

A ingerência do Poder Judiciário nas punições administrativas militares

The interference of the Judiciary in the military administrative punishments

Leonardo Borges Gonçalves¹ 

¹ Mestrado Profissional em Sistemas de Gestão, Universidade Federal Fluminense UFF, email: lgborges003@gmail.com

RESUMO

O presente artigo responderá a problemática do quanto deve o poder judiciário atuar em questões propriamente militares, respondendo a tais questões tão latentes e polêmicas do direito da caserna. Visando aproximar, o leitor de uma área do direito pouco conhecida e divulgada, de modo que elucidar a problemática do tema. O trabalho é respondido de forma que a abordagem constitucional esteja sempre presente, visando estabelecer as implicações constitucionais do tema, bem como é feita a ambientação histórica do leitor ao assunto, de modo que este não fique deslocado em relação ao assunto por conta da especificidade da questão abordada.

Palavras-chave: Disciplina. Punições. Hierarquia.

ABSTRACT

This article answered the issue of how much should the judiciary act properly in military matters, answering such questions as latent and controversial right Barrack. Aiming to bring the reader an area of the right little known and disclosed, so that elucidates the theme problematic. The work is answered so that the constitutional approach is always present, to establish the constitutional implications of the subject, as well as the historical ambiance of the reader to the subject is made, so this does not get shifted on the subject because of the specificity of issue addressed.

Keywords: Subject. Punishments. Hierarchy.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo responderá a problemática do quanto deve o poder judiciário atuar em questões propriamente militares, para alcançar tal objetivo, serão tratados alguns pontos afetos e latentes do tema, tais como: A importância do poder disciplinar para o direito militar; Disciplina e Hierarquia como princípios jurídicos; A punição disciplinar com caráter administrativo e penal; Ao longo deste artigo serão apresentadas posições as problemáticas mencionadas.

O tema a ser abordado é um tema inserido no Direito Militar, ramo do direito este ainda pouquíssimo afeto e desconhecido pela grande maioria dos juristas, talvez pela pouca divulgação, talvez pelos ranços históricos que permeiam o subconsciente popular. E justamente por conta da pouca divulgação deste ramo da justiça especializada que o tema foi escolhido, o tema em questão é o controle judiciário nas punições militares disciplinares, abordando-se princípios e posicionamentos apresentados pela doutrina em relação aos atos administrativos comuns e militares, além, de abordagens em relação ao cabimento de habeas corpus em punições disciplinares, princípios do direito administrativo afetos ao direito da caserna, além da uma apresentação que descreverá a evolução histórica das penas no direito militar.

O pesquisador de um modo geral, seja ele do ramo do direito ou de qualquer outra ciência, deve sempre se fazer questionamentos em relação aos objetos de seu estudo, o trabalho científico aqui apresentado não poderia fugir a tal regra, onde procura-se trazer a lume respostas para tais indagações. É fato que um pesquisador nunca pode considerar que determinado tema ou assunto está pacificado por respostas irrefutáveis e definitivas, é requisito intrínseco e afeto ao estudioso, a inquietude acadêmica, a sede pelo saber, pelo obter novas respostas. Tal esforço é responsável pela atualização e modernização dos diversos temas e meios científicos, o presente trabalho vislumbra oferecer respostas a algumas dessas questões. Embora seja sabido que tais respostas são temporárias e perfeitamente mutáveis, renováveis de acordo com a evolução legislativa e social.

O tema por ser pouco divulgado e apreciado pelos operadores do direito, merece ser abordado de forma direta e elucidativa, procurando-se esclarecer pontos que se tornam obscuros àqueles que não têm contato direto com tal área do direito especializado. Tal área causa até certa estranheza aos menos íntimos dela, onde os princípios são diferenciados, a forma de tratamento das autoridades é atípica quando comparada com a administração pública civil, além, de haver um ponto crucial que torna o direito administrativo militar *sui generis*, se, contrastado com a administração pública comum, seja ela de qual ente federativo for, que é a possibilidade de

cerceamento temporário da liberdade, por conta de infrações disciplinares cometidas, a limitação de liberdade ora citada, pode ser feita por alguns instrumentos próprios da administração militar, quais sejam: detenção, impedimento e a tão famosa prisão disciplinar, tais tipos de punição causam espécie e até ojeriza aos não habituados a vida da caserna.

A elaboração do presente artigo contará com pesquisa jurisprudencial, doutrinária, consultas a legislação, regulamentos, sites e revistas jurídicas, além de subsidiariamente contar com experiências próprias, e de vivenciadas por terceiros na área militar.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO MILITAR

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS NO DIREITO MILITAR

Para se ter uma exata noção, da evolução das penas no direito militar, faz-se necessária uma breve explicação de como se chegou ao atual direito penal. Cientificamente falando, o direito penal é produto da civilização dos povos, através da evolução da humanidade no tempo e no espaço. Moniz Aragão (1952, p.31) afirma: “é certo que na infância da humanidade não existem códigos de leis; há, porém, hábitos e costumes que vão se formando lentamente e cujo respeito se impõe aos membros da coletividade, como um dever que não pode ser impunemente violado”.

