor ou maior severidade da pena a ser aplicada, ou ainda, à necessidade de ação repressiva imediata, sem que, nesse último caso, a urgência implique na negação daquele direito. Deste modo, em se tratando de falta leve, a qual corresponde, em princípio, pena também mais branda, desnecessários se tornam procedimentos complexos e demorados, sendo aceitos os *meios sumários* de apuração.

Não seria de boa técnica exigir no processo disciplinar administrativo toda a complexidade dos procedimentos penais, inclusive pela reconhecida existência de critérios próprios a cada uma das instâncias. Respeitado o *contraditório*, ainda que *moderado* e já poderemos ter satisfeita a exigência constitucional.¹¹⁹

Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles.

"*Por garantia de defesa* deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis."¹²⁰

É o mesmo autor que defende a desnecessidade de procedimentos rígidos ao se tratar de infração de menor gravidade, quando podem ser utilizados os *meios sumários* de apuração, tais sejam o *termo de declaração do infrator*, a *sindicância* e a *verdade sabida*.¹²¹ Em qualquer caso, porém, é assencial que o acusado tenha oportunidade de apresentar suas razões, senão para ilidir totalmente a culpa, pelo menos para atenuar o rigor da penalidade a ser aplicada.

Quanto mais completo for o conhecimento, por parte do administrador, das condições objetivas e subjetivas em que foi praticada a falta, bem melhor será protegido o interesse público.

Discrecionário que é o ato disciplinar, na grande maioria dos casos, os juízos de *conveniência* e *oportunidade* devem atender aos interesses da Administração e não se pode pensar em dizer que é conveniente ou oportuno para a boa administração, que um servidor seja punido injustamente.

Inclusive porque, "... o direito de se defender de qualquer imputação de falta funcional constitui uma norma que envolve o prestígio da própria administração"¹²² quando nada para evitar que decisão judicial venha invalidar o ato, com evidente descrédito para o agente administrativo responsável e inegáveis prejuízos para a administração.

Quanto ao termo de *declaração do infrator*, pouco se há de discutir quando assinado espontaneamente, de preferência com duas testemunhas e

desde que confesse a autoria.¹²³ A *sindicância*, a seu turno, quando precede a investigação mais acurada, ou seja, o inquérito ou processo administrativo, pode ter caráter sigiloso, dispensando o conhecimento do pretense infrator, uma vez que quando da fase seguinte — o processo — o mesmo poderá exercitar sua defesa.

Quando porém da própria sindicância a autoridade decide pela imposição da pena, é necessário que ainda nessa fase se lhe tenha sido possibilitada a defesa, qualquer que seja a gravidade da falta e a sanção a ser imposta.

“En otras palabras, por más culpable que sea una persona, por mejor que esté acreditada su falta, ello no puede fundar que no sea escuchada para que exprese lo que quiera decir em su descarga, o la prueba que quiera ofrecer; aún estando probado el hecho, la prueba por el ofrecida puede servir para mitigar su culpa, dar un diverso enquadre normativo a la cuestión, graduar la pena, pedir luego gracia o indulto, etc.”¹²⁴

A aceitação desse critério impede também a ocorrência de procedimentos sigilosos com evidentes propósitos de cercear a defesa do acusado.

“... El 'secreto' del procedimiento sólo se justifica en casos excepcionales...”¹²⁵

É evidente que certos casos, pela sua natureza, recomendam maior sigilo, sob pena de prejuízo para a própria administração. Menor será então o número de pessoas a quem o assunto deve ser divulgado.

Ao acusado, no entanto, em nenhuma circunstância se justifica negar o conhecimento dos fatos que lhe são imputados, sob pena de se ver irremediavelmente comprometido seu direito de defesa. Aliás, o sigilo da acusação atingindo a pessoa do acusado, conduz, de imediato, à dúvida quanto à honestidade de propósitos do acusador. Infelizmente, entretanto, apesar de decorridos mais de dois séculos, ainda se fazem verdadeiras as palavras do Marquês de Beccaria, no clássico “*Dei Delitti e delle Pene*”:

“As acusações secretas são um abuso manifesto, mas consagrado e tornado necessário em vários governos, pela fraqueza de sua constituição.”¹²⁶

Quanto à *verdade sabida*, trata-se de princípio já consagrado no direito disciplinar, consistindo na aplicação da pena sem maiores formalidades na apuração, desde que a infração tenha sido praticada, “... na presença da autoridade detentora do poder disciplinar...”¹²⁷

O que se pretende, com a utilização desse sistema, é a simplificação do processo apuratório, no interesse da Administração, mas sem prejuízo para o infrator.

O procedimento é simplificado, mas não é eliminado. Assim, ainda que havendo flagrância, na presença da autoridade que aplicará a pena, é necessária, pelo menos, a ouvida do acusado. Nossos tribunais assim têm decidido, conforme recurso de mandado de segurança, provido em acórdão do Supremo Tribunal Federal, no qual o relator, Ministro Luiz Gallotti reconheceu que:

“Por mais sumário, porém, que seja esse meio, entendo que se imporá, pelo menos, a necessidade de ouvir o funcionário, antes da imposição da pena, mormente se a suspensão é imposta por ter o funcionário agido de má-fé.”¹²⁸

Comentando a decisão, o professor Caio Tácito concorda com a apuração da falta por meios sumários, ressaltando, entretanto, a necessidade da audiência do infrator, admitida a oralidade, conforme as circunstâncias do fato.¹²⁹

Na mesma linha decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao considerar insubsistente a pena de suspensão aplicada a um servidor pelo princípio da *verdade sabida* por entender que:

“A aplicação de qualquer pena sem que se enseje ao acusado direito de defesa, sem que o mesmo seja pelo menos ouvido, fere princípio de Direito Natural de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. *Inauditus nemo damnari potest*. Princípio, aliás, cristalizado no artigo 150, § 15, da Constituição Federal.”¹³⁰

10. A AMPLA DEFESA NO DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

Tivemos oportunidade de demonstrar, também os atos disciplinares emanados de autoridade militar estão sujeitos ao *judicial control* no que diz respeito à *legalidade*, como de resto qualquer ato administrativo.

