

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E O PODER GERAL DE CAUTELA NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES

WALTER SANTOS PENICHE

Oficial da Ativa do Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha, Bacharel em Direito e Pós-Graduado em Direito Penal/Processo Penal e em Direito Militar pela Universidade Gama Filho, Assessor Jurídico do Centro de Instruções Almirante Alexandrino.

RESUMO

O presente estudo tem o propósito de analisar a aplicação da antecipação de tutela e do poder geral de cautela (tutela cautelar) nas infrações disciplinares militares, sem o exame dos pressupostos do ato disciplinar, em comparação com a tutela específica do direito de liberdade emanada do *habeas corpus* e a obrigatoriedade da prévia análise do processo disciplinar, culminando com a impossibilidade de deferimento *inaudita altera pars*, a fim de evitar a ocorrência do *periculum in mora inverso*, com fundamento no inciso LXI do art. 5º e §2º do art. 142 da Constituição Federal, combinados com o §2º do art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Rio de Janeiro, RJ, 12 de novembro de 2008

1 – INTRODUÇÃO

Grassa, no âmbito da Justiça Federal, decisões judiciais em caráter cautelar, de suspensão de execução de pena disciplinar militar, proferida *inaudita altera pars*, mesmo com o conhecimento de que a pena tenha sido aplicada em processo administrativo disciplinar, formalmente constituído.

A suspensão de execução de pena disciplinar impacta gravemente a ordem administrativa militar, visto que afeta um dos princípios basilares de existência das Forças Armadas, qual seja, a disciplina.

Assim, impende analisar a aplicação do instituto da tutela antecipada e do poder geral de cautela, previstos, respectivamente, no art. 273 e 798 do Código de Processo Civil, no que se refere à observância dos seus requisitos antes da intervenção judicial no processo disciplinar ao qual estão submetidos os membros das Forças Armadas.

2 – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, PODER GERAL DE CAUTELA, PRESSUPOSTOS E REPERCUSSÃO DA SUSPENSÃO DO ATO DISCIPLINAR MILITAR

A decisão judicial que suspende a execução de sanção disciplinar, aplicada pelo Comandante Militar do infrator, reduz a sua autoridade e desequilibra a ordem administrativa militar, até porque, quando se fala em suspensão e em cautelar, não se define de pronto, a ilegalidade ou não da decisão administrativa, impõe-se uma lacuna, imprópria à regularidade imanente dos organismos militares.

Quando a suspensão da execução da pena disciplinar, sob o pálio da cautelaridade, deixa de observar os seus próprios pressupostos de concessão, fere igualmente, a ordem jurídica geral, conforme se verá adiante.

Apresenta-se como objeto de estudo e exemplo de inobservância dos pressupostos exigidos pelo processo civil para a concessão de tais medidas, uma decisão judicial da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cuja fundamentação aborda o tema:¹

DECISÃO

Trata-se de pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional formulado...., para que seja determinado à União Federal que efetive a promoção do autor ..., bem como a **suspensão da punição disciplinar a ele imposta.**

Como causa de pedir, sustenta, em síntese, que, sofreu

punição disciplinar Diante disso, conclui, ..., deve ser anulada a punição disciplinar, a qual consiste na proibição de sua saída da OM,...

É o breve relatório.

Decido.

O art. 273 do CPC disciplina a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional nos seguintes termos, *in verbis*:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

(...)

§2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Observa-se, pela leitura do dispositivo acima transcrito, que são requisitos para a concessão da tutela antecipada:

- 1) A prova inequívoca que convença o magistrado da verossimilhança da alegação;
- 2) Haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou fique caracterizado o abuso no exercício do direito de defesa ou o intento protelatório do réu; e
- 3) Que não haja perigo de irreversibilidade do provimento antecipado acaso deferido pelo juiz.

A exigência de que haja prova inequívoca, que convença o juiz da verossimilhança da alegação, significa, segundo a doutrina, que a partir de um juízo de cognição sumária, portanto antes do encerramento da fase de instrução do processo, **tenha o juiz como provável a alegação** da parte.

Assim, conclui-se que o primeiro requisito para a tutela antecipada é a **PROBABILIDADE** de existência do direito afirmado pelo demandante.

O segundo requisito é a existência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. É o chamado *periculum in mora*.

Alternativamente ao requisito acima, é necessário que fique caracterizado o abuso do direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório do réu. Aqui está presente a chamada tutela de evidência, que é aquela concedida a partir de um direito já pacificamente reconhecido em sede jurisprudencial, e contra o qual se insurja o réu com expedientes que caracterizem o abuso do direito de defesa, de modo que fique claro que o réu pretende tão somente ganhar tempo, utilizando-se do processo para postergar o pleno exercício do direito titularizado pelo autor.

O terceiro requisito exigido pela lei é a não existência do perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório, caso deferido.

Assim, deve o juiz, antes de conceder a tutela antecipada, verificar se é possível reverter o estado de coisas ao seu *status quo ante*, ou seja, desfazer integralmente a medida antecipatória concedida liminarmente, por ocasião do provimento final que é a sentença, ou ainda por ocasião de um provimento interlocutório consistente na revogação da medida inicialmente adotada.