Hoje o que é conhecido como justiça penal, nada mais é do que a evolução da chamada vingança privada, ou seja, contenção da violência pela violência, exercida não somente pelo ofendido, mas por toda a família deste, onde se feria não somente o responsável pela violência, mas também, qualquer outro membro da família do agressor, gerando dessa maneira um círculo vicioso de agressões.

Posteriormente o *jus puniendi* foi transferido das mãos do ofendido e de sua família, sendo atribuída a função de punir ao chefe da tribo, onde surge a pena de *Tailão*, um pouco menos, agressiva, um pouco mais ponderada, de modo que, o mal causado pelo agressor era vingado na mesma proporção, era o famoso olho por olho, dente por dente.

Após a fase do *jus puniendi*, surgiu a fase do *compositio*, fase está de grande evolução no que se refere à modernização da forma punitiva. A composição ou transação pecuniária, veio substituir o olho por olho, dente por dente, por uma pena equivalente, de modo que o agressor podia ressarcir o ofendido e sua família pelos danos sofridos. Porém com o aumento da desigualdade

social a *compositio*, tornou-se inviável, de modo que os mais pobres ficavam impossibilitados de cumprir a pena imposta.

Na idade média surge o absolutismo, desaparecendo a figura do chefe tribal, e acontece a conversão do senhor feudal em soberano. O poder da classe dominante era constantemente confundido, de modo que a religião se confundia com política. As figuras do rei e a do sacerdote eram de difícil dissociação, surgindo assim o poder sacral, de modo que o rei e o sacerdote dispunham de poderes ilimitados, numa verdadeira simbiose de direito e religião. Por conta de tal simbiose, e para manter o domínio dos súditos, adveio a pena corporal da qual era detentor o poder público externalizado na figura do rei ou imperador e dos sacerdotes. A pena corporal ainda eivada de muita crueldade, onde vigoravam a tortura, e os suplícios.

O direito penal como é conhecido hoje, começou e se moldar em 1764, com edição da obra do italiano, Cesare Beccaria, inspirado nas ideias iluministas, defendidas por Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Locke o livro chamava-se *Dei Delitti e Delle Pene* (Dos Delitos e das Penas), que trouxe profundas mudanças aos então chamados povos modernos, considerava-se povos modernos, aqueles que eram habitantes da Europa. A obra de Beccaria proporcionou profundas mudanças no sistema penal da época, e seus postulados marcaram o início definitivo do Direito Penal moderno, reagindo contra prisões arbitrárias e processos tendenciosos, onde a defesa do réu não era exercitada.

Não diferente das citadas penas do direito penal comum da antiguidade, as penas no direito Militar eram igualmente, ou mais cruéis, que as penas comuns. Chrysólito de Gusmão (1915, p.181) relata que os egípcios, tinham duras penas, sendo que a mais usada era a bastonada ou a fustigação. A fustigação segundo Evanildo Bechara (2011, p.663) significa: “bater com vara açoitar, maltratar”. a fustigação era aplicada em intensidade diferente de acordo com a falta cometida, podendo até mesmo levar o torturado à morte. Aos espíões no Egito era aplicada apenas de arrancar a língua, aos desertores, aplicava-se a pena de morte, pena esta que passava da pessoa do acusado, aplicando-se toda a família do desertor.

Segundo Jorge César de Assis (2012, p.17), “Existiam também penas infames, de modo que o militar delinquente perdia o direito a ocupar qualquer função pública, não podendo penetrar em qualquer templo religioso, perdia outrossim o direito de cidadania, como acontecia com o desertor”.

Na Roma antiga eram comuns penas de trabalhos forçados e a transferência de milícia: esta consistia na mudança do condenado de uma para outra milícia, inferior, já que as milícias eram

formadas por classes sociais diversas; a degradação ou rebaixamento: o militar era posto em uma posição hierárquica inferior, porém continuava na legião; e a baixa infame: o militar era expulso da legião, não se lhe podendo conceder habitação, nenhuma honra lhe podia caber, ficava o punido privado da dignidade de homem íntegro.

Foram amplamente usadas nas forças armadas de todo o mundo as penas corporais que consistiam em decapitação, porém, antes de arrancar a cabeça do militar este tinha a mesma açoitada por varas; enforcamento e lançamento as feras, estas aplicadas aos traidores e aos trãnsfugas (desertores).

Existiu a pena de perda de estado civil ou *capitis diminutio*, era a pena pela qual o condenado perdia os direitos de estado civil, ou seja, regredia a situação de solteiro de modo que o infrator era excluído do seio familiar, perdendo o direito a convivência com a família, deixando de ser casado.