Ainda que sujeito a um regime disciplinar diverso do funcionário civil, o militar não deixa de pertencer ao gênero *servidor público*, subordinado ao Poder Executivo, abrangido portanto pelas regras do direito administrativo como um todo.¹³¹ Não é outra a idéia que nos deixa a estrutura constitucional, bem como o Dec. Lei n.º 200, de 25 Fev 67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelecendo diretrizes para a chamada Reforma Administrativa.¹³²

Aqui, mais uma vez, nos socorremos das palavras do mestre THEMISTOCLES B. CAVALCANTI:

“Embora não se possam os militares enquadrar rigidamente dentro do conceito de funcionário público, é indiscutível a sua integração em seu ramo especial dos funcionários do Estado, em seu sentido mais amplo, pelo menos no que diz com seu regime jurídico, direitos, deveres, vantagens.”

“As características peculiares da atividade militar foram perfeitamente identificadas pelo tratadista italiano V. E. ORLANDO, que de-

dicou todo um volume de sua obra¹³⁴ ao direito administrativo militar, este com a colaboração de C. CORRADINI.

Ao tratar da autonomia sistemática do campo reservado ao direito administrativo militar¹³⁵, diz o jurista italiano:

“Nella sfera quindi del diritto amministrativo il campo riservato al diritto militare è completamente autonomo, come autonoma e distinta da tutte le altre attività statuali è l'attività militare.

Una tale autonomia sistematica non significa peraltro che questa campo della nostra scienza sia governato da principi diversi e contrari a quelli che regolano rimanente vita giuridica dello Stato, ma solo che è necessario per la conoscenza precisa di questa parte della scienza, per spiegarne certe peculiarità e certe necessità giuridiche, che essa abbia nel concetto dell' attività dello Stato il suo posto, che sia ben determinato il suo fine, che sia messo in giusta luce il suo carattere peculiare con le sue ineluttabili necessità.”¹³⁶

Como se vê, o melhor entendimento é no sentido do reconhecimento das peculiaridades da administração militar, seu *modus vivendi* próprio, mas nem por isso, obviamente, ao arrepio dos princípios gerais de direito, em afronta ao ordenamento jurídico.

“A nenhuma comunidade se exige tanto de seus componentes como a militar; sacrifício da própria vida é, mais do que um simples risco do serviço, um dever do soldado, em certos casos.”¹³⁷

Enfoque semelhante encontramos na legislação específica francesa:

“...L'état militaire exige en toute circonstance discipline, loyalisme et esprit de sacrifice. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il implique méritent le respect des citoyens et la considération de la nation.”¹³⁸

Evidentemente, para condições tão especiais de trabalho, especial também há de ser o regime disciplinar de modo a conciliar tanto os interesses da instituição como os direitos dos que a ela se dedicam. Dessa forma, a rigidez do regime disciplinar, consubstanciada nas necessárias manifestações de obediência e respeito, e na severidade das sanções a que estão sujeitos os militares, não pode ser confundida com supressão dos seus direitos.

Jean-Claude Roqueplo, comentando os avanços do Estatuto dos Militares atualmente em vigor na França diz:

“Ce fait confirme que le statut général des militaires n'est pas conçu dans un esprit de restriction des droits mais dans un esprit d'adaptation au particularisme de la fonction.”¹³⁹

Os militares brasileiros têm seu Estatuto acompanhando a mesma escola, com aquele diploma regulando não apenas os *deveres* e *obrigações*, mas também seus *direitos* e *prerrogativas*.¹⁴⁰

No Exército, tal dispositivo é consagrado no Regulamento Disciplinar, que além de especificar as transgressões e as normas para aplicação das penas, dedica todo um capítulo aos recursos ao alcance dos que se julgam prejudicados, um outro ao cancelamento das punições, como incentivo para melhoria de classificação do comportamento, e ainda um terceiro às recompensas a que fazem jús a título de reconhecimento pelos bons serviços prestados.¹⁴¹ Não obstante, de pouco ou nenhum valor serão todas essas prescrições se, paralelamente, não for respeitado aquele que consubstancia os demais direitos quando acionado o poder punitivo.

O direito de defesa, em sua forma ampla como quer o texto constitucional, princípio de Direito Natural que é, erigido em essência do Estado de Direito,¹⁴² não pode estar ausente entre as garantias ao alcance dos militares. Poder-se-ia mesmo afirmar que o direito de defesa precedeu às demais garantias individuais, presente que foi à “apuração” da primeira das transgressões da história da humanidade, quando o Senhor, renunciando à sua onisciência, chamou Adão para fazer sua defesa antes de expulsá-lo do Paraíso.

“Perguntou Deus: Quem te fez saber que estavas nu? Comeste da árvore de que te ordenei que não comesses?” Gênesis 3,11.¹⁴³

Reportando-nos mais uma vez à França, encontramos o direito de defesa na sua forma mais simples, ou seja a audiência do acusado, expresso no Règlement de Discipline Générale dans les Armées,¹⁴⁴ em seu artigo 33, entre outras garantias:

“Le droit de s'expliquer: avant que la punition ne lui soit infligée, le militaire a le droit de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés, oralement devant le chef de corps ou son délégué, oralement ou par écrit lorsque l'autorité qui inflige la punition est placée au — dessus du chef de corps.”

Em Portugal, o Regulamento de Disciplina Militar,¹⁴⁵ largamente influenciado pela nova ordem constitucional portuguesa, também contemplou aquele princípio, conforme expresso no item 1 do artigo 90, onde se lê:

“O argüido é sempre ouvido sobre os factos que constituem a sua argüição, qualquer que seja a forma do processo.”

