



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

MANUAL PRÁTICO DO MILITAR – 3ª EDIÇÃO – 2017

DR. DIÓGENES GOMES VIEIRA

CAPÍTULO 4 – HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES

DISCIPLINARES

4.2. COMO IDENTIFICAR SE UMA PUNIÇÃO DISCIPLINAR É ILEGAL?

Primeiramente, deve-se, desde já, deixar muito bem esclarecido que não é possível questionar o mérito¹ da punição² disciplinar perante o Poder Judiciário.

1. PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HABEAS CORPUS. MILITAR. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. ART. 142, PARÁGRAFO 2.º DA CONSTITUIÇÃO. RESPECITO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA IMPARCIALIDADE DO JULGAMENTO. DECISÃO PUNITIVA DEVE SER MANTIDA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO. 01. A despeito de os arts. 142, parágrafo 2.º, da Constituição, e 647, do Código de Processo Penal, estabelecerem expressamente não ser cabível habeas Corpus para discutir punição disciplinar militar, a jurisprudência tem entendido que, caracterizando-se como ato administrativo, seus aspectos formais podem ser analisados pelo Poder Judiciário, **sendo vedado apenas o exame do mérito da punição disciplinar militar**. Precedente do TRF/5.ª: RHCEXOF nº 2373/RN, Quarta Turma, Rel. Margarida Cantarelli, DJ 17/05/2006, p. 1069. 02. Em que pese as razões recursais se voltarem a questões procedimentais e de mérito a respeito do fato propriamente dito e da injustiça da aplicação da sanção disciplinar, atenta-se à análise apenas daquelas que se voltam ao aspecto formal, propriamente dito. 03. Ao contrário do quanto apregoado, o recorrente teve, sim, oportunidade de apresentar sua defesa prévia consistente de justificativas ou alegações para o seu ato no prazo de cinco dias úteis, previsto no art. 4.º, inciso II, da Portaria n.º 782/GC3, de 2010, do Comando da Aeronáutica. 04. Insubsistente se mostra a alegação de excesso de prazo, já que passados apenas 22 (vinte e dois) dias desde a ciência do fato à data de início da apuração, isto por que seria sobrelevar a forma em desfavor do conteúdo do ato administrativo, já que como se não bastasse, não se demonstrou qualquer prejuízo à defesa do requerente. 05. No procedimento disciplinar, restou provado que o militar deixou de preencher o controle de saída de viatura e entregar a quem não estava autorizado a conduzir a viatura oficial e ter omitido as informações para o Oficial do dia, sem motivo justificado, o que foi admitido, inclusive, pelo recorrente, cuja apuração encontrou respaldo dentro da rígida disciplina da hierarquia militar, cujas regras de autoridade e hierarquia devem prevalecer em atenção ao sistema estrutural organizado e amparado constitucionalmente. 06. A sentença objurgada não afronta qualquer imperativo formal. A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade em procedimento administrativo castrense autoriza a manutenção da sentença que denegou a ordem de Habeas Corpus, sendo sua manutenção medida que se impõe. 07. Recurso em Sentido Estrito desprovido. (TRF5 - RSE nº 00110972520154058300 - Desembargador Federal Janilson Bezerra de Siqueira - Terceira Turma – Dje de 01.07.2016)

2. O Advogado poderá ser contratado para acompanhar todo o processo administrativo



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

Ou seja, não é cabível questionar se a punição foi justa ou injusta: isso não é possível, pois é matéria atinente somente à Administração Castrense, é uma questão discricionária das Forças Armadas e das Forças Auxiliares (Polícia e Bombeiros Militares).