2.2 ABORDAGEM SOBRE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS NO DIREITO PÁTRIO

O direito brasileiro também teve suas fases evolutivas, antes da colonização portuguesa, também era adotada no Brasil a vingança privada, afirma Bernardino Gonzaga que: “os novos silvícolas não desconhecerao *Tailão*, ainda que de modo empírico, a composição e a expulsão da tribo. Relativamente às formas punitivas predominavam as sanções corporais sem tortura” (GONZAGA, 1957, p.120). Os nossos silvícolas por conta do precário desenvolvimento social, não era possível tratar de uma organização jurídico-social. Existiam simplesmente regras consuetudinárias, necessários ao mínimo convívio social, essas normas eram transmitidas verbalmente, e quase sempre dominadas por misticismo.

Após a chegada dos portugueses ao Brasil, em 1500, o direito a ser empregado na então colônia, era o direito lusitano, vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de Dom Afonso V. As Ordenações Afonsinas, são considerados como sendo o primeiro código europeu completo (BITENCOURT, 2010, p.76).

Posteriormente a partir de 1521, começou a vigorar em todo o império português, as Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manoel I, estas foram substituídas pelo advento da Compilação de Duarte Nunes, em 1569, por ordenamento de Dom Sebastião. As citadas legislações não obtiveram o resultado esperado na imensa e recém-descoberta colônia.

A forma de colonização do Brasil, não permitia a eficácia de normas produzidas em um outro continente totalmente desenvolvido. Conforme afirma o historiador Boris Fausto (2012, p.68) o rei português optou pelo sistema de capitanias hereditárias, de modo que a autoridade máxima era o capitão donatário, de modo que este podia julgar, conceder indulto, ou até mesmo condenar a morte, todos aqueles que vivessem em sua capitania. Os donos de sesmarias submetiam-se totalmente as regras impostas pelos capitães donatários, sem nenhuma outra autoridade para recorrer das decisões.

Posteriormente foram criadas as câmaras municipais nas capitanias, estas compostas pelos chamados homens bons. Homens bons eram considerados aqueles que detinham posses, geralmente militares e integrantes do clero. O poder das câmaras municipais era quase que ilimitado, de modo que podiam até inquirir governadores, logo, os centros de poder concentrado, não queriam se submeter às ordens emanadas e vindas do outro lado do oceano.

Para impedir os desmandos das câmaras municipais, o império luso, criou a figura do juiz de fora, juiz este que era indicado por Portugal, e era cargo privativo de portugueses, o juiz de fora tinha o controle de todas as decisões tomadas pelas câmaras municipais.

A mudança efetiva no sistema jurídico penal da colônia brasileira, só surgiu, com a criação da figura do Governador-Geral, sendo este considerado a figura do rei no Brasil.

Com a ascensão do Marquês de Pombal ao cargo de governador geral em 1763, e posteriormente com fuga da família real para o Brasil, surgiu a necessidade de criação de um código penal do império do Brasil em 1830, e pautado pela constituição do império, de 1824 que determinou a urgente e imperiosa necessidade de feitura de um código penal do império.

Apesar da edição do código penal do império, a legislação militar, continuava a mesma antiquada e cruel, no que tange a legislação penal militar que regia as forças armadas eram os artigos de guerra do Conde de Lippe, aprovados em 1763, esta norma era desumana e bárbara. A pena de morte era imposta exemplo, ao oficial que, ao ser atacado pelo inimigo, abandonasse seu posto sem ordem, a mesma pena era imposta ao militar que se escondesse ou fugisse do combate, estes militares eram arcabuzados(fuzilados).

Aqueles que fossem cabeças de motins ou traições, bem como os que tivessem conhecimento de crime eram infalivelmente enforcados. Os que faltassem ao serviço ou comparecessem bêbados que não pudessem montar, recebiam a punição de pranchadas de espada, tal pena foi abolida pelo decreto de 24.09.1871

Já com a república recém proclamada, foi instituído o código penal da armada, posteriormente estendido ao exército em 1899, o referido diploma penal militar, recebeu inovações na forma de tratamento da tropa, porém ainda apresentava pontos obscuros e cruéis.

O artigo 39 do referido código castrense, previa penas de morte por fuzilamento; prisão de trabalhos forçados, sendo que para oficiais a pena era convertida para prisão simples; degradação militar², que era uma pena acessória, que podia ter o efeito de perda de posto; incapacidade para servir na armada ou no exército e exercer funções, empregos e ofícios públicos, podendo ainda haver a perda de recompensas por serviços anteriores. Havia também as penas de demissão, que privava o condenado do posto ou emprego que ocupava efetivamente e de todas as vantagens inerente aos mesmos; privação de comando, que não permitia que o condenado exercesse qualquer função de comando em terra ou mar, pelo tempo da sentença; reforma, que destituía o condenado do serviço ativo, percebendo este como vencimentos a metade do soldo que faria jus caso fosse reformado de forma voluntária.

Finalmente surgem reformas profundas na legislação castrense, a partir de, 1942, em meio à segunda guerra mundial, foi firmada uma comissão para a reforma do código penal militar. O novo código penal militar foi instituído em 1944, tomando como base o código penal comum vigente a época, que foi sancionado em 1940, com o adeno de figuras propriamente militares.

