

BIBLIOTECA DO UJGOIÁS



HABEAS CORPUS
E
MANDADO
DE
SEGURANÇA
DISCIPLINARES

Jollson Fernandes de Gouveia
Ten Cel PMAL

www.ebooksbrasil.org

Habeas Corpus e Mandado de Segurança Disciplinares
Joilson Fernandes de Gouveia

Edição
LIBER
LIBER

Versão para eBook
eBooksBrasil.com

Fonte Digital:
Documento do Publisher

Copyright:
© 2001-2006 Joilson Fernandes de Gouveia

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores
Curso Superior de Polícia — CSP/II — 96**

DO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS E DO MANDADO DE SEGURANÇA NAS PRISÕES E DETENÇÕES DISCIPLINARES ILEGAIS NA P M A L

Trabalho científico elaborado para exame de aprovação final no Curso Superior de Polícia — CSP/II-96, no Centro de Aperfeiçoamento de Estudos Superiores — CAES/PMESP; sob a orientação técnica do Ten. Cel PMESP — Jairo Paes de Lira, e orientação jurídica da Dra. em Direito — Flávia Cristina Piovesan.

Autor:

Joilson Fernandes de Gouveia — Ten. Cel PMAL

Orientadores:

Flávia Cristina Piovesan — Dra. em Direito

Jairo Paes de Lira — Ten. Cel PMESP

OUTUBRO — 1996

SUMÁRIO

PREFÁCIO — 7

APRESENTAÇÃO — 9

RESUMO — 12

INTRODUÇÃO — 17

1 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS — 21

1.1 Breve aceno histórico

1.2 A Constituição Federal de 1988 e os direitos e garantias fundamentais

2 PRINCÍPIOS CONCERNENTES AOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS NA C.F/88 (Art. 5º, Caput e segs.) — 32

2.1 Princípio da igualdade jurídica — isonomia

2.2 Princípio da legalidade — reserva legal

2.3 Outros princípios constitucionais

3 O REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES

PÚBLICOS MILITARES — 45

3.1 Conceitos

3.2 Regime

3.3 Estabilidade — Vitaliciedade

3.4 Vedações constitucionais expressas ao PM

3.5 Direitos trabalhistas extensivos aos servidores públicos militares

3.6 Acumulação de cargos

**4 TRANSGRESSÃO E PUNIÇÃO DISCIPLINARES MILITARES FACE À
CF/88.** — 55

4.1 Considerações preliminares

4.2 Transgressão militar ou transgressão disciplinar militar

4.3 Punições disciplinares militares (sanção, pena)

**5 DOS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO (HIERÁRQUICO, DISCIPLINAR E
REGULAMENTAR) E DOS ATOS ADMINISTRATIVOS** — 64

5.1 Considerações preliminares e gerais

5.2 Poder hierárquico

5.3 Poder disciplinar

5.4 Poder regulamentar

5.4.1 Regulamento e lei

5.4.1.1 Regulamento

5.4.1.2 Lei

5.5 Atos Administrativos (conceito; requisitos; perfeição; validade e eficácia)

5.5.1 Conceito (aspectos preliminares)

5.5.2 Ato administrativo militar (Policia Militar)

5.5.3 Requisitos — Elementos — Pressupostos (Perfeição, Validade e Eficácia)

5.5.4 Elementos

5.5.5 Pressupostos

5.5.6. Existência, validade e eficácia do ato administrativo militar / Policial Militar

5.5.7. Vícios e defeitos do ato administrativo

6. REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PMAL FACE À LEI EST. N.º 5346/92 E ÀS CONSTITUIÇÕES ESTADUAL E FEDERAL — 91