Celso Antônio Bandeira de Mello³ assim conceitua o que seja um **ato discricionário**:

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

Após a leitura do ensinamento do mestre Bandeira de Mello, podemos, sem sombra de dúvidas, afirmar o seguinte: **a)** os regulamentos militares disciplinares são normas específicas a serem aplicadas aos integrantes de cada Força Armada ou Força Auxiliar; **b)** os próprios regulamentos disciplinares conferem poderes discricionários aos superiores hierárquicos para punirem seus subordinados; e **c)** nestas normas disciplinares há grande poder de discricionariedade de avaliação e decisão por parte dos superiores hierárquicos.

Devido a tais poderes⁴ de avaliação e decisão, que poderão ser identificados

disciplinar, a fim de participar do depoimento do militar, requerer diligências, cópias dos autos, arrolar testemunhas, elaborar a defesa técnica, interpor recursos, etc.

³. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 380.

⁴. **ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. MILITAR. ATO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR (TRANSGRESSÃO). ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DESVIO DE FINALIDADE. LEGALIDADE. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. DANOS MORAIS. NÃO OCORRÊNCIA. PRIMAZIA DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA. IMPROVIMENTO.** 1. Em ações que versam sobre o controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário se limita à análise da regularidade do procedimento, não lhe sendo permitida qualquer incursão no mérito para aferir a conveniência e a oportunidade da decisão tomada pela autoridade administrativa. 2. A hierarquia e a disciplina constituem a base institucional das Forças Armadas, por exigência constitucional e legal, nos termos do art. 142, da CF e art. 14 da Lei nº 6.880/80, de modo que o militar deve se submeter a rigorosa disciplina castrense e acatar integralmente as leis ou ordens emanadas da Corporação. 3. Na espécie, à vista das provas carreadas aos autos,



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

na leitura dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e Auxiliares, é que o Poder Judiciário está impedido de analisar o mérito (justo ou injusto) da punição disciplinar, pois tal ato administrativo está adstrito unicamente à Administração.

Entretanto, importante ressaltar que a Administração Castrense não possui poder discricionário ilimitado, pois nos próprios regulamentos constam **atos vinculados** que assim são definidos por Bandeira de Mello:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Mas, então, o que isso tudo quer dizer? Significa que o superior hierárquico detém poderes discricionários para avaliar a transgressão disciplinar e poder decisório sobre a mesma. Entretanto, está obrigado a cumprir certas regras discriminadas nos regulamentos, na CF/88 e demais normas⁵ jurídicas superiores. Se descumprir uma norma jurídica, estará cometendo um ato ilegal ou inconstitucional. E se descumprir a **lei** estará ultrapassando de seu poder administrativo, e em consequência, o Poder Judiciário poderá analisar a punição disciplinar.

especialmente do Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (fls. 79/85) e dos testemunhos produzidos em audiência (fls.276/287), resta inconteste que a punição de transgressão disciplinar aplicada ao demandante foi levada a efeito por autoridade militar competente, de forma motivada e com a observância das regras que regem a hierarquia e a disciplina do Exército, dentro, portanto, da legalidade e do poder discricionário da administração castrense, de modo que não prospera a sua pretensão de anular o ato de punição sofrido. 4. Ante a inexistência da prática de qualquer ato ilícito por parte da demandada e da ocorrência efetiva de dano, ausente os requisitos autorizadores da responsabilidade civil. 5. Apelação improvida. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos. (TRF5 - AC nº 200984000098236 – 4ª Turma - Rel. Desembargador Federal Marco Bruno Miranda Clementino – Dje de 02.08.2012)

⁵. Quando citar a palavra **norma** neste livro, estarei me referindo, genericamente, a qualquer portaria, decreto, lei ordinária, lei complementar, CF/88, tratado internacional, etc.



CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

Porém, ressalte-se, a ilegalidade da punição disciplinar não estará restrita ao descumprimento dos regulamentos militares, mas sim, ou melhor, principalmente, quando houver quaisquer desconformidades com a CF/88 e demais leis do País, e ainda, a alguns Tratados Internacionais de que o Brasil faça parte.