Modernamente com advento da lei 9099/95, lei esta que institui os juizados especiais, a doutrina, tem aceitado o uso de tal lei em casos de crimes militares de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles com penas inferiores a 2 anos. Porém há uma discussão entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Militar, quando da aplicação da referida lei, nos crimes militares de menor potencial ofensivo.

3. DISCUSSÃO

3.1. ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

Em um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos dentre outros: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, é incabível a ruptura de qualquer área do direito seja ela do direito público ou privado com a carta magna, onde todas as diretrizes básicas de direitos e deveres dos entes públicos e dos jurisdicionados estão elencadas.

Todas as áreas do direito são diretamente regidas por comandos constitucionais diretos, ou por princípios constitucionais aplicados não só na execução, fiscalização e cumprimento direto da lei, mas também quando da elaboração dos diplomas legais, sendo indissociáveis, a vontade do legislador infraconstitucional e a intenção do legislador constituinte.

Não diferente seria com a matéria a que se refere este trabalho, trata-se do chamado Direito Administrativo Militar ou como sugerem alguns doutrinadores, Direito Disciplinar Militar, como abordado nos parágrafos anteriores, tal ramo do direito público tem uma ligação umbilical com o Direito Constitucional, de forma que se torna impossível fazer a abordagem de um sem dar a devida importância ao outro.

As instituições militares sejam elas as previstas no art. 142 da CRFB: Forças Armadas ou os militares dos estados que fazem parte das Forças Auxiliares, são regidos principalmente pela Hierarquia e Disciplina, sendo estes mais do que atributos inerentes à carreira militar, são verdadeiros princípios indissolúveis e indisponíveis aos militares.

A hierarquia e a disciplina são dois valores integralmente indissociáveis, valores estes que coadunam para uma mesma finalidade, onde um serve de suporte e esteio para o outro e vice-versa.

Conforme apregoa Moreira Guimarães, ao dizer que a disciplina pode ser entendida como “a perfeita compreensão e a exata execução do dever”.

Todas as instituições militares do mundo são regidas precipuamente pelos primados da Hierarquia e Disciplina, podendo ser considerados as molas propulsoras de todo o organismo militar, sem tais princípios não existe organização militar, sendo estes, considerados alicerces dos pilares fundamentais da estrutura militar.

Para o professor José Afonso da Silva (2000, p.751) “disciplina é o poder que tem os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordem aos inferiores. Correlativamente, significa o dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores”.

Logo não se confundem a hierarquia e a disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico. Onde há hierarquia com superposição de vontade, há correlativamente, uma relação de sujeição, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos degraus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, dispostas pelos órgãos superiores.

José Afonso da Silva (2000, p.751), tem uma fantástica e sintética definição do poder disciplinar ao dizer “disciplina é um corolário de toda organização hierárquica”.

Por ser indisponível o poder disciplinar, diante de ilícito disciplinar praticado pelo militar, o qual pode ser denominado por outros termos quais sejam: infração, transgressão, ou ainda, contravenção disciplinar, a instituição a que estiver subordinado o militar tem de agir de forma célere e contundente, a fim de restaurar a ordem violada e inibir outros factíveis atos atentatórios, uma vez que toda estrutura da caserna depende da manutenção ilibada de seus primados basilares, sustentados pelos valores constitucionais de hierarquia e disciplina.

Tal obediência cega às regras gera estranheza aos paisanos³, o regime disciplinar militar é totalmente destoante de qualquer outro regime que exista na administração pública. As organizações militares são organizações não convencionais, com uma natureza própria e costumes e regras peculiares, inaplicáveis a uma organização civil.

O poder disciplinar vem de forma a expurgar toda ofensa, porém a prerrogativa de punir não pode ser exercida por qualquer agente, tal prerrogativa tem de ser exercida por determinadas autoridades, imbuídas de atribuições via de regra, tal legitimação esta afeta à figura do comandante, ou àquele responsável pela apuração de eventuais fatos, aplicando ao caso concreto a punição cabível, não devendo deixar de lado a aplicação dos princípios que formam o arcabouço do direito administrativo em sentido *lato sensu*, principalmente os princípios da razoabilidade ou proibição do excesso e da razoabilidade, Princípios estes comuns a todos os ramos do direito, que não apenas balizam a discricionariedade do gestor, impedindo-o de cometer exageros e de aplicar sanções superiores a real gravidade da agressão, proporcionada pela ação ora punida. Segundo Elbert da Cruz Heuseler (2011, p.42), a proporcionalidade e a razoabilidade estão intimamente ligadas a dois dos principais princípios que regem a administração pública pátria, elencados no caput do art. 37 da CRFB/88, a saber: impessoalidade e moralidade.

O professor Hely Lopes de Meirelles (1995, p.82) afirma que a impessoalidade pretendida pelo legislador constitucional nada mais é do que “o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.”

A impessoalidade também é conhecida por princípio da finalidade administrativa (Moraes, 2009, p.325), ou seja, não deve ser desvirtuado em função de particularidades ou características pessoais dos indivíduos, depreendendo-se de tal definição que afeições ou desafeições não devem

ser levadas em conta sob pena de ferir o princípio da moralidade, também disposta pelo legislador constitucional como princípio basilar das relações administrativas.