Nota-se, inclusive, quanto ao processo, a preocupação do legislador português em suprir a lacuna do regulamento anterior — 1913 — que omitia qualquer referência ao processo disciplinar. O novo Regulamento de Disciplina Militar, consagra formalmente o princípio do contraditório e a nota de culpa de modo a possibilitar “ampla e completa defesa do argüido.”¹⁴⁶ Assim, atualmente, o processo disciplinar é obrigatório,¹⁴⁷ sumário e sem formalidades “inúteis impertinentes ou dilatórias”,¹⁴⁸ escrito,¹⁴⁹ podendo ser adotada a oralidade com todas as diligências instrutórias feitas diretamente pelos chefes quando, “... em campanha, em situações extraordinárias ou estando as forças fora dos quartéis ou bases”¹⁵⁰ ... “ou quando as infracções forem de pouca gravidade e não derem lugar à aplicação, no processo, de pena igual ou superior à prisão disciplinar.”¹⁵¹

Entretanto, ainda que o processo tenha forma simplificada em razão das circunstâncias ou da punição a ser infligida, o acusado será sempre ouvido.¹⁵²

No Brasil também encontramos essa obrigatoriedade da audiência do acusado. No Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, RDAER¹⁵³ temos, no Art. 34, em linguagem direta, de modo a não deixar dúvidas:

“Nenhuma punição será imposta sem ser ouvido o transgressor e sem estarem os fatos devidamente apurados.”

Caso porém os elementos levantados não forem suficientemente esclarecedores a apuração será procedida por meio de sindicância.¹⁵⁴

Na Marinha tal dispositivo remonta ao governo de Artur Bernardes, quando o diploma disciplinar de então anunciava:

“Art. 19 — Nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor e devidamente apurados os fatos.”¹⁵⁵

O descumprimento desse princípio levou o Supremo Tribunal Federal a conceder mandado de segurança para cancelar a pena de prisão imposta ao Almirante Penna Botto, em julho de 1951.

Do memorável julgamento podemos destacar o voto do Ministro Nelson Hungria, pela veemência com que aborda o princípio de defesa:

“O princípio de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, inscrito através dos séculos na consciência jurídica universal, não é apenas um princípio consagrado no próprio Regulamento da Marinha, citado pelo Sr. Ministro Relator, senão também uma garantia implícita da Constituição de uma Constituição Democrática como é a nossa, marcadamente individualista e liberal, chegando mesmo a cheirar à pólvora da Revolução Francesa.”

“... É uma pena disciplinar grave, que importou não numa mera advertência, mas em privação de liberdade, sem que precedesse a audiência do acusado, o que vale dizer: pena aplicada arbitrariamente, ilegalmente. Por isso mesmo não pode constar do *currículum* militar do impetrante.”¹⁵⁶

O Recente Regulamento Disciplinar para a Marinha¹⁵⁷ manteve a tradição fazendo constar a obrigatoriedade da audiência antes da aplicação de pena disciplinar.

Seguindo de perto os regulamentos da Aeronáutica e da Marinha, a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, apesar de uma certa subordinação ao Exército, preferiu adotar em seu diploma regulamentar¹⁵⁸ os termos precisos daquelas Armas.

No Regulamento Disciplinar do Exército, o artigo 10 é o que mais de perto trata da audiência do acusado nos casos de transgressões da disciplina. Em seu § 4.º se lê:

“A autoridade, a quem a parte disciplinar é dirigida, deve dar solução no prazo máximo de oito dias úteis *podendo, se necessário, ouvir as pessoas envolvidas*, obedecidas as demais prescrições regulamentares. Na impossibilidade de solucioná-la nesse prazo, o motivo deverá ser publicado em boletim e, neste caso, o prazo não poderá exceder de 30 dias úteis.” (grifamos)

11. EVOLUÇÃO DO PARÁGRAFO 4.º DO ARTIGO 10 DO RDE

Considerando que o objetivo primeiro deste trabalho é o estudo do princípio da ampla defesa no âmbito do Exército, vamos procurar analisar apenas parte do § 4.º do Art. 10 que diz respeito àquela garantia constitucional, ou seja, o trecho grifado:

“... podendo, se necessário, ouvir as pessoas envolvidas...”

Quando o legislador disse: “ouvir as pessoas envolvidas...” poderia estar se referindo apenas a terceiros que tivessem qualquer ligação com o fato objeto de apuração. O Regulamento, no entanto, não fala da ouvida do acusado em qualquer outro artigo e o conhecimento dos dispositivos regulamentares que precederam ao atual Art. 10, conforme veremos adiante, nos levam à conclusão que o acusado, nesse caso, é uma das “pessoas envolvidas”.

Por outro lado, ao condicionar a audiência do acusado — que conforme concluímos está incluído no texto — à *necessidade*, podemos ser levados a crer que se trata das faltas em que, por ocorrência de qualquer das hipóteses de justificativa¹⁵⁹, nenhuma punição é aplicada ao transgressor.¹⁶⁰ Ora, se não lhe pesa ameaça de apenação, não há necessidade de defesa, que por si só já teria ocorrido com o conhecimento da cláusula excludente pela autoridade, independente de qualquer manifestação do subordinado. Tal entretanto não é a inteligência da norma, conforme será demonstrado a seguir.

No art. 74 do RDE vigente até a decretação do atual,¹⁶¹ temos o texto em que se baseou o legislador para elaborar a norma em estudo. E

também naquele artigo que vamos encontrar a indicação sobre as origens do dispositivo regulamentar, *in verbis*:

“A parte deve ser a expressão da verdade, podendo a autoridade a quem foi dirigida, sempre que necessário, ouvir o acusado.”

Como se vê, a audiência do acusado, da mesma forma que no texto agora vigente, está condicionada à necessidade, assim decidida pela autoridade e, é fundamental o registro, se constituiu em faculdade concedida à autoridade e não em direito do acusado.

Quanto ao fato de ser a parte em seus termos tomada como “expressão da verdade”, deve-se ao princípio de presunção de verdade da palavra empenhada pelo oficial, princípio esse que tem remotas origens na tradição castrense.

Na história do direito disciplinar do Exército Brasileiro vamos encontrá-lo no “Regulamento para Instrução e Serviço Geraes”, elaborado com inspiração do Código Disciplinar organizado por Clóvis Bevilacqua para a Armada Nacional.

Dizia o Decreto 9.998, de 8 Jan 1913, em seu Art. 647:

“A parte dada por official contra qualquer subordinado, relativa à infração da disciplina, será recebida pelo superior como expressão da verdade, podendo, porém, a autoridade ouvir o acusado quando entender necessário para formar perfeito juízo da gravidade da falta.”