Ademais, oportuno mencionar que os Regulamentos Disciplinares da Aeronáutica e Marinha foram promulgados antes da promulgação da CF/88, ambos possuindo, não raro, normas incompatíveis com a Carta Maior Democrática de 1988 e demais leis, podendo-se citar como exemplo o inciso 5 do art. 34 do RDAER:

***Art. 34.** Nenhuma punição será imposta sem ser ouvido o transgressor e sem estarem os fatos devidamente apurados.*

(...)

5 - Os detidos para averiguações podem ser mantidos incomunicáveis para interrogatório da autoridade a cuja disposição se achem. A cessação da incomunicabilidade depende da ultimação das averiguações procedidas com a máxima urgência, não podendo, de qualquer forma, o período de incomunicabilidade ser superior a quatro dias.

Se algum superior hierárquico aplicar este inciso disciplinar, proibindo um Advogado de se comunicar⁶ com o militar preso disciplinarmente, estará descumprindo o art. 7º, inciso III, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), pois é proibida a incomunicabilidade entre Advogado e cliente:

***Art. 7º.** São direitos do advogado:*

(...)

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo

⁶. E estará, também, cometendo o delito de abuso de autoridade contra o exercício profissional da Advocacia, nos termos do art. 2º, letra **a**, da Lei 4.898/65.



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

(...)

Caso o Advogado⁷ seja proibido de se comunicar com seu cliente militar ou impedido de participar de audiência de interrogatório de algum processo administrativo disciplinar e o cliente vier a ser punido ou estar na iminência de o ser; será possível ao Judiciário, devido a esta **gritante** ilegalidade, analisar o mérito da punição ou de sua iminência através do *habeas corpus* liberatório⁸ ou preventivo.

Agora, voltando ao nosso estudo prático, o que podemos fazer para descobrir se há alguma ilegalidade no trâmite do processo administrativo disciplinar? Ou seja, irregularidades nos procedimentos, no julgamento, na definição da pena imposta ou na própria execução⁹ da pena disciplinar? Seguem

⁷. Está em tramitação o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 141/2015, que tipifica penalmente a violação de direitos ou prerrogativas do Advogado, a fim de alterar a Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para tornar crimes a violação de direitos ou prerrogativas do advogado e o exercício ilegal da advocacia.

⁸. No decorrer deste capítulo há um tópico especial para definir as modalidades do *writ*.

⁹. É possível, também, impetrar *habeas corpus* em relação à execução da pena disciplinar, pois esta poderá estar sendo abusiva e darei um exemplo ocorrido comigo na Base Aérea do Recife: em 2006 fui preso disciplinarmente por 6 (seis) dias no Hotel de Trânsito dos SO e SGT e o Comandante da OM ordenou aos seus Oficiais que me acordassem de hora em hora durante toda noite durante os 6 (seis) dias! Isso mesmo, tortura psicológica!!! Ocorreu, entretanto, que na mesma noite preparei (escondido) um *habeas corpus* escrito à mão e consegui passar para um colega de farda protocolar (dei-lhe as mesmas orientações que faço neste capítulo) na Justiça Federal e que após entregasse uma cópia no Ministério Público Federal. No dia seguinte aconteceu que: um Juiz Federal marcou uma audiência com o Comandante da OM (que faltou!) e comigo (imaginem como as autoridades militares ficaram). À época houve grande resistência de me levarem para frente do Juiz Federal, sendo que até ordem de prisão contra o ex-Comandante da BARF havia sido expedida pelo Juiz Federal, não sendo cumprida porque a Aeronáutica me levou para a Justiça Federal a tempo! Na audiência estava um Advogado da União e o Procurador da República (Ministério Público Federal) que recebeu a cópia da petição de *habeas corpus* escrita à mão. Nesta audiência judicial, o Juiz me perguntou se era verdade que eu estava sendo acordado de hora em hora, e quando confirmei este fato, foi concedida liminar a fim de que parassem de me acordar de hora em hora. Com este relato, os leitores podem perceber o poder de um *habeas corpus*, que, como