Esse requisito muitas vezes está ausente. Na verdade, na maioria dos casos é irreversível o provimento antecipatório concedido pelo juiz, normalmente pela dificuldade financeira ostentada pela parte autora, ou ainda pela própria natureza do objeto sobre que recai a medida antecipatória.

Para atenuar o rigor da exigência consagrada no § 2º do art. 273 do CPC, advoga a doutrina a aplicação do princípio da proporcionalidade, de

maneira a sopesar os interesses em conflito, extraindo-se de tal confronto a conclusão acerca de qual dos interesses em conflito deve merecer proteção já no início do processo.

Nesse sentido é a lição da moderna doutrina processual brasileira, que assim disserta sobre o tema:

“Nessas hipóteses, estar-se-á diante de verdadeira “irreversibilidade recíproca”, caso em que se faz possível a antecipação da tutela jurisdicional. Diante de dois interesses na iminência de sofrerem dano irreparável, e sendo possível a tutela de apenas um deles, caberá ao juiz proteger o interesse mais relevante, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, o que lhe permite, nestas hipóteses, antecipar a tutela jurisdicional (ainda que, com tal antecipação, se produzam efeitos irreversíveis).”

Analisando o caso em epígrafe, observo que o questionamento acerca da punição alusiva à proibição de se ausentar da Organização Militar se esvaziará por completo caso seja dada aplicação, no caso, ao postulado do contraditório, **razão pela qual é de se suspender a punição**, nesse tocante, nos termos do art. 798 do CPC, até que se possa avaliar, após o desenvolvimento da fase instrutória, acerca da correção da punição.

(...)

Em face do exposto, **DEFIRO EM PARTE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL**, para determinar à Ré, por meio de sua procuradoria, bem como ao Comando ..., que suspendam a punição de 30 (trinta) dias de impedimento, com base no item 28 do art. 7º do RDM.

Não são raras as ocorrências que tendem a agrupar os institutos da antecipação de tutela com a tutela cautelar, como a decisão acima, que inicia a fundamentação no art. 273 e conclui pela aplicação do art. 798, ambos do CPC. Entretanto, das cautelares sob exame não são exigidos os mesmos requisitos.

2.1 – Antecipação de Tutela e Poder Geral de Cautela (Tutela Cautelar): Diferenças e Pressupostos

A fundamentação engendrada no julgado se dirige ao instituto dos efeitos da tutela antecipatória, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil (CPC). Entretanto, o dispositivo da decisão se escorou no poder geral de cautela previsto no art. 798 do CPC, com o único fundamento de que a pretensão “se esvaziará” se o caso fosse submetido ao contraditório, indicando aí o *periculum in mora*.

Não se cogitou, porém, da “legitimidade” como atributo do ato administrativo, nem da presença dos requisitos formais constitutivos do processo administrativo que julgou a transgressão disciplinar.

Contudo, o primeiro equívoco que deve ser sanado refere-se a não se confundir a tutela antecipatória com a tutela cautelar, poder geral de cautela, respectivamente, previstas no

art. 273 e art. 798 do CPC.

Reis Fried chama a atenção para esse detalhe:

Na tutela cautelar, onde inexistente efetiva jurisdição e **lide meritória** (a lide impropriamente considerada é apenas “de dano”), é importante observar que há sempre um aspecto de referibilidade processual (**e não propriamente material, comum nas tutelas cognitivas**) a um direito efetivo que se deseja, a seu tempo, ver refendado no processo principal (alusivo, em última análise, a uma autêntica jurisdição, de índole cognitiva, com caracterização de lide meritória). É, pois, exatamente esta característica de cautelaridade referencial – que se opõe à denominada satisfatividade relativa ou absolutamente exauriente pretendida no processo de conhecimento – que deve ser perseguida e encontrada necessariamente na tutela assecuratória, para permitir a viabilizar a sua plena identificação.

(...). Ainda, assim, algumas vozes isoladas tem sido dúvidas no sentido da defesa de tese diametralmente oposta a aqui consignada, conduzindo no nosso Direito Processual a caminhos distantes do rigor técnico que vem norteando nossa legislação particularmente desde 1973 com o advento do novo Código. (...)

Os riscos desta autêntica empreitada que objetiva, ainda que inconscientemente, o estabelecimento de um verdadeiro nó no estudo mais aprofundado da ciência processual, tem permitido até mesmo a publicação de conclusões as mais esdrúxulas e absurdas possíveis sobre o novo instituto da antecipação de tutela, insinuando desde a simples desnecessidade do provimento cautelar (em face da inauguração normativa do preceito insito no art. 273 do CPC) até sua própria revogação parcial.

“Se o juiz pode antecipar a tutela no processo de conhecimento, não mais se justifica a ação cautelar inominada incidental, fundada no poder geral de cautela. Não haveria o interesse de agir de o autor garantir a eficácia daquele processo, tal é a finalidade da ação cautelar.” (Novely Vilanova da Silva Reis in Breves Anotações sobre Modificações do CPC, JF de 1ª Instância, Brasília, 1995, p. 52).

