

OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES E O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS^{1, 23}

Jorge César de Assis⁴

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A análise do tema que envolve os regulamentos disciplinares e o respeito aos direitos fundamentais significa, em derradeira análise, verificar, se os últimos estão sendo respeitados pelos primeiros, dentro do amplo universo que constitui a sociedade militar.

O Título II, da Constituição Federal de 1988 abrange cinco (5) grupos de direitos fundamentais do cidadão brasileiro, a saber: *Direitos individuais* (art. 5º); *Direitos coletivos* (art. 5º); *Direitos sociais* (art. 6º e 193); *Direitos à nacionalidade* (art. 12) e; *Direitos políticos* (art. 14 a 17).

Para José Afonso da Silva, “a afirmação dos direitos fundamentais do homem no Direito Constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Maurice Hauriou, não basta que um direito seja declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”.⁵

O tema proposto sugere também um estado atual de “ reação” da sociedade militar frente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão brasileiro, conceito no qual se inclui o cidadão militar.

Esta constatação se verifica quando o Comandante do Exército Brasileiro afirma existir uma “crescente influência do Poder Judiciário em questões eminentemente administrativas da Força Terrestre”. Para esta autoridade, “o incremento acentuado da utilização da via judicial tem acentuado sensível corrosão aos fundamentos básicos das Forças Armadas: a hierarquia e a disciplina. As punições aplicadas, as movimentações por necessidade do serviço, o licenciamento do serviço ativo, os engajamentos ou reengajamentos concedidos e os pagamentos de benefícios obedecem estritamente ao prescrito na legislação em vigor. As anulações de atos administrativos disciplinares, por meio de liminares, sem exame de mérito, abalam a autoridade do comando e estimulam iniciativas análogas, tendo em vista a facilidade com que tais decisões são obtidas”.⁶

O texto é duro, merecendo então, a análise apurada, a partir daquilo que a própria Constituição Brasileira estabelece.

2. CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE MILITAR

¹ Palestra proferida no Seminário *Justiça Militar Contemporânea*, organizado pela Escola Superior do Ministério Público da União. Auditório da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, Brasília/DF, 22.11.2002

² Publicado no Informativo “ inconsulex”, Editora Consulex, Brasília, 13 de janeiro de 2003. Versão em espanhol foi publicada na Revista Española de Derecho Militar, nº 81, Madrid, enero / junio de 2003,

³

⁴ Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar em Santa Maria/RS.

⁵ Curso de Direito Constitucional Positivo, 15ª edição Revista, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 189.

⁶ Conforme ofício nº 133-A2, de 08.07.2002, do Gen.Ex. Gleuber Vieira, dirigido ao Ministério da Defesa, publicado na Internet, na página da Associação das Praças do Exército Brasileiro:www.apeb.com.br

O aprofundamento da questão sugere, de plano, a aceitação dos seguintes pontos básicos⁷:

- A sociedade militar é peculiar;
- Possui *modus vivendi* próprio;
- Todavia submete-se aos princípios gerais do direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional – pode e deve ser submetida ao controle judicial do qual a ninguém é dado furtar-se.
- Esta peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida), que é mais do que simples risco de serviço das atividades tidas como penosas ou insalubres como um todo;
- Para condições tão especiais de trabalho, especial também o regime disciplinar, de modo a conciliar tanto os interesses da instituição como os direitos dos que a ele se submetem. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas como supressão dos seus direitos.

Dentre outros dispositivos constitucionais que iremos analisar no decorrer desta análise, há que se ter em mente que *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* (art. 142, *caput*), sendo que *A lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos e os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra* (art. 142, § 3º, X). O destaque é nosso.

A Lei referida pela Magna Carta é o Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880, de 09.12.1980.

Nela, em seu art.3º, está expresso, de forma clara, que os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares. A Emenda Constitucional nº 18, de 05.02.1998, acresceu ao art. 142, o seu § 3º, com o mesmo sentido de qualificação.