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

abaixo algumas orientações sobre como identificar se uma punição é ilegal:

PRIMEIRO: ler o regulamento disciplinar da respectiva Força Armada ou Auxiliar, a fim de verificar se os trâmites processuais estão sendo respeitados, como, por exemplo, o prazo para apresentação de defesa escrita¹⁰, analisar se a punição imposta está em consonância com o regulamento, verificar os prazos recursais¹¹, etc; e

SEGUNDO: verificar se a norma porque está sendo punido é legal, ou seja, se está em consonância com norma legal superior. Exemplo: o RDAER é um decreto¹², logo, se algum dispositivo desta norma for contrário a CF/88 ou outra norma superior, a aplicação da punição será inconstitucional ou ilegal. Certa vez

dito, foi escrito à mão, e sequer foi necessário um Advogado, pois qualquer pessoa pode impetrar um *habeas corpus*.

¹⁰. Se quiser que alguma testemunha seja ouvida ou algum documento em posse da Administração Militar seja juntado aos autos do processo disciplinar, faça tal pedido explicitamente quando da elaboração da defesa escrita.

¹¹. **APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.** 1. Apelação interposta contra a sentença proferida em ação ordinária, que julgou procedente em parte o pedido para determinar que a União promova a anulação, na Folha de Alterações e na Ficha Disciplinar Individual do demandante, da punição disciplinar de detenção descrita na decisão exarada no "Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar". 2. Narrou o demandante, em síntese, que é militar do Exército e foi punido na via administrativa com três dias de detenção, em virtude do atraso na remessa de ofícios. Alegou que, a punição foi exagerada, já que se tratou da primeira, e não havia prazo para o cumprimento da ordem, ofendendo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sustentou ainda que fora punido no mesmo dia da publicação da ordem sancionatória, sem direito a recurso. 3. Verifica-se que foram violados diversos dispositivos legais, constantes no Regulamento Disciplinar do Exército, e constitucionais, relativos à ampla defesa e ao contraditório. **O fato de o demandado ter sido punido no mesmo dia em que fora publicada a ordem sancionatória, sem dúvida alguma, inviabilizou a interposição de recurso administrativo contra a decisão, violando o contraditório e a ampla defesa.** Por outro lado, a punição não observou a proporcionalidade da gravidade da transgressão, que, por ser considerada leve, não cabe pena de detenção, que é aplicada aos casos de transgressão média. Precedentes: TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 0066465-60.2016.4.02.5101, Rel. Des. Fed. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Dje 2.3.2017; TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 0118404-23.2014.4.02.5110, Rel. Des. Fed. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Dje 17.11.2015. 4. Apelação não provida. (TRF2 - AC nº 00079608620104025101 – Rel. Desembargador RICARDO PERLINGEIRO - 5ª TURMA ESPECIALIZADA – DJe de 15.05.2017)

¹². O RDAER é um Decreto, todavia, a princípio, foi recepcionado como lei pela CF/88.



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

fui punido por não ter esgotado previamente a esfera administrativa antes de impetrar um *habeas corpus*, ou seja, fui acusado de ter descumprido o art. 51, § 3º, do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80). Porém, esta norma militar não foi recepcionada pela CF/88, logo, a punição imposta era inconstitucional (ver capítulo 5), onde, inclusive foi deferida liminar em *habeas corpus* com a expedição de alvará de soltura, sendo que a autoridade coatora (Coronel) foi processada por crime de abuso de autoridade.