Podemos afirmar estar aí a gênese do atual § 4.º do Art. 10, na parte relativa ao direito de defesa, pois quer no regulamento anterior, primeiro do período republicano¹⁶², quer no RDE do tempo imperial¹⁶³ não há qualquer menção a esse respeito.

O regulamento seguinte não trouxe modificações no artigo sob exame, acrescentando, no entanto, a justificativa para a presunção de verdade da participação de transgressão disciplinar por oficial, ou seja, “... em consequência mesmo da própria situação dos oficiais, dos seus compromissos de honra para com o Exército e a Nação, de suas pesadas responsabilidades.”¹⁶⁴

A presença de Pandiá Calógeras à frente da Pasta da Guerra não implicou em qualquer mudança, em que pese ter sido o primeiro e único civil, até agora, a exercer aquele cargo. O regulamento adotado durante a sua gestão manteve inclusive o mesmo número do artigo.¹⁶⁵ O próximo RDE, quando na presidência Washington Luiz, foi o que apresentou alguma inovação quanto à defesa do acusado.

Em seu Art. 387, manteve a credibilidade da parte apresentada por oficial, sob os mesmos argumentos, mas deu um passo à frente na proteção ao acusado ao dispor no mesmo artigo:

“Quando se tratar de infração da disciplina, porém, a autoridade a quem for dirigida a parte poderá ouvir o acusado, para formar perfeito juízo da gravidade da falta ou quando este pedir para ser ouvido.”¹⁶⁶

Longe de se tratar de garantia ao exercício do direito de defesa, pois ainda se constituía em faculdade concedida à autoridade, mesmo assim é de se ressaltar a preocupação do legislador em possibilitar ao acusado, explicitamente, *pedir* para ser ouvido, ainda que tal solicitação pudesse ser negada. Essa saudável preocupação, infelizmente, foi esquecida na reforma regulamentar que se seguiu.

Com o Estado Novo¹⁶⁷ foi simplesmente omitida a referência ao pedido do acusado para ser ouvido, o que representou um retrocesso de quase uma década. Menos de um ano depois e novo regulamento era baixado ¹⁶⁸ repetindo os termos do diploma que viria a revogar.

Somente em 1942, com o Dec. n.º 8.835, de 23 Fev 42, a redação foi modificada, voltando a omitir os motivos para a adoção do princípio da presunção de verdade, ainda expresso no texto. A partir de 1977 não mais encontramos referência direta, o que não implica em concluir pelo menor crédito às declarações dos oficiais nos dias de hoje. Tal princípio, conforme já dito anteriormente, se constituiu em tradição no Exército, como aliás em outros países.

Em Portugal, por exemplo, o Regulamento de Disciplina Militar, em seu Art. 91, sob o título “Força Probatória da palavra de oficial”, diz em seu item 1:

“A parte dada por oficial contra um seu inferior e respeitante a actos por ele presenciados presume-se verdadeira e não carece de indicação de testemunhas.”¹⁶⁹

Essa presunção *juris tantum*, pode ser ilidida por prova em contrário, segundo expresso no item 2 do mesmo artigo. O chamamento do acusado, para se defender das imputações que lhe são feitas, poderia representar dúvida quanto à veracidade da parte oferecida pelo oficial? Evidentemente que não. Várias são as situações que poderiam ser colocadas a título de exemplo para demonstrar que, para um perfeito conhecimento das circunstâncias em que se deu a transgressão, é imprescindível que o acusado seja ouvido, sem que isso implique em descrédito para o oficial.

Basta observar o capítulo V do RDE, que trata *Do Julgamento*, para ver que uma decisão justa deve ser precedida da manifestação do infrator.

Como bem considerar para o julgamento as causas que determinaram a prática da transgressão¹⁷⁰ ou a natureza dos fatos ou atos que a envolveram¹⁷¹ sem o concurso do acusado?

A mesma dificuldade será encontrado para estabelecer as causas de justificação como *obediência a ordem superior* e *motivo de força maior*¹⁷², ou ainda as circunstâncias atenuantes e agravantes¹⁷³, que podem não ser do conhecimento nem da autoridade que aplicará a punição nem do oficial participante.

Se não por todas essas razões, que por si só bastariam para caracterizar a necessidade de audiência do acusado, no interesse da própria Instituição, que se lhe reconheça o direito de defesa por ser garantia constitucional, como exaustivamente demonstrado.

Cabe entretanto lembrar, mais uma vez, que quando se trata do julgamento de praças com estabilidade, para fins de exclusão a bem da disciplina ou reforma disciplinar, a legislação específica que trata dos Conselhos de Disciplina¹⁷⁴ garante a ampla defesa dos acusados.

Da mesma forma quanto aos Conselhos de Justificação, que são os órgãos colegiados competentes para julgar, em primeira instância, da indignidade ou incompatibilidade para o oficialato.¹⁷⁵ Logo, o conteúdo do § 4.º do Art. 10 do RDE não é aplicável a essas hipóteses, atingindo entretanto todos os demais casos, ou seja: advertência, repreensão, detenção e prisão até 30 dias, para todos os militares do Exército do soldado ao general e licenciamento a bem da disciplina para os soldados, cabos e sargentos, desde que contem menos de 10 anos de serviço.

Cabe finalmente acrescentar, que o § 4.º do Art. 10, do RDE, nos termos atuais, quando nada representa uma violação ao princípio isonômico consagrado na Constituição Federal, em seu Art. 153, § 1.º.

Comparando-se o dispositivo regulamentar vigente no Exército, com seus correspondentes na Marinha e Aeronáutica, temos claramente estabelecido um tratamento diferenciado para as mesmas circunstâncias fáticas.

A afirmação de que todos são iguais perante a lei visa também, a impedir, "... que se crie tratamento legislativo diverso para idênticas ou assemelhadas situações de fato. Impede, em suma, que o legislador trate desigualmente os iguais."¹⁷⁶

12. SÍNTESE CONCLUSIVA

1 — A disciplina é um caminho de mão dupla, na medida em que obriga a todos os níveis da hierarquia, e coloca submissos ao mesmo regime disciplinar, tanto superiores como subordinados.