Dito isto, passaremos a confrontar cada um dos cinco grupos de direitos fundamentais referidos ao início, para verificar a maior ou menor reação da sociedade militar em relação aos seus integrantes, analisando as causas do confronto, se por ventura existirem.

Importante salientar também, que a questão da efetiva aplicação dos direitos fundamentais garantidos na Constituição para os militares, foi tema de interessante debate, por nós lançado, em site espanhol que mantém uma lista de discussão sobre direito militar⁸, cujas colaborações advindas de juristas, militares e advogados de língua hispana, serão, ao devido tempo colacionadas neste trabalho.

⁷ Como fez João Rodrigues Arruda, *A natureza Jurídica da sanção disciplinar e a dualidade de jurisdição*, agosto de 2000.

⁸ A propósito, confira, <http://www.elistas.net/lista/derechomilitar>

2. A SOCIEDADE MILITAR E OS DIREITOS POLÍTICOS

O art. 14 da Constituição da República estabeleceu que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante: I-plebiscito; II- referendo; III- iniciativa popular.

Dirigindo-se aos militares, seu § 2º impede o alistamento como eleitor tão-somente dos **conscritos**, durante o período do serviço militar obrigatório. Tal norma, *data venia*, é inócua, já que a Constituição Cidadã trouxe, como novidade em termos de direitos políticos, a faculdade dos adolescentes maiores de 16 e menores de 18 anos alistarem-se eleitores, se assim o quiserem.

E, graças ao amadurecimento político de nossa juventude, o alistamento eleitoral nessa faixa de idade é maciço, vale dizer, via de regra, o conscrito já será um eleitor.

A bem da verdade, esta amplitude do direito de voto aos militares ocorreu em 1988. Até então, Cabos e Soldados estavam excluídos do alistamento eleitoral – o que representava, à toda evidência, um *capitis deminutio*⁹ em sua cidadania.

Vale lembrar que o § 2º, do art. 142, da Constituição de 1969, garantia o alistamento eleitoral apenas aos oficiais, aspirantes a oficial, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais.

A Carta Política de 1969 repetia proibições constitucionais anteriores, desde a época do Império. Em termos de direito ao exercício do voto, os cabos e soldados somente tornaram-se cidadãos plenos a partir de 05.10.1988.¹⁰

Quanto ao direito de votar e ser votado, o § 8º do art. 14, asseverou que o militar alistável é elegível, desde que atendidas as seguintes condições:

I- Se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II- Se contar mais de dez anos, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Em relação ao inciso I do art. 14, começam os primeiros confrontos entre os interesses do militar que pretende alistar-se candidato e os de sua Corporação, já que o texto constitucional é vago, não esclarecendo de que forma deverá ocorrer o afastamento da atividade.

Em relação ao inciso II – caso do militar da ativa com mais de 10 anos, a norma é clara, ao alistar-se candidato (efetivação do registro da candidatura pelo Partido Político) será naturalmente agregado, que é a situação na qual deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número¹¹.

A lei militar trata da agregação por afastamento temporário, qual seja, por ter se candidatado a cargo eletivo, desde que conte com 5(cinco) anos ou mais de serviço, contada a partir da data do registro como candidato até sua diplomação ou regresso à Força Armada

⁹ Diminuição de capacidade; perda de autoridade. Paulo Ronai, Como anda seu Latim, 5ª edição, Editora Nova Fronteira, 1980, p.38

¹⁰ A esse respeito, escrevemos o texto '*Cabos e soldados da PM: Enfim o direito de votar*', mostrando inclusive a evolução constitucional. Jornal Correio de Notícias, Curitiba, 31.10.1988, página 11.