A moralidade administrativa direciona a autoridade, a não somente cumprir o que é estritamente legal, mas deve esta, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, visto que a moralidade constitui, pressuposto de validade de todo ato da administração pública, conforme é ressaltado por Alexandre de Moraes (2009, p.325). Por conta de tal vinculação a que está submetida autoridade, não é palatável a ideia de uso de punições disciplinares para resolver questões de foro íntimo relacionadas ao subordinado, de forma que o superior hierárquico deve a todo tempo policiar-se, se em relação a determinada atitude está agindo de acordo com a moralidade esperada pelo gestor.

Apesar das peculiaridades ímpares inerentes a carreira das armas, o comandante, ou o responsável pela aplicação da punição não tem a discricionariedade em decidir se irá punir ou não o militar que cometeu a infração, como toda autoridade investida em função pública, não há a opção de não cumprir norma vinculada, o não cumprimento pela autoridade de norma indisponível é ato punível e condenável.

Para um comandante militar não exercer sua função de disciplinador, pode ir além de infração administrativa, pois não havendo repreensão ao infrator, há o comprometimento da eficiência da tropa, e para um comandante militar, não manter a tropa em seu comando em condições de plena eficiência é mais do que infração administrativa, é um crime militar elencado no art. 198 do Código Penal Militar.

Faz-se necessário que as tropas de um país estejam devidamente preparadas, adestradas e equipadas, a fim de garantir a soberania e o regime democrático. A constituição da República Federativa do Brasil, é taxativa no que se refere aos fundamentos que sustentam à república. No artigo 1º da CRFB tem um rol de primados basilares a serem seguidos pelo Brasil, a saber: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Todos os primados elencados dependem diretamente do fundamento primaz que a soberania.

Quando um país não exerce soberania plena não há que se falar em cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político. Marcelo Caetano (1989, p.169) define com muita propriedade o conceito de soberania: “um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro internamente e por ter independência na

sociedade internacional”. Logo uma nação que se denomine soberana não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos.

Alexandre de Moraes (2009, p.325) define soberania como sendo, “a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica, de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e termos admitidos pela própria constituição”.

Logo, depreende-se que é necessária a manutenção da vinculação do dever de agir em casos de transgressão às normas disciplinares militares, pautado no poder inerente a administração pública a saber poder disciplinar.

Poder disciplinar é o que cabe à administração pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Não se devendo confundir o poder disciplinar com poder de polícia. O poder de polícia é afeto as sanções impostas aos particulares não sujeitos a disciplina interna da administração.

Cabe ressaltar que o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia, mesmo onde não haja hierarquia defina, como por exemplo entre os magistrados e o ministério público, quando há o funcionamento do *parquet* junto ao juízo, há uma hierarquia funcional da relação de trabalho, ficando seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição (Di Pietro, 2011, p.95)

O poder-dever de aplicar penalidades às faltas cometidas pelo subordinado como já visto anteriormente, todo ato discricionário é um ato vinculado por natureza, é vinculado aos limites emanados pela lei. A lei quando define que uma determinada infração deve ser punida, ela também elenca as formas de punição, como por exemplo nas punições disciplinares onde há previsão de punição com suspensão, não cabe ao responsável pela aplicação da sanção a definição da outra sanção quando aquela foi vinculada. Porém há que se falar em discricionariedade na forma de quantos dias será a punição, devendo pautar aplicação da sanção de acordo com critérios objetivos, pautados na gravidade da ação, na agressão que tal ação trouxe ao bom exercício do serviço, além de antecedentes e comportamento dos agentes ora punidos.

O responsável pelo serviço ao deixar de punir subordinado, além, de estar incorrendo no crime previsto no artigo 198 do Código Penal Militar, que se define por não manter a tropa sob seu comando em estado de eficiência, incorre também no crime de condescendência criminosa previsto no artigo 322 do Código Penal Militar que consiste em deixar de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo, ou, quando falte àquele competência, não levar o fato ao conhecimento do superior hierárquico.

O exercício do poder-dever de punir pauta-se nos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade. Não é moral um comandante não exercer seu dever de provedor e disciplinador da tropa. O comandante deve zelar pela moralidade de forma a dar satisfação ao contribuinte, mantendo a tropa adestrada e apta a atuar em todos os casos previstos na constituição, tais como defesa dos poderes, defesa da ordem pública, independência nacional e guarda da constituição.

Apesar das características peculiares das punições disciplinares militares, tais punições também são atos administrativos, embora haja uma nomenclatura doutrinária diversa daquela usada no meio civil, o direito administrativo militar também está sujeito à ingerência do poder judiciário.

O controle do poder judiciário, sobre atos administrativos jamais poderá ser afastado, haja vista o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, seja em atos administrativos de cunho civil ou militar. Há que se falar também na teoria dos freios e contrapesos, de forma que os atos excessivos, devem ser balizados pelos outros poderes.