6.1 O RDPMAL face à Lei Est. n.º 5346/92. Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Alagoas

6.2 O RDPMAL face à Constituição Estadual.

6.3 O RDPMAL face à CF/88

7 CONTROLE JURISDICIONAL DAS SANÇÕES DISCIPLINARES — ATOS ADMINISTRATIVOS ILEGAIS. — 101

7.1 Writs constitucionais — garantias de controle

7.2 Controle jurisdicional do ato administrativo ilegal

7.3 Ilegalidade e abuso de poder (pressupostos do mandamus et habeas corpus).

7.3.1 Ilegalidade

7.3.2 Abuso de poder

7.4 Do mandamus — mandado de segurança

7.5 Do habeas corpus

8. HABEAS CORPUS: Concessão versus exceção — 127

8.1 Considerações Preliminares e Doutrinárias

8.2 Inadmissibilidade e admissibilidade de concessão nas punições disciplinares militares ilegais — doutrina

8.3 Razões finais (aspectos fundamental, político, jurídicos e deontológico)

8.3.1 Aspectos fundamentais, políticos, jurídicos e deontológicos

8.3.2 Legitimidade: aspectos jurídico legal e constitucional das prisões e detenções — punições

8.3.3 Aspecto sistêmico-doutrinário e da boa técnica jurídico-legislativo

8.3.4 Aspecto deontológico policial-militar

CONCLUSÕES — 153

BIBLIOGRAFIA — 160

APENSO A — 165

APENSO B — 171

ANEXO A — 172

ANEXO B — 173

ANEXO C — 174

O Autor

Joilson Fernandes de Gouveia: — Ten. Cel PMAL, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas — UFAL, 1992; Curso de Direitos Humanos na Universidade Estadual do Rio de Janeiro — UERJ, out/1994, ministrado pelo Center of Human Rights da ONU; Curso de Direitos Humanos, patrocinado pela Américas Watch, 1994 em Maceió-Al; Membro da Anistia Internacional no Brasil — Seção brasileira; Membro, Diretor Fundador e 2º Secretário do Grupo de Direitos Humanos “Tortura Nunca Mais”, em Alagoas — atual secretário.

PREFÁCIO

A monografia de Joilson Fernandes de Gouveia tem o grande mérito de propor uma reflexão corajosa e destemida acerca de tema ainda pouco explorado na bibliografia nacional. Ao longo deste trabalho, Joilson Fernandes de Gouveia busca questionar a possibilidade de controle jurisdicional de atos administrativos eivados de ilegalidade, enfocando de forma peculiar o cabimento do habeas corpus e do mandamus nas prisões e detenções disciplinares ilegais.

O desenvolvimento das argumentações lançadas pelo autor se faz de modo articulado, fundamentado e com amplo embasamento doutrinário. A monografia adota, como ponto de partida, as inovações introduzidas pela Constituição Brasileira de 1988, que inauguram um novo constitucionalismo — democrático, humanista e assegurado de direitos fundamentais. Sob o enfoque dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais, o autor busca caracterizar o regime constitucional dos servidores públicos militares, suas especificidades e particularidades. Tece uma análise crítica acerca das vedações impostas aos servidores militares, questionando a inadmissibilidade de concessão de habeas corpus nas prisões e detenções disciplinares ilegais.

A partir deste momento, a monografia se concentra neste tópico específico: o cabimento de controle jurisdicional em face dos atos administrativos ilegais. Para tanto, o autor passa a examinar os poderes

da Administração e os atos administrativos — seus requisitos, elementos, pressupostos, vícios e defeitos. Em seqüência, se dedica ao estudo do controle jurisdicional das sanções disciplinares ilegais, que constituem verdadeiros atos administrativos eivados de ilegalidade. Estas reflexões permitirão, ao final, que o autor sustente a sua tese, à luz de argumentações de natureza jurídica, política e deontológica.

Esta monografia, que tenho a imensa honra e privilégio de prefaciar, reflete, sobretudo, a exigência de repensar o regime dos servidores públicos militares em face dos princípios e valores democratizantes previstos pela ordem constitucional de 1988. Trata-se de um trabalho sério, inédito e inovador, que propõe o desafio de refletir o papel e o perfil da polícia militar no âmbito do Estado Democrático de Direito constitucionalmente consagrado.

Flávia Piovesan

Procuradora do Estado, Coordenadora do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Professora de Direito Constitucional e de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da PUC/SP, Professora de Direito Internacional Humanitário do Curso Superior da Polícia Militar, Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP, visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School em 1995. Conselheira do Conselho Estadual da Condição Feminina. Autora do livro “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”.

APRESENTAÇÃO

“Do cabimento do habeas corpus e do mandado de segurança nas prisões e detenções disciplinares ilegais”, tem por desiderato demonstrar, mediante exegese e hermenêutica sistemáticas dos Direitos e Garantias Fundamentais e dos concernentes aos Princípios Fundamentais de Direitos e Garantias Individuais e Coletivos estatuídos da nova Carta Política brasileira, que instituiu uma nova ordem e um Estado Democrático de Direito nesse País, a admissibilidade, exeqüibilidade e viabilidade dos direitos-garantias e garantias-institucionais desses remedium iuris, quando, aqueles atos punitivos — cerceadores da liberdade de locomoção —, estiverem viciados de ilegalidade ou abuso de poder.