¹¹ Art. 80, do Estatuto dos Militares.

a que pertence, se não houver sido eleito¹², estando tal norma legal em sintonia com o art. 98, incisos I, II e III, da Lei nº 4.737, de 15.07.1965 – Código eleitoral, *mas não necessariamente em sintonia com a atual Constituição, que deu novo tratamento à matéria.*

A regra do art.98, do Código Eleitoral (militar com menos de 05 anos de serviço será, ao se candidatar a cargo eletivo, **excluído do serviço ativo** – militar com 05 anos ou mais, ao se candidatar a cargo eletivo será **afastado temporariamente do serviço ativo, como agregado**) remonta à Constituição de 1946 (parágrafo único do art. 138), repetindo-se na de 1967 (parágrafo único do art. 145) e na de 1969 (§ 1º, do art. 150).

A regra constitucional, hoje, é outra.

A questão todavia, encontra-se no Supremo Tribunal Federal, em face do julgamento do Recurso Extraordinário nº 279.469/RS. Trata-se, na espécie, de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra acórdão do seu Tribunal de Justiça, que reconheceu a ex-servidor militar – que fora demitido *ex-officio*, com base no citado artigo, por ter pedido afastamento para candidatar-se ao cargo de vereador quando contava com **menos de 10 anos de serviço** – o direito à reintegração no serviço ativo, com ressarcimento das vantagens devidas.

A Turma, acolhendo proposta do Relator, deliberou afetar o julgamento da causa ao Plenário¹³

3. DIREITOS À NACIONALIDADE

No Direito Constitucional brasileiro vigente, os termos nacionalidade e cidadania, ou nacional e cidadão, têm sentido distinto. Nacional é o brasileiro nato ou naturalizado, ou seja, aquele que se vincula, por nascimento ou naturalização, ao território brasileiro. Cidadão qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos e os participantes da vida no Estado (arts. 1º, II e, 14).¹⁴

Percebam que o § 2º do art. 14, da Constituição, assegura que a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, *salvo os casos em que ela mesma prevê*, como por exemplo, o subsequente § 3º, quando estabeleceu os cargos que são de preenchimento obrigatório por brasileiros natos e, dentre eles, no inciso VI, o de Oficial das Forças Armadas.

A garantia nesse caso, pensamos, é muito mais do dignificante cargo (Oficial das Forças Armadas) que de cada brasileiro nato de um modo geral, já que o oficialato pressupõe o cumprimento de uma série de requisitos estabelecidos pela lei, por parte dos interessados.

Não se tem notícia, salvo engano para o qual desde logo nos penitenciamos, de qualquer questionamento quanto a esta classe de direitos. Advirta-se, entretanto, que, impedido de tornar-se Oficial das Forças Armadas, o brasileiro naturalizado pode, à toda evidência, tornar-se Oficial das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares,

¹² Art. 82, XIV, do Estatuto dos Militares.

¹³ STF, 2ª Turma, Relator Ministro Maurício Correa, julgado em 14.05.2002, publicado no DJU, de 03.09.2002.

¹⁴ Conforme José Afonso da Silva, obra citada, página 320.

sendo claramente inconstitucional, qualquer restrição nesse sentido: Onde a Constituição não distingue, não cabe ao intérprete ou ao legislador infraconstitucional fazê-lo!

4. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Estão os direitos sociais previstos entre os artigos 6º e 11, da Constituição Federal.

José Afonso da Silva refere uma classificação dos direitos sociais do homem como produtor e como consumidor.¹⁵

Entram na categoria de direitos sociais do homem produtor os seguintes: a liberdade de instituição sindical (instrumento de ação coletiva), o direito de greve, o direito de o trabalhador determinar as condições de seu trabalho (contrato coletivo de trabalho), o direito de cooperar na gestão da empresa (co-gestão ou autogestão) e o direito de obter um emprego. São os direitos previstos nos artigos 7º a 11.

Na categoria dos direitos sociais do homem consumidor entram: os direitos à saúde, à segurança social (segurança material), ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura e garantia ao desenvolvimento da família, que são, como se nota, os indicados no art. 6º e, desenvolvidos a partir do art. 193.