O ato de punir é um ato vinculado, logo, não há que se falar em restrição no controle pelo poder judiciário, haja vista que todos os elementos estão definidos em lei, por conta disso, caberá ao judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que a conformidade com o texto legal inexistiu.

A forma de punição a ser aplicada pelo comandante, por ser ato discricionário, goza de certa liberdade, no que tange a escolha da forma de punição. Conforme apregoa Maria Sylvia Zanella Di Pietro(2011, p.95), “certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário”. Logo, alguns elementos do ato discricionário são definidos em lei, precisamente, e outros aspectos são deixados à decisão da Administração, tendo o agente maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

A ingerência do poder judiciário nos atos administrativos discricionários, pode se dar, na análise da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade que deve ter o ato e lei, já o segundo elemento diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público pretendido.

O agente público ao fazer uso do poder-dever de aplicar a sanção necessária, ante a infração cometida, no que tange a oportunidade e conveniência, deve-se balizar pelo princípio da motivação, que juntamente com a legalidade, formam o arcabouço que permitirá a validade do ato, no que diz

respeito a parte discricionária. Tal parte deve valar dos critérios de conveniência e oportunidade, devendo coadunar para fim maior que é o interesse público.

Elbert da Cruz Heuseler (2011, p.42) afirma, “ao lado do princípio da legalidade, o princípio da motivação surge como mais um instrumento de garantia da Administração e dos administrados quanto ao atendimento do interesse público”.

Porém ainda é comum nas instituições militares, a omissão por parte das algumas autoridades militares, das devidas e necessárias motivações que fundamentem as decisões administrativas. Em toda decisão administrativa, faz-se, necessária a exposição dos motivos que levaram às referidas decisões. A motivação deve-se dar de forma clara, objetiva e precisa das circunstâncias e critérios que fundamentaram as decisões.

Há algumas autoridades que afirmam não querer expor a vida da caserna a civis, por estes não terem a exata noção dos primados de disciplinar e hierarquia. Segundo Elbert da Cruz Heuseler, “parece que as autoridades militares têm certo temor ao apontar em suas em processos disciplinares, a totalidade e verdadeira motivação do ato”. A bem da verdade, tal justificativa não parece ser a mais apropriada, é pacífico entre os juristas militares na área do direito militar, o primado de que, falta conhecimento jurídico necessário às autoridades imbuídas de expedição de atos administrativos disciplinar.

Por conta de tal deficiência, não é raro ver decisões que aplicam punições disciplinares, sendo anuladas pelo poder judiciário, por conta de vícios relativos à motivação e a legalidade.

Em havendo vício nos referidos aspectos, há que se falar também em vícios quanto a aplicação dos princípios constitucionais balizadores e vinculadores de toda a Administração Pública, os primados elencados no caput do artigo de 37 da CRFB, são indisponíveis e indissociáveis de toda atuação da máquina do estado. Se houver agressão a qualquer destes princípios, há agressão direta à Carta Política, devendo por tanto ser rechaçada de imediato qualquer afronta. Por conta de vício de ilegalidade, não há que se falar em exclusão ao princípio da inafastabilidade do direito, devendo este ser aplicado, ao ser constatado o menor indício de ilegalidade.

3.2 PODER DISCIPLINAR MILITAR

O poder disciplinar militar, nada mais é do que uma vertente do poder disciplinar aplicado à administração pública civil, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p.95) deixa clara essa generalidade do direito disciplinar ao definir: “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”.

A partir da emenda constitucional número 18/98, os militares perderam a denominação de servidores públicos militares, passando a integrar uma nova classificação, os militares passaram a ser tratados com agentes públicos, Di Pietro traz a definição de agente público como sendo: “toda pessoa física que presta serviços ao estado e às pessoas jurídicas da administração pública”, logo, é totalmente incontestável que o militar está intima e diretamente ligado a disciplina emana pela Administração, devendo submeter-se integralmente à instituição a que se encontra vinculado.

O poder disciplinar tem origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público, de forma que assegure a ordem interna, a conduta de seus agentes e o regime hierárquico, o poder disciplinar está intimamente ligado ao poder hierárquico, poder este que rege toda a relação de subordinação entre os órgãos, que advém da distribuição de competências. A distribuição de competências surge do princípio da descentralização, que é trazido a lume no art. 6, III do decreto-lei 200 de 1967, decreto este que dispõe sobre a organização Administrativa Federal, o art. 10 do mesmo diploma legal, o comando de que(*in verbis*): “A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”.

A relação de hierarquia se define como sendo o controle que órgãos hierarquicamente superiores, exercem comando e gestão sobre órgãos subordinados, a fim de criar um padrão e unidade de direção, ainda estabelecendo uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos que integram a máquina estatal.

Da relação hierárquica surgem vários aspectos relevantes ao agente público em sentido *lato*, quais sejam: dar ordens aos subordinados, implicando assim o dever de obediência, salvo para ordens manifestamente ilegais; o controle à atividade dos órgãos inferiores, verificando a legalidade de seus atos; aplicar sanções em caso de infrações disciplinares; avocar atribuições, desde que estas não sejam de competência exclusiva do órgão subordinado; além de delegar atribuições que não sejam privativas.