2 — Diferentemente do ilícito penal, "a infração disciplinar é atípica, por via de regra, bastando que o fato caiba na definição genérica da violação dos deveres funcionais".

3 — O afastamento *ex-officio* das fileiras do Exército, por incapacidade moral, pode ser aplicado tanto aos praças como aos oficiais, qualquer que seja o tempo de serviço, variando apenas o procedimento a ser adotado.

4 — A defesa dos efetivos interesses do serviço recomenda que sejam aperfeiçoados melhores mecanismos de controle da discricionariedade dos superiores.

5 — Às Forças Armadas, por destinação constitucional, incumbe defender e garantir "os poderes constituídos, a lei e a ordem", não sendo

lógico que adotassem a ilegalidade como meio para atingir o fim a que se propõem.

6 — O cerceamento da liberdade determinado por autoridade incompetente, ou por excesso de prazo constitui, em tese, abuso de autoridade.

7 — O Código de Processo Penal Militar, quando trata da concessão do *habeas corpus* excetua, quanto às punições disciplinares, apenas aquelas aplicadas em *conformidade* com os regulamentos militares.

8 — Em que pese o aumento das garantias dos servidores nos processos disciplinares, nem por isso a ação dos administradores foi tolhida a ponto de representar prejuízo para a Administração.

9 — O mandado de segurança é o remédio adequado para atacar o ato disciplinar que contenha vício de legalidade.

10 — O Executivo, no exercício do Poder Regulamentar, não pode criar normas que importem em negar dispositivos legais, sob pena de incorrer em abuso daquele poder.

11 — “A defesa a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial”.

12 — O respeito aos limites da lei é o que faz diferença entre o ato discricionário e o ato arbitrário. O primeiro é legal e válido; o outro “sempre e sempre ilegítimo e inválido”.

13 — Tanto quanto o servidor acusado, a própria Administração Pública tem interesse em que o direito de defesa seja plenamente exercido, inclusive para evitar que o Judiciário venha invalidar o ato, com evidente desgaste para a autoridade.

14 — O sigilo que alguns casos recomendam, não deve compreender a pessoa do acusado, a ponto do mesmo desconhecer a falta que lhe é imputada, pois assim estará irremediavelmente prejudicada sua defesa.

15 — Mesmo quando utilizado o princípio da *verdade sabida* para a apuração da falta, ainda assim é inevitável que o acusado seja ouvido a respeito.

16 — As peculiaridades da administração militar não implicam em sua total independência ou antagonismo em relação aos princípios gerais de direito e muito menos necessitam sejam restringidos os direitos dos que a ela se dedicam.

17 — No Brasil, a Marinha e a Aeronáutica contemplam em seus regulamentos disciplinares disposições que não deixam margem de dúvidas quanto ao direito de defesa dos seus membros.

18 — É de se concluir, portanto, que o Regulamento Disciplinar do Exército, com a vigente redação do seu Art. 10, § 4.º, pode concorrer para limitações no exercício do direito de defesa, sendo juridicamente desejável que venha a adotar redação mais precisa e harmônica com o texto constitucional.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS E PERIÓDICOS

- ADELINO, Eduardo Augusto das Neves. "*Dicionário de Terminologia Militar*". Ed. dos Autores, 1962.
- ALBUQUERQUE, Ministro Xavier de. *Revista de Direito Administrativo*, Vol. 118.
- ALMIRANTE, D. José. "*Dicionário Militar*", Madrid, 1869.
- ATALIBA, Geraldo. "*Liberdade e Poder Regulamentar*". *Revista de Informação Legislativa*, n.º 66.
- BERMAN, Harol J. "*A Disciplina Militar Soviética*". *Military Review*, Jun 52.
- BONESANA, Cesare, Marques de Beccaria. "*Dos Delitos e das Penas*", Ed. Atenas, S.P.
- CAETANO, Marcelo. "*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*". 2.ª Ed. Forense, Rio, 1977.
- "*Do Poder Disciplinar*", Coimbra, 1932.
- "*Direito Constitucional*", Vol. II, Forense, Rio, 1977.
- CARVALHO, J. M. Santos. "*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*", Borsoi, Rio.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. "*O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional*". Forense, Rio, 1983.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. "*Direito e Processo Disciplinar*", 2.ª Ed. 1966.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. "*Tratado de Direito Administrativo*", Vol. III.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. "*Crime Militar*", Ed. Rio, 1978.
- COSTA, José Armando da. "*Teoria e Prática do Direito Disciplinar*", Forense, Rio, 1981.
- DE PLÁCIDO e SILVA. "*Vocabulário Jurídico*", Forense, Rio.
- DIAS, Francisco Mauro. "*O Exame dos Atos Administrativos pelas Instâncias Administrativas e Judiciais*", "*Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*", n.º 19/1972.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. "*O Controle dos Atos Administrativos pelo Judiciário*", 4.ª Ed. Forense, Rio.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Revista de Direito Público* n.º 19.
- GALLOTTI, Ministro Luiz. *Revista "Arquivo Judiciário"*, Dez/51.
- GORDILLO, Agustin A. *Revista de "Direito Público"* n.º 10.
- GUIMARÃES, Moreira. "*Direito Militar*", Rio, 1924.