Seguindo sua linha de orientação com relação aos militares brasileiros, a Constituição Federal resolveu especificar, no art. 142, § 3º, inciso VIII, quais seriam os direitos sociais assegurados no art. 7º, aplicados aos integrantes das Forças Armadas e Forças Auxiliares: *13º salário* (inc. VII); *salário família* (inc.XII); *férias anuais remuneradas com um terço a mais que o salário normal* ; *licença maternidade de 120 dias* (inc. XVIII); *licença paternidade de 05 dias* (inc. XIX); e, *assistência gratuita aos filhos e dependentes até 06 anos em creches e pré-escola* (inc. XXV).

O rol é taxativo e não admite interpretação extensiva.

Taxativa também é a proibição, dirigida aos militares brasileiros, de alguns direitos que são assegurados ao trabalhador brasileiro em geral: o direito à sindicalização, o direito à greve e, o direito de filiação a partidos políticos enquanto no serviço ativo (art. 142, § 3º, IV e V)¹⁶.

5. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Não poderíamos deixar de aventar um direito constitucional importante, em estreita relação com as Instituições Militares.

Trata-se da *objeção de consciência* ao serviço militar, pela qual, às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após

¹⁵ Ob. cit., p. 290

¹⁶ Apesar da proibição expressa na Constituição, desde 1997, policiais militares dos Estados Brasileiros vêm realizando, em proporções crescentes, movimentos grevistas, que encontram identidade em vários dispositivos do Código Penal Militar. Sobre a questão, vide ‘ A greve na Polícias Militares’, na Unidade ‘ A ação da Polícia frente as greves’, *apud* Lições de Direito para a atividade policial militar, 5ª edição, Editora Juruá, Curitiba, 2002.

alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para eximirem-se de atividades de caráter essencialmente militar (art. 143, § 1º).

Esta obrigação imposta às Forças Armadas, decorre da garantia inscrita no art. 5º, VIII, da Carta Magna, segundo o qual, ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei.

A perda ou suspensão dos direitos políticos está prevista no art. 15, IV, da CF.

A Lei nº 8.239, de 04.10.1991 regulamenta a Prestação do Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório, cujo Regulamento foi aprovado pela Portaria nº 2681 – COSEMI - , de 28.07.1992.

Contudo, o direito de objeção de consciência no Brasil, ainda não adquiriu a amplitude que possui, por exemplo, na Europa¹⁷. Dele, nada se discute a respeito, primeiro porque a demanda pelo serviço militar obrigatório (*causada principalmente pela desigualdade social, ir para o quartel acaba sendo um modo de sobrevivência*) é maior do que a oferta de vagas pelas Forças Armadas: cerca de 10% dos alistados anualmente são aproveitados e, segundo porque o Ministério da Defesa não faz a devida propaganda da existência de tão importante direito de objeção de consciência, apesar de reconhecido pela Carta Magna.

À guisa de ilustração, cabe lembrar a Resolução nº 337, de 26 de janeiro de 1967, editada pela Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, quando destaca ser necessário informar às pessoas obrigadas ao serviço militar, dos direitos que têm a este respeito, imediatamente depois de terem se alistado ou antes de serem chamados à incorporação.

Destaca igualmente que, quando a decisão relativa ao reconhecimento do direito à objeção de consciência compete, em primeira instância, a uma autoridade administrativa, o órgão de decisão competente na matéria deve estar separado da autoridade militar, e garantido em sua composição com o máximo de independência e imparcialidade.¹⁸

6. DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Se até agora não encontramos grandes problemas na relação direitos fundamentais *versus* Regulamentos Disciplinares (*ou legislação militar como um todo*), na seara dos direitos individuais principalmente é que a controvérsia ganha proporções de vulto, nas inúmeras vezes em que o Poder Judiciário é chamado a manifestar-se sobre o manejo do método adequado para dirimir questão entre Oficial e subordinado, no dia-a-dia da caserna.