De acordo com as citadas características do poder hierárquico, fica nítido que se torna inviável dissociar o poder disciplinar do poder hierárquico. Por conta de tal indivisibilidade justifica-se o poder disciplinar militar, de modo que este tem a função de manter o agente público afinado às normas e as regras a que deve estar subordinado um militar. O militar deve ter a consciência de que deve ser unido, de modo que uma atitude irresponsável individual, pode comprometer toda a tropa. O militar deve ter a consciência que é pago, adestrado e treinado, para estar apto e preparado ao exercício de suas atribuições constitucionais, a saber primariamente a guarda da Constituição, instituições e soberania, devendo o mesmo ter arraigado em sua formação os princípios elencados no art. 142 da CRFB; disciplina e hierarquia.

3.3 O *habeas corpus* na justiça militar

Segundo o ilustre penalista e professor Luiz Ferreira Pinto (1985, p.5) expressão *habeas corpus*, procede do latim, sendo a junção de dois vocábulos, no sentido *ipsis litteris* significa tome o corpo, segundo Ivanildo Bechara (2011, p.691) o vocábulo significa: “Ação legal que protege o direito de liberdade do acusado diante de abuso de poder ou ilegalidade”.

Para Jorge Cezar de Assis (2012, p.33) *habeas corpus* é: “uma garantia individual, ou seja, um remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade física do indivíduo, a liberdade de ir, ficar e vir, tendo por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder”.

O remédio constitucional *habeas corpus*, está previsto no ar. 5º, inciso LXVIII, Constituição de República do Brasil de 1988, a figura do referido remédio constitucional surge pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com o código de processo criminal de 1832, o aparecimento de tal remédio, aflora constitucionalmente em 1891, com a constituição republicana.

.O *habeas corpus* vem previsto no código de processo penal militar em seu artigo 466, de forma que heroico remédio deve ser utilizado para promover a liberdade daquele que esteja sofrendo ou na iminência de sofrer violência à sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Aduz-se deste dispositivo legal, que, existem duas espécies de *habeas corpus*, um denominado liberatório, utilizada quando o direito de locomoção já foi violado, e outro chamado preventivo, quando haja a possibilidade de cerceamento do direito.

O *habeas corpus* seja este remédio utilizado na justiça comum a na justiça militar, depende da inexistência de certas peculiaridades constitucionais de natureza excepcional, a saber: durante a vigência do estado de sítio, durante o citado estado, certas garantias são passíveis de ser suprimidas, visando a segurança e soberania nacional. Também por conta de punição disciplinar militar não é possível a impetração do remédio constitucional propenso.

A constituição em seu art. 142, §2º, é clara ao reza não caberá *habeas-corpus* em relação a punições disciplinares militares, nesse sentido a maioria dos doutrinadores é acorde no sentido do não cabimento do *habeas corpus*, contra a aplicação de punição disciplinar militar. A razão é simples e óbvia, por conta de todas as instituições militares serem galgadas nos primados de hierarquia e disciplina, o cabimento do presente remédio atentaria contra tudo que sustenta as instituições militares, ou seja, disciplina e hierarquia, cabendo o controle apenas a parte da legalidade dos pressupostos dos atos administrativos. As punições disciplinares, mesmo em alguns casos tendo a pena de prisão, continua sendo um ato administrativo sem caráter penal.

Neste sentido Jorge César de Assis: “A punição disciplinar, mesmo sendo de natureza militar, continua a ser um ato administrativo, da Administração Militar, sendo certo que ao Poder Judiciário descabe analisar seu mérito, salvo quando aplicado por autoridade incompetente ou contra dispositivo legal”. Logo, cabe controle do poder judiciário em alguns objetos do ato administrativo punidor. Tal entendimento é o majoritário, encontrando fundamento em ampla parte da doutrina.

Há uma segunda parte da doutrina que defender ser totalmente incabível o uso do heroico remédio em punições disciplinares, tal corrente mais conservadora capitaneada por doutrinadores como Seabra Fagundes e Walter Ceneviva, não aceitam de forma alguma a ingerência do poder judiciário em atos administrativos militares. Tal posição é também defendida pela maioria dos chefes militares, de modo que aí se encontra o tendão de Aquiles, que divide a toga e a espada, de forma que no que concerne ao referido assunto, insta um mal estar entre os comandantes militares e o judiciário.

Existe ainda uma terceira corrente mais liberal que afirma que é totalmente cabível o uso do *habeas corpus* em sede de transgressões disciplinares de forma irrestrita, permitindo não só a análise dos aspectos legais da punição, mais também, adentrando no mérito propriamente dito do ato administrativo, segundo os defensores de tal corrente a atuação do judiciário se deve em função da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Há de se ressaltar que a terceira corrente é totalmente inconstitucional, não só por afrontar diretamente o artigo 142, §2º da CRFB/88, mas também por infringir o primado básico da República do Brasil, ao ir de encontro ao princípio da separação dos poderes, de modo que um poder atue na competência discricionária do outro. A teoria dos freios e contra pesos só é aplicável naquilo que a lei permite, como por exemplo nos casos de abuso de autoridade, infringindo assim ao princípio da legalidade e também a constitucionalidade do ato.