Neste diapasão, deve ser registrado, de forma contundente, procurando restabelecer o parâmetro do necessário rigor técnico, que a denominada tutela antecipada, em nenhuma hipótese, se coaduna com as características e os objetivos próprios e específicos (e, **em certo aspecto, limitados**) da **tutela cautelar**, restritos, em última análise, a uma forma jurisdicional extensiva que visa assegurar a plena efetividade de tutela jurisdicional de conhecimento (antecipada ou não). Nem mesmo limitadamente, como deseja Francisco Cavalcanti, deve ser reconhecida uma possível e relativa sobreposição (salvo em caráter absolutamente excepcional) dos dois institutos que, diferente da interpretação dispensada in caso pelo autor, não possuem identidade quanto ao aspecto finalístico.² (grifos nossos)

Na antecipatória deve ser presente a prova inequívoca da verossimilhança da alegação, o que difere da exigência do *fumus boni iuris* do poder geral de cautela. A cognição quanto à verossimilhança não se realiza mediante a probabilidade ou plausibilidade. Essa verificação é própria do *fumus boni iuris*, porque na tutela cautelar o que se pretende é assegurar a execução do mérito pretendido. Na tutela antecipatória a prova deve ser segura, inequívoca, porque a pretensão consiste na satisfação imediata da executividade do direito futuro, a entrega é total.

Independente da medida a ser adotada, a reunião dos requisitos deve ser necessariamente exposta pelo julgador, se os encontrou na alegação e provas carreadas pelo requerente. Na decisão supra não foi possível verificar qual prova foi inequívoca para ser eleita pelo julgador como convincente da verossimilhança, ainda que aquilo que a lei exigiu como inequívoco, tenha sido tomado como probabilidade.

A decisão judicial foi imprecisa na indicação de qual instrumento utilizou para suspender o ato administrativo disciplinar, posto que fundiu os institutos e adotou um só requisito, quando deveria informar a presença de pelo menos dois, *fumus* e *periculum*, de acordo com o que foi decidido com base no art. 798 do CPC.

Obviamente não é caso de antecipação, uma vez que não estão reunidos os requisitos, tanto o principal, verossimilhança, quanto o da irreversibilidade.

O poder geral de cautela, noutra vertente, também exige a verossimilhança, mas sem a obrigação da prova inequívoca, o que se reveste em *fumus boni iuris*, conforme mencionado anteriormente. Deve estar presente, ainda o *periculum in mora* simultaneamente ao *fumus*. Também não foi demonstrado o *fumus*, até porque a sanção disciplinar foi aplicada depois de analisados os fatos em processo disciplinar, formalmente constituído, que trás em seu bojo o atributo de legitimidade, próprio dos atos administrativos.

O poder geral de cautela investe de discricionariedade ampla o julgador, mas esse poder não é irrestrito, posto que os requisitos devem ser expressamente identificados na decisão de concessão da medida, sob pena de ferir o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, que exige a fundamentação das decisões judiciais.

O poder geral de cautela, tido como cautelar atípica pela doutrina, em razão da excepcionalidade com que deve ser adotado, merece esse cuidado. O próprio julgador reconhece que: “*Na verdade, na maioria dos casos é irreversível o provimento antecipatório concedido pelo juiz, normalmente pela dificuldade financeira ostentada pela parte autora, ou ainda pela própria natureza do objeto sobre que recai a medida antecipatória.*”.

Nesse caso, a concessão desse tipo de medida deve ater-se de forma vinculada aos requisitos da lei, que é o melhor cuidado a ser adotado, em razão da excepcionalidade com que deve ser empregada, pelas conseqüências irreversíveis que provoca.

O único requisito demonstrado acima consiste no *periculum in mora* que o julgador apontou nos seguintes termos: “*Analisando o caso em epígrafe, observo que o questionamento acerca da punição alusiva à proibição de se ausentar da Organização Militar se esvaziará por completo caso seja dada aplicação, no caso, ao postulado do contraditório...*”.

Sob o prisma da demora, tudo o que se requerer no judiciário merecerá uma tutela cautelar. Entretanto, não só *periculum* basta, faltou indicar o *fumus boni iuris*. Entretanto, quando se fala em *fumus boni iuris*, estamos tratando de mérito administrativo, defeso ao juiz adentrar, ao menos *in limine*, no caso vertente, pela natureza objeto em julgamento, qual seja, a transgressão disciplinar militar.

As cautelares reclamam atenção estrita aos requisitos, principalmente quando já se supõe previamente da possibilidade de se operar irreversibilidade recíproca e quando tratar-se de ato disciplinar deve considerar muito mais a natureza do objeto, do que o *periculum* ou o *fumus boni iuris*, em razão do regime jurídico da disciplina militar, conforme tratado pela Constituição Federal.

Nesse rumo é como se desenha o entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto à pertinência do *habeas corpus* em transgressão disciplinar.