O HABEAS CORPUS EM SEDE DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

A punição disciplinar é o meio pelo qual o superior hierárquico reconduz à normalidade desejada a disciplina, quebrada pelo subordinado que serve a seu mando.

¹⁷ Antonio Millán Garrido, Catedrático da Universidade de Cadiz, na Espanha, realizou minucioso estudo sobre o tema, que resultou na obra *La objeción de conciencia*, Editorial Tecnos, S.^a, Madri, 1990.

¹⁸ *La Objeción de Conciencia*, citado, p. 43.

Princípios constitucionais como o da legalidade (art. 5º, II), e o da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), são sempre fundamentos, ao lado da alegada violação ao direito de ir e vir dos militares, frente a uma eventual e questionada aplicação de punição disciplinar restritiva de liberdade.

De plano se diga que há um impeditivo constitucional quanto a matéria (impossibilidade jurídica do pedido) calcada no art. 142, § 2º - *não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*. Este impeditivo, está em harmonia com o inciso LXI do art. 5º, do mesmo diploma – *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*.

A proibição, advirta-se, não é absoluta. O Judiciário, até mesmo em decorrência da inafastabilidade de sua apreciação, não entrando no mérito do ato administrativo (*que é prerrogativa do Comandante*), poderá aferir, juridicamente, alguns requisitos próprios do ato administrativo disciplinar, como a competência, a legalidade e as formalidades da medida restritiva de liberdade.

Fundamentalmente, devem restringir-se a três, as alegações pertinentes à análise pelo Judiciário do ato administrativo disciplinar militar: é competente a autoridade ? ; há previsão legal para a punição ? ; houve possibilidade para o exercício do direito de defesa ?

Quanto ao exercício da ampla defesa, José Armando da COSTA, há mais de duas décadas passadas¹⁹, já criticava o entender mesquinho de muitas comissões que se propunham a apurar faltas funcionais, reduzindo o instituto a simples peça escrita, oferecida pelo servidor acusado, no momento próprio de sua produção.

Propunha ainda o festejado autor – como que antevendo a futura Constituição Cidadã, que a ampla defesa deveria ter o mais dilargado alcance, para possibilitar ao acusado, dentro do contexto dos meios de prova que o Direito admite, a chance de levar todos os fatos que lhe interessem ao bojo do processo.

E desfechou: Assim como a comissão tudo pode e tudo faz, deve-se, ao acusado, dar a oportunidade de constituir todas as provas que sejam relevantes para a sua defesa. Só dessa forma, pode-se atingir o equilíbrio processual pretendido pelo Direito.

Ressaltou entretanto o autor, o Direito Castrense, que a despeito do seu rigorismo, não admite punição sem que, pelo menos, seja ouvido o acusado: O Regulamento Disciplinar da Marinha (Decreto nº 38.010/55) consagra esse princípio no art. 24. O da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/75) o faz no seu art. 34, e o do Exército (Decreto nº 78.985/77), no seu art. 36²⁰.

Das três Forças, apenas o Exército e a Marinha editaram novos Regulamentos Disciplinares: O Decreto nº 90608, de 04.12.1984 (RDE), que manteve o princípio no seu art 37²¹ e o Decreto nº 88.545, de 26.07.1983 (RDMar).

O novel Decreto nº 4346, de 26.08.2002, deu novo e amplo tratamento à matéria, trazendo em seu Anexo IV, as Instruções Para Padronização Do Contraditório e da Ampla Defesa, sedimentando assim, no texto do próprio Regulamento Disciplinar, o que já vinha

¹⁹ Teoria e Prática do Direito Disciplinar, Editora forense, São Paulo, 1981, p.318

²⁰ ob.cit. p. 321.

²¹ A bem da verdade, os dois RDE anteriores, apenas asseguravam que “ nenhum transgressor seria interrogado ou punido em estado de embriaguez ou sob a ação de psicotrópicos, mas ficaria, desde logo, preso ou detido.

sendo tratado pela Portaria do Comandante do Exército, nº 157, de 02.04.2001, acerca da questão.