- HUNGRIA, Nelson. Revista *Arquivo Judiciário*, Dez/51.
- Revista de *Direito Administrativo* n.º 1.
- JUNIOR, José Cretella. "*Tratado de Direito Administrativo*", Forense, Rio.
- KARST, Major Heinz. "*A Disciplina é Imperiosa*". Das Parlament, Set/56.
- KERNER, Miroslav. "*A Disciplina Militar Soviética*". Military Review, Jun/52.
- MALUF, Sahid. "*Direito Constitucional*", 9.ª Ed. 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. "*Direito Administrativo Brasileiro*", 5.ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, SP.
- MELLO, General Francisco Batista de. "*O Medo, a Disciplina e a Liberdade*". Revista A Defesa Nacional, n.º 699.
- MIRANDA, Pontes de. "*Comentários à Constituição Federal de 1967*". Ed. Revista.
- MIRANDA, Pontes de. "*Comentários à Constituição Federal de 1967*". Ed. Revista dos Tribunais, 2.ª Ed. S.P.
- MYER, Allan A. "*A Disciplina do Exército da URSS*", Military Review, Nov/75.
- ORLANDO, V. E. "*Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*".
- ROQUEPLO, Jean-Claude. "*Le Statut des Militaires*". La Documentation Française, Paris, 1979.
- SIDOU, J. M. Othon. "*As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos*", 1.ª Ed. Forense, Rio.
- SIMAS, Henrique de Carvalho. "*Manual ..Elementar de Direito Administrativo*", 2.ª Ed. Rio.
- SOARES, Vicente Henrique Varela. "*Dicionário de Terminologia Militar*", Ed. dos Autores, 1962.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. "*O Controle de Moralidade Administrativa*", Saraiva, 1974.
- TACITO, Caio. Comentários no RMS n.º 1664/STF. Revista de *Direito Administrativo*, Vol. 37.
- THOMPSON, G. O. N. "*The Royal Engineers Journal*", Set/47.
- TROTSKY, Leon. "*Kak Vosruchadas Revolynstia*".

NOTAS

- 1 — DE PLÁCIDO e Silva, in *Vocabulário Jurídico*, Rio, Forense, 1975.
- 2 — Idem.
- 3 — Id, ibdem.

- 4 — Estatuto dos Militares
- 5 — DE PLÁCIDO e Silva, ob. cit.
- 6 — ALMIRANTE, D. José, in “Diccionario Militar”, Madrid, 1869.
- 7 — SOARES, Vicente Henrique Varela e ADELINO, Eduardo Augusto das Neves, in “Diccionario de Terminologia Militar”, Ed. dos Autores, 1962.
- 8 — ALMIRANTE, D. José, ob. cit.
- 9 — Idem.
- 10 — Idem, ibidem.
- 11 — Cf. ALMIRANTE, D. José, ob. cit.
- 12 — MYER, Allan A., in “A Disciplina no Exército da URSS”, Military Review, Nov/75.
- 13 — MELLO, Gen. Francisco Batista de, in “O Medo, a Disciplina e a Liberdade”, A Defesa Nacional, n.º 699, Jan/Fev 82, pág. 178.
- 14 — ALMIRANTE, D. José, ob. cit.
- 15 — MYER, Allan A., ob. cit.
- 16 — Idem.
- 17 — TROTSKY, Leon, in “Kak Vosruzhalas Revolyntsia” apud Allan A. Myer.
- 18 — MYER, Allan A., ob. cit.
- 19 — Cf. BERMAN, Harold J. e KERNER, Miroslav, in “A Disciplina Militar Soviética”, Military Review, Jun/52.
- 20 — MYER, Allan A., ob. cit.
- 21 — Règlement de Discipline Générale dans les Armées Décret n.º 75.675, du 28 juillet 1975, article premier.
- 22 — “A Disciplina é Imperiosa”, in Das Parlament, Set/56.
- 23 — Idem.
- 24 — Military Review, Mar/57, pág. 107.
- 25 — Lei n.º 6.880, de 9 Dez/80.
- 26 — Dec. n.º 8.835, de 23 Fev/42, Art. 3.º e Dec. n.º 79.985, de 19 Jul/77, Art. 6.º § 1.º.
- 27 — MIRANDA, Pontes de, in “Comentários à Constituição Federal de 1967, Ed. Rev. dos Tribunais, 2.ª Ed. 1974, Tomo V.
- 28 — Dec. n.º 1899, de 19 Ago/37.
- 29 — GUIMARAES, Moreira, in “Direito Militar”, Rio, 1924.
- 30 — JUNIOR, José Cretella, in “Tratado de Direito Administrativo”, Vol. VI, Forense.

- 31 — Art. 47 do Estatuto dos Militares.
- 32 — Art. 6.º do Regulamento Disciplinar para a Marinha.
- 33 — CAETANO, Marcello, in “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, 1.ª Ed. 1977, Forense, Rio.
- 34 — Dec. n.º 8.835, de 23 Fev/42, Art. 12.
- 35 — Idem.
- 36 — Id, ibdem.
- 37 — Dec. n.º 79.985, de 19 Jul/77, Art. 12. *caput*.
- 38 — Idem, *in fine*.
- 39 — COSTA, Álvaro Mayrink da, in “Crime Militar”, Ed. Rio, pág. 24, 1978.
- 40 — Letra *b* da Port. Min. n.º 2.428, de 20 Dez/77.
- 41 — MEIRELLES, Hely Lopes, in “Direito Administrativo Brasileiro”, 5.ª Ed. Editora Revista dos Tribunais, S.P., pág. 647/648.
- 42 — Arts. 14 e 15.
- 43 — Cf. Art. 50.
- 44 — Cf. Art. 30, §§ 1.º e 5.º.
- 45 — Art. 31, § 3.º da LSM
- 46 — Anexo do RDE
- 47 — Lei do Serviço Militar, *cir*.
- 48 — FRAGOSO, General Augusto, in “Os Conselhos de Justificação e o Superior Tribunal Militar”, Separata da Revista n.º 3/77, do STM, pág. 15 e 16.
- 49 — Art. 102 do Código Penal Militar, Dec. Lei n.º 1.001 de 21 Out/69.
- 50 — Inciso III, Art. 125 dos Estatutos dos Militares.
- 51 — Idem Art. 49.
- 52 — Dec. n.º 71.500, Art. 9.º.
- 53 — Lei n.º 5.836, de 5 Dez/72.
- 54 — Art. 93 da Constituição Federal.
- 55 — Cf. CAETANO, Marcello, in “Do Poder Disciplinar”, Coimbra, 1932.
- 56 — CAVALCANTI, Themistocles Brandão, in “Direito e Processo Disciplinar”, 2.ª ed. 1966, pág. 14.
- 57 — CAETANO, Marcello, *ob. cit.* pág. 4.
- 58 — CAVALCANTI, T. Brandão, *ob. cit.* pág. 196.
- 59 — Comentários no RMS n.º 1.664 STF, RDA Vol. 37/351.
- 60 — Idem.