2.2 – Pressupostos do Ato Disciplinar

O caso versa sobre uma punição disciplinar militar que, como se sabe, decorre de processo administrativo e foi aplicada no âmbito da Marinha do Brasil.

O Regulamento Disciplinar para a Marinha (RDM), dispõe sobre as regras desse processo, aprovadas pelo Decreto nº 88.545/1983. As outras forças também dispõem de regulamentos próprios, cujos processos, de forma geral, se assemelham, posto que decorrem de mandamento constante no Estatuto dos Militares.

O RDM estabelece o Processo Administrativo Disciplinar Militar, especifica e classifica as contravenções; dispõe sobre as normas relativas à amplitude e à aplicação das penas; à classificação do comportamento e à interposição de recursos. Nesse Regulamento estão presentes as disposições do devido processo legal para a apuração das infrações disciplinares militares, estatuinto a **ampla defesa, o contraditório** e possibilita a defesa técnica, realizada por Advogado.

O interessado, também, pode requerer a instauração de Sindicância, a fim de melhor apuração dos fatos (art. 9º).

Em audiência de julgamento, abre-se outra oportunidade para a dialética, contestação e defesa oral reduzida a termo.

As normas do RDM consubstanciam a determinação do art. 47, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), com esteio no art. 142, da Constituição da República, no interesse e preservação da disciplina. Portanto, encontra-se vigente, válido e aplicável no ordenamento

jurídico brasileiro.

Nada foi dito na decisão judicial sobre os requisitos do ato administrativo e seus elementos.

Constitui entendimento pacífico, tanto na doutrina, como na jurisprudência, que por meio de *habeas corpus* não se examina o mérito do ato punitivo disciplinar. Cabível, entretanto, na análise dos pressupostos processuais e de validade do ato administrativo, a fim de resguardar o devido processo legal, tais como, a competência da autoridade julgadora, o contraditório, a ampla defesa, o tipo e a gradação da pena cominada no regulamento, à existência do poder disciplinar e o ato inerente à função.

Os requisitos do ato disciplinar se verificam pela análise do processo que os substanciam.

A vedação constitucional do exame do mérito das punições disciplinares militares, prevista no §2º do art. 142 da Constituição Federal, não impõe confronto com o Devido Processo Legal, cujo âmago se infere na ampla defesa e no contraditório, além dos requisitos do ato administrativo, conforme já explicitado.

No caso em apreço, tem-se por notória a possibilidade de se avaliar a ocorrência ou não da ampla defesa e do contraditório, pois a punição decorreu do processo formal, bem como se opera facilmente a verificação da ciência da contravenção; e dos recursos cabíveis, o que resta perfeitamente subsumido ao ato administrativo punitivo, bastando analisar o Processo Disciplinar. A despeito de se adotar uma cognição sumária, no poder geral de cautela essa não deve ser perfunctória e desatenta à natureza do objeto pesquisado.

Se no *habeas corpus*, instrumento específico para assegurar o direito de locomoção, com previsão constitucional, cujo trâmite processual se faz com a máxima celeridade, possibilitando também provimento cautelar, a anulação ou suspensão de execução de pena disciplinar não se opera, senão pela identificação da ausência dos pressupostos do ato disciplinar. Como justificar, então, a suspensão de pena pela via do poder geral de cautela, onde o julgador dispõe de ampla discricionariedade, mas que, a despeito dos requisitos para a concessão, deixa de mencionar que não encontrou os pressupostos do ato disciplinar? O *habeas corpus*, como esse instituto cautelar, também se submete à cognição sumária, nem por isso relega os pressupostos do ato disciplinar.

Teria a decisão que se fundamentar também nesses pressupostos, pois, nesse

caso, o *fumus* a eles está vinculado, e o *periculum*, pela restrição da liberdade. São requisitos a serem obrigatoriamente pesquisados, quanto se tratar de punição disciplinar.

Também não é o caso de sopesar os interesses, porque se analisaria o mérito, e, apesar da vedação, nesse confronto, se desidiosa a cognição, a liberdade sempre prevalecerá ao ato administrativo, mas não é esse o interesse público maior que a norma busca proteger, quando o fato tiver relação com a disciplina militar.

Não se trata de tolher o poder geral de cautela, mas que esse tenha como esteio a natureza do objeto, que o deferimento seja fundamentado na verificação responsável dos pressupostos de validade do ato administrativo quando a disciplina militar for posta em julgamento, dada à importância do instituto.

Assim, se das alegações do autor **não foi possível** verificar se a Autoridade que aplicou a penalidade possui competência; se a pena aplicada está prevista no regulamento, tanto na modalidade, quanto no limite estabelecido; se houve contraditório e defesa; se há poder disciplinar ou se o ato tem relação funcional; não pode haver *fumus boni iuris*, pois se for difícil verificar a presença dos pressupostos, duas são as alternativas, ou se nega de plano o pedido cautelar, ou abre-se o postulado do contraditório, ainda que seja no prazo exíguo do *habeas corpus*, em que a autoridade coatora dispõe de 24 (vinte e quatro) horas para informar sobre a existência dos requisitos do ato disciplinar. Contudo, não se tem vislumbrado na jurisprudência a suspensão de cumprimento de pena por liminar em *habeas corpus*, sem essa análise.