A nosso ver, como já dissemos alhures²², as transgressões disciplinares devem ser divididas em dois grandes grupos, em razão das possíveis penalidades que a elas podem ser impostas:

a) *Grupo das penalidades ordinárias*: advertência, repreensão, detenção e prisão militar, fazem parte do cotidiano da vida militar. Não ensejam, para sua aplicação a instauração de processo; basta que sejam aplicadas pela autoridade competente e obedecendo a forma legal.

O direito de defesa é exercido pelo transgressor, e avaliado e julgado de forma prudente e firme pelo seu Comandante. O transgressor poderá elidir a acusação apresentando uma causa de justificação. A justificação poderá ou não ser aceita. Se arrolar testemunhas o Comandante deverá ouvi-las. Faz-se, no caso, o que se chama de averiguação sumária;

b) *Grupo das penalidades extraordinárias*, que apresentam um plus em relação às primeiras, por implicarem em interrupção da relação de trabalho, e são: licenciamento a bem da disciplina, exclusão a bem da disciplina, demissão e, reforma. Implicam em perda patrimonial (financeira, da função) e ensejam sempre o processo administrativo em que se lhe assegure a ampla defesa e o contraditório. Processo formal, com previsão legal, com rito específico, cujo descumprimento implicará nulidade. Via de regra, constituem-se de Sindicância, Conselho de Disciplina e Conselho de Justificação.

Das três Forças, foi exatamente o Exército – cujo Comandante se queixa da interferência judicial, a que mais vinculou a formação de seus atos administrativos disciplinares, editando normas para a realização de sindicâncias (Portaria nº 202, de 26.04.2000 – *Instruções Gerais para a Elaboração de Sindicância no âmbito do Exército Brasileiro*), e estabelecendo um rito para o exercício da ampla defesa (Portaria nº 157/2001).

Ou seja, atos como a sindicância, que a doutrina e a própria jurisprudência sempre reconheceram como sendo uma investigação administrativa desprovida de formalidade, passaram a ser atos administrativos vinculados ao rito que a própria Administração Militar se impôs.

Lembre-se que o ato vinculado é aquele para o qual a lei estabelece requisitos e condições de sua realização.

Nessa categoria de ato, as imposições legais – e regulamentares absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, **ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.**²³ (destaquei)

²² O direito de defesa: da transgressão disciplinar até o processo administrativo, *apud* Lições de Direito para a atividade policial militar, 5ª edição, Editora Juruá, Curitiba, 2002, páginas 91/101.

²³ Cfe Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª edição, atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, 1997, p.150.

Todavia, não basta atualizar os regulamentos e introduzir aperfeiçoamentos que visem harmoniza-los ao ordenamento jurídico nacional, há que – principalmente, cumprilos na sua totalidade.

Ad argumentandum tantum, dentre as tantas quanto se tem notícia, tivemos a oportunidade de avaliar a decisão judicial proferida em 1ª instância no HC nº 2001.71.02.000271-0-RS, impetrado perante a 2ª Vara Federal de Santa Maria, contra ato do Comandante do 7º Batalhão de Infantaria Blindado – 7º BIB, e também no HC nº 2002.71.02007207-8-RS, contra a mesma autoridade, podendo-se constatar de plano o zelo da autoridade judiciária prolatora da ordem, manifestando-se apenas após a autoridade apontada como coatora ter prestado as informações de praxe, salientando a impossibilidade jurídica do pedido, e decidindo com base na violação do princípio da estrita legalidade ao qual todo administrador (*inclusive o militar*) está obrigado (art. 37, CF), sem adentrar ao mérito da decisão questionada : *1º caso*: alvará de soltura em face de prisão disciplinar em decorrência da não apresentação do militar paciente ao Batalhão, para cumprir expediente de Plano de Chamada de Militares, sendo que o mesmo não foi contactado pelo Batalhão porque não possuía telefone residencial, sendo punido inclusive por esse motivo; *2º caso*: salvo conduto para impedir punição disciplinar decidida em sindicância eivada de nulidade, por não ter sido obedecido o rito pelas normas específicas estabelecido.