- 61 — CAETANO, Marcelo; ob. cit. pág. 47.
- 62 — Cf. DIAS, Francisco Mauro, in "O Exame dos Atos Administrativos pelas Instâncias Administrativas e Judiciais", Rev. Do Inst. Adv. do Brasil, n.º 19/72, pág. 117 e segs.
- 63 — COSTA, Álvaro Mayrink da, in "Crime Militar", Ed. Rio, pág. 25.
- 64 — Idem, pág. 23.
- 65 — FAGUNDES, M. Seabra, in "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Forense, 4.ª Ed. pág. 168.
- 66 — DIAS, Francisco Mauro, in "O Exame dos Atos Administrativos pelas Instâncias Administrativas e Judiciais", in Revista do IAB 19/72.
- 67 — DE PLÁCIDO e Silva, ob. cit.
- 68 — Art. 91 da Constituição Federal e Art. 2.º do Estatuto dos Militares.
- 69 — Art. 90, Constituição Federal.
- 70 — DIAS, Francisco Mauro, ob. cit.
- 71 — Cf. Art. 12, RDE.
- 72 — HC n.º 4.600, 17/Ago. 1918, in Rev STF, n.º 21/245.
- 73 — HUNGRIA, Nelson, in "Arquivo Judiciário", Dez/51/340.
- 74 — STF, RE 72.390, in RDA 110/243.
- 75 — Cf. SIDOU, J. M. Othon, in "As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos", 1.ª Ed. Forense, 1977, pág. 190.
- 76 — SIDOU, J. M. Othon, ob. cit. pág. 190
- 77 — FAGUNDES, M. Seabra, ob. cit. pág. 293.
- 78 — Dec. Lei n.º 1.001, 21/Out/69.
- 79 — Dec. Lei n.º 1.002, de 21/Out/69.
- 80 — Art. 469 do CPPM.
- 81 — Cf. § 2.º do Art. 93 da CF, in fine.
- 82 — Idem, *caput*.
- 83 — Exposição de Motivos do Dec. Lei n.º 142/77, de 9/Abr/77.
- 84 — MS n.º 1.374, STF, in "Arquivo Judiciário", Dez/51, pág. 338.
- 85 — Idem, pág. 339.
- 86 — Idem, *ibidem*, pág. 344, voto do Min. Edgard Costa.
- 87 — Ob. cit. pág. 47.
- 88 — MS/STF n.º 1.374, voto do Min. Luiz Galloti, in "Arquivo Judiciário", Dez/51, pág. 342.
- 89 — CASTRO, Carlos Roberto de Siqueiro in "O Princípio da Isonomia e a Igualdade da Mulher no Direito Constitucional", Forense, 1983, pág. 82.

- 90 — Cf. tb. Art. 163, § 4.º da CF.
- 91 — SIDOU, J. M. Othon, ob. cit. pág. 278.
- 92 — Cf. FAGUNDES, M. Seabra, ob. cit. pág. 322.
- 93 — DE PLÁCIDO e Silva, *in* Vocabulário Jurídico, Vol. III, Ed. Forense Rio.
- 94 — MIRANDA, Pontes de *in* Comentários à Constituição de 1967, Ed. Revista dos Tribunais, 2.º Ed. 1974, Tomo V, pág. 234.
- 95 — Idem.
- 96 — CAETANO, Marcelo, *in* “Direito Constitucional”, Forense, 1977, Vol. II, pág. 133.
- 97 — MIRANDA, Pontes de, ob. cit.
- 98 — MALUF, Sahid, *in* Direito Constitucional, 9.º Ed. 1977, pág. 406.
- 99 — Idem.
- 100 — RDA, Vol. 118/99.
- 101 — Cf. Art. 81, III, Constituição Federal.
- 102 — ATALIBA, Geraldo, *in* “Liberdade e Poder Regulamentar”, Revista de Informação Legislativa, n.º 66, pág. 60.
- 103 — MIRANDA, Pontes de, ob. cit.
- 104 — PIMENTA Bueno, *Apud*, Sidou, J.M. Othon, *in* “As Garantias Ativas...”
- 105 — CARVALHO, J.M. Santos, *in* “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, Vol. XV, Borsoi, Rio.
- 106 — MIRANDA, Pontes de, ob. cit.
- 107 — RDP 19/60.
- 108 — RDP 10/16.
- 109 — RDA, Vol. I, pág. 25.
- 110 — Ob. cit. pág. 97.
- 111 — Idem, pág. 89.
- 112 — MEIRELLES, Hely Lopes, ob. cit. pág. 96.
- 113 — SIMAS, Henrique de Carvalho, *in* “Manual Elementar de Direito Administrativo”, 2.º Ed. Rio, pág. 42.
- 114 — MEIRELLES, Hely Lopes, ob. cit., pág. 137.
- 115 — Idem, *ibidem*.
- 116 — SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco, *in* “O Controle da Moralidade Administrativa”, Saraiva, 1975, pág. 5.
- 117 — Ob. cit. pág. 69.
- 118 — V. nota n.º 94.