Logo aduz-se que o poder judiciário ao apreciar a legalidade ou constitucionalidade da punição, não está apto à emitir decisão quanto à justiça ou injustiça que permeie o ato ora impugnado. Nesse sentido Jorge César de Assis (2012, p.29) discorre: “o Judiciário não pode jamais adentrar o mérito da punição disciplinar militar, sob pena de se inviabilizar o sistema mantenedor das Forças Armadas e das polícias e corpos de bombeiros militares”.

Conforme é expresso no art. 469 do Código de Processo Penal Militar, a competência para o julgamento de *habeas corpus* na esfera penal é do Superior Tribunal Militar, não cabendo ao Juiz-Auditor, juiz este de 1º grau a concessão do heroico remédio. Já nos estados em que exista Tribunal de Justiça Militar, a eles cabe a apreciação dos pedidos do referido remédio em matéria penal quando tratar-se de militares dos estados. Nos estados onde não haja TJM, cabe ao juiz de 1º grau apreciar o mérito da referida medida judicial.

No tange à concessão de *habeas corpus* em sede de punições disciplinares, sendo militar integrante de força auxiliar, cabe ao Juiz de Direito do Juízo Militar a apreciação da medida assecuratória. Sendo o Militar Federal, cabe à Justiça Federal de 1ª instância o processamento e julgamento do *habeas corpus*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no início do presente trabalho científico, a intensão primaz era trazer o leitor para mais perto da área do direito especializado, aplicada aos militares, grupo este com características peculiares que conta com regime disciplinar *sui generis*, muito diferente do regime disciplinar aplicado aos servidores públicos civis, até por que os militares a partir da emenda constitucional 19/98 deixaram de ser considerados servidores públicos, passando a integrar a categoria dos agentes públicos.

As forças armadas, por força de atribuição constitucional, são os garantidores do regime democrático e os guardadores da constituição, de modo que os militares devem sempre estar a serviço do país, sendo, que o militar está em todo o tempo de serviço e em até mesmo quando em seu domicílio descansando, este, está a serviço do país.

Por conta da forma diferenciada que este agente público serve o país, é necessário e justo que o mesmo tenha uma legislação própria, onde as peculiaridades da vida profissional em que está inserido sejam levadas em consideração quando da aplicação de sanções disciplinares ou penais.

A constituição ao referir-se sobre as forças armadas e auxiliares, é taxativa em destacar que estas se pautam, nos princípios da disciplina e hierarquia, sendo estes, mais do que atribuições, sendo considerados o próprio sangue do organismo militar, logo surge a resposta para a questão da real importância dos princípios da disciplina e hierarquia.

Conforme foi exposto no tópico que versou sobre o cabimento do *habeas corpus*, nas punições disciplinares militares, fica notório, que as sanções aplicadas pelos comandantes militares, legalmente imbuídos de tal competência, nada mais é do que uma punição administrativa, aplicada no âmbito dos militares, sendo nutridas tais punições por agressões à ordem administrativa, que deveria ter sido executada, ou, atos que o militar pela sua condição de agente público, deveria ter se furtado de cometer.

Cabe ressaltar, que as infrações cometidas pelos militares, se eivadas de um maior potencial ofensivo, podem, ser caracterizadas como crime, caso tragam em seu corpo, algum núcleo dos tipos penais elencados no Código Penal Militar.

O militar por ter atribuições custosas e penosas, goza de algumas compensações, como no exemplo a reforma (aposentadoria), com 30 anos de serviço, irredutibilidade de vencimentos quando da inatividade, além de manutenção do posto ou patente mesmo após a ida para o serviço da reserva remunerada e é claro, a diferença mais latente que é o regime disciplinar e penal diferenciado.

É de fácil constatação que o militar tem uma vida diferenciada, devendo sempre estar pronto, para qualquer serviço, e esta prontidão no emprego, só, é possível, se a tropa for disciplinada e afinada com os objetivos da força em que serve, logo, é indissociável à figura do militar, a manutenção de padrões rígidos de disciplina e hierarquia.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. **As Três Escolas Penais**. 5ªed. São Paulo: Freitas Bastos, 1952.
- ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar**- Aspectos penais, processuais penais e administrativos. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- BECHARA, Evanildo. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 1ªed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BUTRUS, Angelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues. **Curso de Direito Militar**: direito constitucional militar e direito disciplinar militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2010.
- CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14ª ed. São Paulo: Edusp, 2012.
- FERREIRA, Luiz Pinto. **Teoria e Prática do Habeas Corpus**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- GUSMÃO, Chrysólito de. **Direito Penal Militar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1915.
- HEUSELER, Elbert da Cruz. **Processo Administrativo Disciplinar Comum e Militar à luz dos princípios constitucionais e da lei Nº 9.784 de 1999**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 18ªed. 2000.