Por aí se vê, que ao contrário do alegado, a Justiça não está interferindo indevidamente na seara de assuntos administrativos militares, mas apenas e tão-somente corrigindo atos administrativos realizados em desconformidade com a lei e com os regulamentos vigentes.

Falta à Administração Militar, ao nosso ver, o manejo adequado para as lides jurídicas das quais não poderá se furtar.

Esta deficiência, *data venia*, parece decorrer da ausência de um corpo jurídico especializado para as Instituições Militares²⁴, já que os Oficiais do Quadro Complementar de Direito, que prestam Assessoria Jurídica aos Comandos Militares, estão impedidos de advogar em favor da Força (EAOAB, art. 3º, da Lei 8906, de 04.07.1994 – *o exercício da advocacia é privativa dos inscritos na OAB*) e os Advogados da União, que fazem esse papel, não têm, salvo raras exceções, o conhecimento necessário da dinâmica da vida em caserna e suas peculiaridades, por não estarem – explique-se, destinados exclusivamente para esse mister.

7. MANDADO DE SEGURANÇA E AS AÇÕES ORDINÁRIAS, INCLUSIVE COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Sem necessidade de entrar em estudo mais aprofundado deste subtema, suficiente dizer-se que a qualquer cidadão, inclusive o militar, é garantido o acesso ao Poder Judiciário, para dirimir controvérsia que entenda lhe ser prejudicial. Aí se enquadra, a toda evidência, mesmo que a contragosto de algumas autoridades militares, as movimentações por necessidade de serviço, o licenciamento do serviço ativo, os engajamentos e

²⁴ Aliás, esta é uma proposta importante do Comandante do Exército, contida no ofício 133-A2, dentre as sugestões para o Legislativo, nº 3, letra ‘b’.

reengajamentos concedidos ou negados e os pagamentos de benefícios, tudo devidamente estabelecido na legislação militar em vigor, que deve ser obedecida, o administrador, ao contrário do particular – que pode fazer tudo que a lei não proíbe, só pode – e deve, fazer o que a lei permite (art. 37, CF).

Bem por isso, a concessão de liminares nos processos judiciais que questionem decisões administrativas militares têm, como pressuposto básico, a demonstração, da parte daquele que vai a Juízo, dos já conhecidos *fumus boni iuris* (a fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (o perigo na demora da satisfação pretendida), sem o que, a expedição de liminares não deve ocorrer.

Ademais, é de sabença correntia que para o deferimento de liminares a jurisdição cautelar está embasada na simplicidade da estrutura do seu processamento.

Para Ovídio A. Batista da SILVA, *a tutela visa tão-só afastar uma situação perigosa, sem declarar nada a respeito do alegado interesse ameaçado, por essa situação de risco, mas, ao mesmo tempo, como decorrência de uma situação anormal, justificam-se os poderes especiais conferidos ao magistrado para decidir sem uma ampla coleta de provas, satisfazendo-se com a demonstração de uma simples verossimilhança do invocado direito (fumus bonis iuris) e com uma sumária demonstração do risco a que esse direito está exposto (periculum in mora)*²⁵

Pensar-se o contrário seria supor uma “conspiração da Justiça Federal destinada a desestabilizar as Forças Armadas”, que a toda evidência não ocorre, nem nunca ocorreu.

Cabe trazer à colação, a fecunda colaboração do Dr. Jesús Manuel Gonzáles Acuña, ao foro de discussão em site espanhol, já referido ao início, da manifestação da Sala Militar do Tribunal Supremo da Espanha, em sentença de 1º de março de 1994²⁶, coincidente, aliás, com a postura da Justiça brasileira:

“ Hay que dejar bien entendido que los derechos fundamentales son siempre merecedores de mayor protección judicial, en nuestro ordenamiento jurídico, que el valor de la disciplina, ciertamente importante en el ambito castrense pero en modo alguno supremo”.