Além de diferenciar a tutela antecipatória da tutela cautelar, há que se fazer o mesmo quanto ao poder geral de cautela, denominada doutrinariamente como tutela atípica, com as tutelas típicas, que dispõem de regras próprias para as suas concessões, como é o caso das liminares em *habeas corpus*.

No entender do Professor Humberto Theodoro Júnior o julgador deve observar os pressupostos da medida a ser empregada, conforme ensina nos seguintes termos: “*Diante, porém, do poder geral de cautela, a atividade jurisdicional apóia-se em “poderes indeterminados”, porque a lei, ao prevê-los, não cuidou de preordená-los a providências de conteúdo determinado e específico. Já nos procedimentos específicos, tudo que diga respeito ao exercício da função cautelar, quer quanto ao cabimento da providência, quer quanto ao seu objetivo, **pressupostos e limites**, tudo isto está adredemente previsto e regulado pela lei.*”³ (grifos nossos)

Cediço que o *habeas corpus* consiste no remédio específico para assegurar o direito de locomoção e que dispõe de regulamentação própria sobre a concessão da ordem e que

no seu bojo é permitido o deferimento de liminar. Contudo, quando se tratar de prisão disciplinar militar, a concessão da cautelar atinente à sustação de qualquer ato administrativo dessa natureza, deve indicar expressamente, apontando-se nos autos a presença dos pressupostos que convenceram o julgador no deferimento do pedido.

A jurisprudência pátria já se assentou quanto ao não cabimento do *habeas corpus* nas transgressões militares para a análise de mérito dos julgamentos administrativos, sendo possível avaliar os pressupostos da legalidade estrita da hierarquia, da disciplina, do poder disciplinar e do ato ligado à função, como se verifica do Acórdão do Tribunal Federal da 2ª Região, nos autos do Recurso em Hábeas Corpus nº 2004.51.09000245-6/RJ, proferido pela Segunda Turma Especial.

RECURSO EX-OFFICIO EM HABEAS CORPUS – PRISÃO MILITAR DISCIPLINAR – AFERIÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE LEGALIDADE – POSSIBILIDADE – REQUISITOS FORMAIS ATENDIDOS - RECURSO EX-OFFICIO EM HC PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

1 – O art. 142, § 2º, da Constituição Federal de 1988, veda a interposição de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares **quando afeto ao exame do mérito do ato administrativo instituidor da punição militar**. Somente o ato administrativo viciado pela burla ao Princípio da Legalidade Estrita, que informa o Poder Público no exercício da sua soberania, é passível de exame e controle pelo Poder Judiciário, inclusive pela via do *habeas corpus*.

(...).

6 – Quanto ao mais, a punição disciplinar militar em foco atendeu aos **pressupostos legais aferíveis pelo Poder Judiciário**, quais sejam, a **observância da hierarquia, o poder disciplinar, ser o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente**. Restando embargada a fase recursal pela inversão tumultuária procedida pelo próprio Paciente.

7 – Recurso de ofício em *Habeas Corpus* provido para denegar a ordem nos termos do pedido exordial, uma vez que incabível o remédio nas condições que fora impetrado, e concedido de ofício a ordem tão somente para que a punição seja enquadrada, em um dos incisos do anexo I, do Decreto nº 4.346/2002 – Regulamento Disciplinar do Exército - e publicada no Boletim Interno da AMAN com vistas ao procedimento recursal próprio, se for o caso, uma vez que não há irregularidade aferível pelo Judiciário a ser sanada.⁴

Na análise do mérito do *habeas corpus* não se trata do mérito do ato disciplinar, mas sim dos pressupostos legais de validade do ato administrativo. Nesse mesmo desiderato deve se pautar a concessão de tutela cautelar, seja típica, atípica ou antecipatória, para guardar congruência com o ordenamento constitucional das infrações disciplinares militares e da cautelaridade exposta no Código de Processo Civil. Melhor cuidado nesses casos, ainda que em caráter liminar, é a oitiva da Autoridade Militar, a fim de que se confronte as alegações do autor com a apresentação dos pressupostos do ato disciplinar, visto que a açodada concessão *inaldita altera pars* pode se converter no *periculum in mora* inverso, como sempre acontece em relação

às transgressões disciplinares.

A decisão *inaudita* se transforma em irreversibilidade, como previu o próprio julgador, invertendo-se o *periculum* contra a Autoridade Militar.