- 119 — Cf. Ruben Rodrigues Nogueira, *in* “Aplicação do Princípio da Ampla Defesa no Procedimento Administrativo Disciplinar”, *Rev. Inf. Leg.* n.º 53/1977, pág. 237.
- 120 — MEIRELLES, Hely Lopes, *ob. cit.* pág. 642.
- 121 — *Idem*, pág. 651.
- 122 — CAVALCANTI, Themistocles Brandão, *in* “Tratado de Direito Administrativo”, Vol. III, pág. 458.
- 123 — MEIRELLES, Hely Lopes, *ob. cit.* pág. 652.
- 124 — GORDILLO, Agustin A., *ob. cit.* pág. 23.
- 125 — *Idem*, pág. 22.
- 126 — BONESANA, Cesare, Marques de Beccaria, *in* “Dos Delitos e das Penas”, trad. por Paulo M. Oliveira, Ed. Atenas, SP, pág. 57.
- 127 — COSTA, José Armando da, *in* “Teoria e Prática do Direito Disciplinar”, Forense, 1.ª Ed. 1981, pág. 320.
- 128 — RMS n.º 1.664, RDA, Vol. 37, pág. 349.
- 129 — *Idem*, pág. 351.
- 130 — Agravo de Petição n.º 185.330, *in*, RJTJSP, Vol. 14, pág. 220. RJTJSP, Vol. 14, pág. 220.
- 131 — Cf. COSTA, José Armando da, *ob. cit.* pág. 14.
- 132 — Ver Dec. Lei n.º 200, Arts. 1.º, 2.º, 4.º e 45 a 67.
- 133 — Tratado de Direito Administrativo, Vol. IV, pág. 488.
- 134 — Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano.
- 135 — Libro I, Capo I, § 1.º, pág. 3 a 14.
- 136 — *Ob. cit.* Vol. X, pág. 8.
- 137 — Exp. de Motivos, Dec. Lei n.º 142/77, de 9 Abr 77, República Portuguesa.
- 138 — Article premier du statut général.
- 139 — “Le Statut des Militaires”, Notes 8 Etudes Documentaires, La Documentation Française, Paris, 1979, pág. 107.
- 140 — Lei n.º 6.880, de 9 Dez 80, Art. 1.º.
- 141 — Cap. XI, XII e XIII do RDE.
- 142 — Cf. GORDILLO, Augustin A, *ob. cit.* pág. 17.
- 143 — Cf. WADE, H. W. R., *Apud* Augustin A. Gordillo, *ob. cit.* pág. 17.
- 144 — Décret n.º 75.675, du 28 Juillet 1975.
- 145 — Dec. Lei n.º 142/77, de 9 Abril 77.
- 146 — Exposição de Motivos do RDM de Portugal.

- 147 — RDM, Art. 77.
- 148 — Idem, art. 80.
- 149 — Idem, art. 83, 1.
- 150 — Idem, n.º 2.
- 151 — Idem, n.º 3.
- 152 — Art. 90, item 1.
- 153 — Dec. n.º 76.322, de 22 Set 75.
- 154 — Art. 32, n.º 2.
- 155 — Dec. n.º 15.861, de 16 Fev. 1923.
- 156 — RMS n.º 1.374, "Arquivo Judiciário", Dez 51, pág. 340.
- 157 — Dec. 88.545, de 26 Jul 83, Art. 26.
- 158 — Art. 15, Dec. n.º 6.579, de 5 Mar 83 (Est. RJ).
- 159 — RDE, Art. 16.
- 160 — Idem, parágrafo único.
- 161 — Dec. n.º 8.835, de 23 Fev 42.
- 162 — Dec. n.º 7.459, de 15 Jul 1.909.
- 163 — Dec. n.º 5.884, de 8 Mar 1875.
- 164 — Dec. n.º 12.008, de 29 Mar 1916, Art. 445.
- 165 — Dec. n.º 14.085, de 3 Mar 1920.
- 166 — Dec. n.º 19.040, de 19 Dez 1929.
- 167 — Dec. n.º 1.899, de 19 Ago 37, Art. 76.
- 168 — Dec. n.º 2.429, de 4 Mar 38, Art. 76.
- 169 — Dec. Lei n.º 142, de 9 Abr 77.
- 170 — RDE, Art. 14, n.º 2.
- 171 — Idem, n.º 3.
- 172 — Idem Art. 16, n.ºs 3 e 5.
- 173 — Idem Arts. 17 e 18.
- 174 — Dec. n.º 71.500, Art. 9.º.
- 175 — Lei n.º 5.836, de 5 Dez 72.
- 176 — CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, ob. cit. pág. 36.

b) LEGISLAÇÃO

1. BRASILEIRA

Constituição de 25 de março de 1824.

Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

Constituição de 16 de julho de 1934.

Constituição de 10 de novembro de 1937.

Constituição de 18 de setembro de 1946.

Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969.

Lei n.º 4.375, de 17 de agosto de 1964.

Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

Lei n.º 5.836, de 5 de dezembro de 1972.

Lei n.º 6.880, de 8 de dezembro de 1980.

Dec. Lei n.º 3.038, de 10 de fevereiro de 1941.

Dec. Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Dec. Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Dec. Lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969.

Dec. n.º 5.884, de 8 de março de 1875.

Dec. n.º 7.459, de 15 de julho de 1909.

Dec. n.º 12.008, de 29 de março de 1916.

Dec. n.º 14.085, de 3 de março de 1920.

Dec. n.º 15.961, de 16 de fevereiro de 1923.

Dec. n.º 19.040, de 19 de dezembro de 1929.

Dec. n.º 1.899, de 19 de agosto de 1937.

Dec. n.º 2.428, de 4 de março de 1938.

Dec. n.º 8.835, de 23 de fevereiro de 1942.

Dec. n.º 71.500, de 5 de dezembro de 1972.

Dec. n.º 76.322, de 22 de setembro de 1975.

Dec. n.º 79.985, de 19 de julho de 1977.

Dec. n.º 88.545, de 26 de julho de 1983.

Portaria Min. n.º 2.428, de 20 de dezembro de 1977.

Dec. n.º 6.579, de 5 de março de 1983 (Est. do Rio de Janeiro).

2 ESTRANGEIRA

Décret n.º 75.675, de 28 de julho de 1975 (França).

Dec. Lei n.º 142, de 9 de abril de 1977 (Portugal).

1.º TEN QAO JOÃO RODRIGUES ARRUDA, possui, entre outros, os seguintes cursos: Precursor Pára-quedista e Básico de Salto Livre, da Brigada Pára-quedista; Formação e Aperfeiçoamento de Tecnologistas de Balística, do Instituto Militar de Engenharia; Parachutiste Militaire du Ecole des Troupes Aéroportées, em Pau-França; Bacharel em Direito, das Faculdades Integradas Estácio de Sá; Mestrado em Direito, da Universidade Gama Filho. É professor de Direito Constitucional e Direito Penal Militar, nas Faculdades Integradas Bennett.