8. CONCLUSÃO

Sem pretender esgotar a matéria – nos faltam condições para tanto, mas visando principalmente incentivar a reflexão dos estudiosos, a conclusão que se impõe é a seguinte:

a. Que a sociedade militar é peculiar, ninguém duvida. A própria Constituição assim lhe apresenta, lastreada na disciplina e na hierarquia, que constituem a essência das Forças Armadas. Mesmo peculiar, integra a Administração Pública brasileira como um todo, obedecendo aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Carta Magna: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

b. Se os direitos fundamentais forem corretamente entendidos pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares, não há porque entrarem em rota de colisão com os direitos dos militares, já que visam os primeiros, exatamente, tutelar os segundos.

²⁵ As ações Cautelares e o Novo Processo Civil, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 48

²⁶ Mensaje 33, de 22.10.2002. <http://www.elistas.net/lista/derechomilitar/archivo/indice/25/msg/33/>

c. As restrições impostas aos militares são aquelas relacionadas pela própria Constituição. Daí decorre que, ao contrário do cidadão comum, a carreira das armas requer certo despojamento de liberdade. Quem nela não se enquadra, deve procurar seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre iniciativa constituem valores.

d. Todavia, a sociedade militar submete-se aos princípios gerais do Direito. Pode e deve ser submetida ao controle do Poder Judicial, do qual a ninguém é dado furtar-se em um Estado Democrático de Direito. Conquanto se tenha como certo que o uso do poder é prerrogativa das autoridades, não raras vezes estas dele abusam, seja pela prática do excesso de poder (*mesmo competente para praticar o ato, vai além do permitido, exorbitando no uso de suas faculdades administrativas*), seja pelo desvio de finalidade (*quando, mesmo competente, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público*).

e. Este controle dos atos administrativos militares deve, entretanto, reduzir-se aos aspectos extrínsecos do ato, ou seja, se foram atendidos os requisitos necessários à sua formação: A *competência*, que resulta da lei e por ela é limitada; a *finalidade*, que é o objetivo de interesse público a atingir; a *forma*, que é requisito vinculado e imprescindível e; o *motivo*, que é a situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato administrativo. Hoje, em face do princípio do acesso à Justiça, conjugado com o da moralidade administrativa, a motivação é, em regra, obrigatória²⁷.

f. Entretanto, não deve o Judiciário, jamais, analisar o mérito do ato administrativo, prerrogativa dos Comandantes, Chefes e Diretores Militares – especialmente na seara delicada do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, sob pena de estimular ou dar ensejo a intermináveis pendengas judiciais entre Oficiais e subordinados, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina.

g. O sistema jurídico militar vigente no Brasil pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores Militares (*conferido pela Lei e delimitado por esta*) e o dever de obediência de todos os que lhe são subordinados, relação esta tutelada pelos Regulamentos Disciplinares e pela legislação penal militar.

h. Finalmente, não há, de modo algum, intromissão do Poder Judiciário nas questões essencialmente administrativas militares. Bem por isso, desde a instauração de sua primeira República, em 1891, o Brasil adotou o *Sistema de Jurisdição Única*, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça comum, seja ela federal ou estadual.

O Poder Judiciário é o último bastião em defesa do cidadão brasileiro. Restringir sua atuação frente a questões militares seria um retrocesso injustificável para a Democracia.

Da mesma forma com que o Poder Judiciário analisa os pedidos que lhe são dirigidos pelos militares - que se julgam violados em seus direitos fundamentais, analisa com igual atenção e prudência as respostas e justificativas das Instituições Militares, dentro de um devido processo legal e, a vitória, à toda evidência, caberá a quem demonstrar o melhor Direito.

²⁷ Conforme Hely, obra citada, p.134/137.