2.3 – Repercussão da Suspensão do Ato Disciplinar – Irreversibilidade - *Periculum in Mora Inverso*

No caso em tela o *periculum* inverso se traduziu no vácuo proporcionado pela decisão que favoreceu quem infringiu uma atividade funcional intrinsecamente vinculada ao instituto da disciplina, consistindo a suspensão da pena disciplinar num abalo irretroatável do Poder Disciplinar a que está investido o Comandante, podendo refletir na tropa o sentimento de desmando, da falta de exaço, de insegurança do contingente em face de quem se subordina, dada a repercussão que se imprime numa decisão judicial dessa natureza, principalmente quando se tratar de infração grave, o que de maneira inexorável reflete na ordem administrativa disciplinar geral, pois a sanção, quando aplicada somente se faz notória entre os pares do infrator, mas a decisão judicial, em razão da publicidade, ganha imensurável atenção de todos, sem que se aprofunde efetivamente sobre a legalidade ou a ilegalidade de ambas as decisões (administrativa e judicial), nem mesmo quanto à inexistência de informações da Autoridade Militar perante o judiciário, o que deveras afronta negativa e inevitavelmente a normalidade administrativa.

Temerário é sopesar interesses sem aplicar as normas de regência, muito mais sem que a parte adversa se pronuncie, para que o convencimento deflúa da consagrada relação jurídica que se funda no contraditório.

O *periculum* se opera inversamente porque a decisão de cassação da antecipatória não terá a mesma repercussão da anterior e não restabelece o prejuízo, quando o preso não for liberado por ordem do seu próprio Comandante. O prejuízo residente não se conta em pecúnia, mas em valores morais e éticos, intrínsecos da liderança que desponta da figura do Comandante Militar. E não há contracautela compatível.

A decisão administrativa ilegal, corrigida pelo Judiciário, passa pelo mesmo processo, mas é o ônus que se paga pela ilegalidade, o que não deixa de ferir a ordem disciplinar.

O regime acautelatório se preocupa também com essa hipótese, quando veda o *habeas corpus* e proíbe a concessão diante do perigo de irreversibilidade (§2º do art. 273 do CPC), pois o fato só poderia tomar qualidade de ilegal mediante o processo ordinário, depois do trânsito em julgado da sentença, sem liminar previamente concedida, salvo quando do efetivo

reconhecimento da ausência dos pressupostos, tendo-se como conseqüência a anulação da punição e as indenizações decorrentes, assim, a autoridade, enquanto instituto, se mantém preservada.

Quando a matéria envolve disciplina e prisão militar, deve-se sempre atentar para o regime jurídico constitucional. O direito de liberdade dos militares está subordinado a essas regras, o que os torna juridicamente diferentes dos demais cidadãos, dada à missão atribuída pela Constituição Federal às Forças Armadas, que no seu sentido mais amplo está vinculada ao plasmado da soberania nacional, da regularidade dos poderes e da garantia da lei e da ordem, para que a sociedade brasileira se veja efetivamente livre e soberana em gozo da almejada pacífica convivência interna e internacional.

A disciplina vinculada à missão institucional da Forças Armadas, detém a qualidade de instrumento de perenidade da vida castrense e da própria sociedade, *lato sensu*, pois hoje o militar está servindo numa instituição administrativa, participando de atividades rotineiras do órgão e em constante adestramento e instrução, em razão da necessidade do aprestamento humano, mas amanhã estará a bordo de um navio ou de uma aeronave, ou então, como atualmente ocorre, em missão de paz no Haiti ou em qualquer outro ponto de conflito, onde a sociedade brasileira, empresta seu contingente militar em apoio a quem necessita, quando se instaura o caos, oportunidade em que se revela e se perfaz concretamente a importância da disciplina e da hierarquia, posto que as situações serão sempre as mais extremas, momento em que jamais se poderá vacilar no cumprimento da missão.

Ressalte-se o comentário de Antônio Emílio Sacchetti⁵ sobre a importância da disciplina e da autoridade do Comandante Militar nas Forças Armadas:

(...)

Assim, as Forças Armadas são a expressão da vontade nacional de defesa e da sobrevivência do Estado, independente e soberano. Do ideário das Forças Armadas, do seu Código de Honra, fazem parte valores como disciplina, dedicação, sacrifício, dever, coragem e lealdade.

Não se deve pretender estabelecer uma hierarquia entre valores, quando cada um deles concorre, com peso bastante idêntico, para a identificação de um todo coerente. Mas poderá dizer-se que o que mais contribuiu para a caracterização da Instituição Militar, o que mais acentuadamente molda a sua coesão interna e permanentemente influencia a eficiência e eficácia da ação dos seus membros, é a disciplina.

(...)

Por outro lado, é o comandante que detém a competência disciplinar, no exercício da qual poderá recompensar ou punir os seus subordinados. O Regulamento de Disciplina Militar (RDM) hierarquiza rigorosamente o exercício dessa competência, não só em relação ao posto do comandante como em relação ao posto do subordinando, e ainda em relação à graduação das recompensas ou das penas disciplinares.

(...)

O que, contudo, não se poderá fazer, é retirar a competência disciplinar à função de comando, nem sequer prejudicar o exercício dessa competência por meio de qualquer tipo de intervenção externa. A celeridade do processo disciplinar e a justiça das decisões na aplicação do RDM pelo comandante são princípios que contribuem para o prestígio do sistema da disciplina militar e lhe dão credibilidade.