Em relação à parte processual do processo administrativo, em regra, será inconstitucional qualquer ato que descumpra o preceito¹³ constitucional ao contraditório e à ampla defesa¹⁴ no âmbito administrativo, conforme disposição contida no inciso LV do art. 5º da CF/88:

13. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR DE MILITAR. DECISÃO DETERMINANDO PUNIÇÃO. NÃO FUNDAMENTAÇÃO DA AUTORIDADE. INOBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Ainda que se admita a rigorosa disciplina peculiar à vida militar, não se apresenta regular o desrespeito aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 2. **Uma vez caracterizado o desrespeito aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em processo administrativo disciplinar movido contra o paciente, impõe-se a manutenção da sentença concessiva de ordem de Habeas Corpus liberatório.** 3. Recurso em sentido estrito improvido. (TRF1 – RSE nº 00006484320134013400, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (CONV.) - QUARTA TURMA, e-DJF1 de 04.02.2014)

14. ADMINISTRATIVO. MILITAR. PUNIÇÃO DE NATUREZA DISCIPLINAR. HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA PARA PERMITIR AO MILITAR QUE RECORRA EM LIBERDADE DA PENA DE PRISÃO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO PUNITIVA INDEFERIDO. RECURSO ADMINISTRATIVO NÃO INTERPOSTO. PERDA DO OBJETO DO WRIT. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO PREJUDICADO. 1. A ordem em *habeas corpus* foi concedida para que o militar pudesse recorrer em liberdade da punição disciplinar a ele imposta. Atendendo ao despacho de fl. 230-e, a União informa que "o militar em tela não recorreu à instância superior referente ao indeferimento do pleito da reconsideração de ato e não cumpriu os dias restantes da punição disciplinar" (fl. 236-e). Como se vê, já foi apreciado pedido de reconsideração, e não houve interposição de recurso administrativo; assim, é de se reconhecer a perda do objeto do recurso especial, tendo em vista que busca reverter ordem concedida em *habeas corpus* para afastar o cumprimento imediato da pena, permitindo ao militar que recorra em liberdade. 2. Agravo regimental não provido.(STJ - AGRESP nº 201302333860 - MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA - DJe de 28.02.2014)



DIÓGENES E CARVALHO
ADVOCACIA MILITAR

CELULARES DO DR. DIÓGENES GOMES: 71 – 99625-8597 e 61-99800-5309

 71 – 99625-8597

WWW.ADVOCACIAMILITAR.NET.BR

E-MAIL: DOUTORDIOGENES@GMAIL.COM

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório¹⁵ e ampla defesa¹⁶, com os meios e recursos a ela inerentes;

Assim, tem-se que é possível verificar se uma punição administrativa disciplinar é inconstitucional ou ilegal, quando estiver em desacordo, seja no aspecto material¹⁷ ou processual¹⁸, com alguma norma jurídica (da CF/88, do próprio regulamento disciplinar ou demais normas jurídicas, como leis, decretos, etc).

¹⁵. Contraditório significa, resumidamente, o direito de se defender de uma acusação, antes de sofrer uma punição.

¹⁶. Já a ampla defesa, sinteticamente, é o direito a que se permita ao acusado utilizar todos os meios que dispuser com o fim de provar sua inocência por meio de provas testemunhais, documentais, depoimento pessoal, etc. Por isso que, caso seja indeferido o pedido do militar de apresentação (arrolamento) de testemunha para provar sua inocência, é motivo suficiente de impetração de *habeas corpus*, pois tal ato além de ilegal é, sobretudo, inconstitucional.

¹⁷. Direito material é o direito objetivo que vem estabelecer a substância, a matéria da norma *agendi*, fonte geradora e assegurada de todo direito. E assim se diz para se contrapor ao direito formal (processual), que vem instituir o processo ou forma de proteger tal direito objetivo (exemplo: toda pessoa possui o direito de petição aos órgãos públicos). Já o direito processual (formal) se denomina como todo complexo de regras instituídas pelo Poder Público no sentido de determinar a forma por que serão os direitos protegidos pelo Poder Judiciário.

¹⁸. A Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito federal) tem aplicação, em determinadas situações (subsidiariamente, por exemplo), nos processos administrativos disciplinares.