Recorde-se que se tem referido apenas ao caso da competência disciplinar exercida de acordo com o disposto no RDM, onde está também perfeitamente regulamentado o direito de queixa contra o superior, a reclamação e o recurso hierárquico.

A hierarquia militar estabelece as relações de autoridade e subordinação entre militares. O militar com funções de comando, direção e chefia exercem o poder de autoridade e a correspondente competência disciplinar, inerente a essas funções. O exercício da autoridade, com a correspondente responsabilidade, não é delegável. Esta cadeia de princípios, deduzida dos Estatutos Militares das Forças Armadas, mostra bem a natureza da organização e o funcionamento perfeitamente hierarquizado e responsável da Instituição Militar. Qualquer corte nesta seqüência de princípios, ou qualquer intromissão externa, prejudicará a hierarquia e comprometerá a cadeia de comando.

Pelo contrário, só Forças Armadas disciplinadas e coesas, consciente dos seus deveres e responsabilidades, poderão cumprir as missões que lhes são atribuídas com competência e eficiência. É exatamente isso que tem sido salientado nos louvores ao modelo exemplar como as nossas Forças Armadas têm participado nas missões internacionais.⁶

A quebra da ordem administrativa disciplinar representa para as Forças Armadas o *periculum in mora* inverso, ainda que a decisão quanto à suspensão da pena seja revista ou reconsiderada, posto que, o restabelecimento só se fará apenas no campo da razão jurídica, uma vez que o intento primeiro (suspensão) se revestiu de legalidade.

Vale refletir sobre os ditames levantados por Ricardo Vital de Almeida,⁷ quando abordou o Princípio da Insignificância no Âmbito Concreto do Direito Penal Militar – Realidade e Valoração. O confronto que se faz com o direito penal militar deve-se à identidade que mantém com o direito administrativo disciplinar, mormente pelo teor do art. 42 da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), que estabelece essa correlação definindo que a violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar. Nesse contexto é que se insere a importância do sopesamento das condutas que ofendem a disciplina, posto que a relevância da função militar impõe certas obrigações e deveres tais, que podem se enquadrar na abrangência da última *ratio* que consiste o direito penal militar.

Se mesmo na sociedade civil, propriamente dita, o sentimento prático ético-legal para com a disciplina e o existencialismo hierárquico administrativo constituem elementos basilares para a organização satisfatória do Estado, pouco sofrível é imaginar a amplitude invulgar da importância desse binômio no seio de toda Instituição Militar. O nascedouro, a estruturação, a manutenção e o desenvolvimento do militarismo estão impreterível e

positivamente reféns da disciplina inflexível e da hierarquia inabalável; hierarquia e disciplina significam o lastro, o sustentáculo e a inspiração existencial inquebrantáveis das Corporações Militares, cujos integrantes se encontram adesivados a um estilo de vida completamente submisso a rigores e exigência distintos do cidadão comum, sendo o resultado de um consentimento livre, espontâneo e sem vícios a partir do juramento que prestaram perante a bandeira, a cidadania e a pátria. Seria afrontar a inteligência mediana pretender invocar exemplos quanto aos descabros no seio do militarismo e seus óbvios reflexos nefastos à cidadania, sempre e quando nele fraquejarem, falecerem ou muito mais inexisterem disciplina e hierarquia.⁸

Não é outro o preceito normativo que deflui do §2º do art. 142 da Constituição Federal, quando impede o julgamento do mérito do ato disciplinar, vedando o *habeas corpus*, senão o de tutelar a regularidade das Forças Armadas, a autoridade do Comando, inerente à hierarquia e à disciplina, como forma primária de assegurar a Defesa do Estado Democrático e de suas instituições, uma vez que, quando os meios diplomáticos e convencionais forem ineficazes para manter a convivência pacífica, aos militares são entregue esse múnus, como último recurso da sociedade.

Na ótica da dissuasão, os exércitos disciplinados e coesos impõem receio ao agressor, pois o uso de meios, métodos e estratégias bélicas não alcança o êxito pretendido se o soldado não valorizar a bandeira porque vive.

Em razão dos fundamentos aduzidos, pugna-se pela cognição responsável das normas regentes e pela verificação dos pressupostos do ato administrativo disciplinar, valorizando a disciplina como instituto da ordem administrativa militar e seu reflexo na missão das Forças Armadas, a fim de não proporcionar o *periculum in mora* inverso.

Esses pressupostos são aferíveis na análise do processo formal. No entanto, sempre será possível, em prazo razoável, ainda que diminuto, conhecer as razões da Autoridade Militar, evitando-se a concessão açodada de tutela cautelar contra o ato disciplinar, preservando, assim, os ditames constitucionais.

São os tais requisitos específicos, além dos elementares a qualquer ato administrativo:

a) Poder Hierárquico - O Poder Hierárquico do Comandante revela a competência para impor penas disciplinares aos seus subordinados, decorrente das disposições do art. 19 do RDM, que elenca as autoridades competentes sob as quais recai a atribuição de exercer o *jus puniendi*;

b) Ato Funcional - O militar em situação de atividade, lotado em Organização Militar, notoriamente exerce atividade funcional. Impende verificar se a infração teve como fundamento

a violação de um ato vinculado ao interesse público;

c) Ampla Defesa e Contraditório - O art. 26 do RDM deixa nítida a possibilidade de exercício de defesa e contraditório, inclusive consta que a pena só será aplicada depois de ouvido o infrator. O Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, intimamente ligado ao Princípio do Devido Processo Legal, que abarca todos estes requisitos, quando se trata de restrição de liberdade e de bens, tem fundamento constitucional e os requisitos são informados como específicos apenas para correlacionar à previsão estampada no regulamento disciplinar. Extensão a esse pressuposto consiste na possibilidade de recorrer das decisões, o que igualmente prevê o RDM no seu art. 45; e

d) Pena Prescrita e Razoabilidade - O art. 14 do RDM elenca as penas disciplinares aplicáveis aos militares da Marinha, sendo de repreensão; impedimento até 30 (trinta) dias; serviço extraordinário; prisão simples e prisão rigorosa, até 10 (dez) dias; e Licenciamento ou Exclusão do Serviço Ativo, a Bem da Disciplina. Os preceitos do art. 27 do RDM dispõem quanto aos antecedentes e a situação pessoal do infrator, como forma de atender à proporcionalidade, comparando a gravidade e as circunstâncias com a infração praticada.

3 – CONCLUSÃO

De todo o exposto, buscou-se analisar a importância da verificação prévia da presença dos requisitos do ato disciplinar, antes que se imponha uma medida de suspensão de penalidade aplicada em processo administrativo regular, mormente pela natureza do ato administrativo, que tem fundamento constitucional e, ainda, demonstrou-se que as cautelares, seja quanto à antecipação ou quanto ao poder geral de cautela, devem preferir a oitiva da Autoridade Militar, a fim de verificar o processo em que a punição teve origem e, então, sopesar com as alegações do infrator, tendo em vista a relevância do instituto da disciplina, mote dos organismos militares e pilar de suas existências, que são inevitável e irreversivelmente abalados, quando a penalidade imposta pelo Comandante se subordina a julgamento açodado e incongruente ao ordenamento jurídico pátrio, em razão da ausência de detida análise dos requisitos legais, sob o pálio de *periculum in mora* e da cognição sumária.

A incompatibilidade com o ordenamento constitucional de proteção da disciplina e do ato punitivo disciplinar militar, tanto pela inobservância de fundamentos; quanto à falta de exame dos pressupostos do ato; e pela irregular eleição do poder geral de cautela, além da fusão

dos institutos da antecipação de tutela e da tutela cautelar, apesar de guardarem certas semelhanças entre si, suplanta a disciplina militar sem avaliar o dano *interna corporis*, inexistindo contracautela remediável, o que se transmuda no *periculum in mora* inverso, sempre que a decisão não privilegiar o contraditório.

Nesse sentido, concluiu-se que a melhor cautela seria, primeiramente, realizar a cognição sumária confrontando as alegações do infrator com o processo formal, na busca dos pressupostos do ato disciplinar, fazendo sua correlação com a cautelar específica que emana do *habeas corpus*. Essa apreciação se faz pertinente em razão do risco que o *periculum in mora* inverso pode causar na ordem administrativa, com a sustação do ato disciplinar, em razão da natureza do objeto.

Os pressupostos do ato disciplinar consistentes no poder hierárquico, na competência, no ato funcional, na ampla defesa e contraditório, na pena cominada e aplicada com razoabilidade, têm o propósito de preservar a disciplina, tudo como preceitua o Regulamento Disciplinar.

Assim, resta concluir pela inaplicabilidade do instituto da antecipação de tutela e da tutela cautelar sem que a perquirição sumária avalie a presença dos pressupostos do ato disciplinar, para conferir efetividade ao ordenamento com que a Constituição cuidou da disciplina nas Forças Armadas, no inciso LXI do art. 5º e no *caput* e §2º do art. 142 da Constituição Federal, combinado com o §2º do art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro.

4 – NOTAS

1. Ação Ordinária nº 2008.51.01.009193-0, da 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: "<http://www.jfrj.gov.br>". Acessado em 5 de novembro de 2008.
2. FRIED, Reis. *Liminares em Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*, Ed. Destaque, 3ª edição, Rio de Janeiro:1999, pág. 94 e 97.
3. JÚNIOR, Humberto Theodoro, 1996, pág. 378.
4. Disponível em <https://www.trf2.gov.br>. Acessado em 24 de junho de 2008.
5. Vice-Almirante da Armada Portuguesa.
6. Revista Marítima Brasileira, Serviço de Documentação da Marinha - v. 127 nº 07/09, jul/set. Rio de Janeiro, 2007, pág. 269/271, *apud* Revista da Armada (Marinha de Portugal), abril/2007.

7. Juiz de Direito Militar do Juízo Militar do Estado da Paraíba.
8. Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME - nº70, 2008, pág. 30.