Noutras palavras, inobstante o veto constitucional do § 2º. do Art. 142 da CF/88, o que se levanta para a questão é o fato de haver ilegalidade ou abuso do poder no ato administrativo disciplinar punitivo castrense e restritor da liberdade, de que as prisões e detenções são exemplos, face às regras estabelecidas nos incisos LXVIII e LXIX do Art. 5º., sempre que existirem ilegalidade e abuso de poder e do inarredável e inafastável acesso ao Poder Judiciário: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; mormente quando tais sanções disciplinares têm por fulcro “decreto” (mero ato administrativo), que desestima o preceito mor do Princípio da Legalidade (Reserva Legal): “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Decreto não é lei;

portanto, não pode obrigar!

O status quaestiones, portanto, reside na admissibilidade de ter-se decreto regulamentando direitos e garantias individuais (cláusula pétrea, ex vi do Art. 60, § 4º., IV da CF/88), a despeito do veto constitucional estabelecido no Art. 68, § 1º., II, quanto à delegação de competência ao chefe do Executivo sobre matérias que versem sobre estes direitos, ou seja, sequer permite que o mister seja objeto de Leis Delegadas. Logo, a fortiori, malgrado a omissão em relação a Medida Provisória, o que não dizer sobre decretos, atos inferiores, face ao Princípio de Direito da Hierarquia das Normas Jurídicas.

Ademais, nesse sentido, a nossa Carta Política Estadual é expressa em seu Art. 80, X, que estabelece competência especial (exclusiva) à Assembléia Legislativa Estadual para dispor sobre os direitos, deveres e garantias dos servidores públicos militares e civis. Logo, ab initio, inadmitindo que decreto qualquer o faça.

Doutra banda, é de se ver que as Cartas Políticas Federal e Estadual (Art. 42, § 9º. e 63, §§ 7º. e 8º., respectivamente) remetem à lei dispor sobre as condições de estabilidade e não ao decreto. Aliás, nesse sentido, há de se convir que o RD ao trazer uma taxionomia comportamental estabelece, assim, as condições de permanência na Instituição, inclusive dispõe sobre o licenciamento ex-officio a bem da disciplina e expulsão sumárias, fundada ainda na verdade sabida, desestimando a cláusula pétrea do due process of law.

Demais disso, demonstrar-se-á a revogação expressa e in totum, do “atual” RDPMAL pelo EPMAL, e da imprescindível necessidade de uma LEI DISCIPLINAR na PMAL, pena de afrontar ao princípio da legalidade.

Resulta patente, diante da interpretação dessas normas e princípios fundamentais, que as sanções (punições disciplinares militares) restritivas da liberdade (prisão e detenção), não podem e nem devem ser objeto de competência do Executivo, mormente por tratar-se de matéria inerente aos Direitos e Garantias Fundamentais, porquanto ser competência exclusiva e especial do Poder Legislativo.

Para encerrar o tema escolhido, procuramos partir do princípio da igualdade, para abordar questões caras ao direito asseguratório à defesa contida nas diversas regras da isonomia previstas na Lex Magna, bem por isso, dedicamo-nos à cláusula pétrea da Garantia Institucional de acesso ao Poder Judiciário, via habeas corpus et mandamus, contra toda ilegalidade e abuso de poder manifestos e ínsitos ao ato constrictor, eis que entendemos ser esta a última trincheira de que se podem valer os indivíduos, cidadãos e toda pessoa humana, para o efetivo exercício de defesa dos seus direitos e da cidadania.

Tudo para concluir fechando o círculo no ponto de início, quando afirmamos ser admissíveis os remédios heróicos constitucionais do habeas corpus et mandamus contra prisões e detenções ilegais e arbitrárias na PMAL.

RESUMO

O desiderato desta obra é demonstrar o cabimento do habeas corpus e do mandado de segurança nas prisões e detenções disciplinares ilegais na PMAL. Neste sentido, parte-se do breve histórico dos Direitos e Garantias Fundamentais, da análise destes na atual Carta Política de 1988, e, dando seguimento, aborda-se os Princípios concernentes aos Direitos e Garantias Fundamentais, i.e., os da legalidade, da igualdade, da liberdade, do acesso ao judiciário e outros contidos na CF/88. Trata-se sobre o regime jurídico dos servidores públicos militares e as transgressões e punições disciplinares militares. Em seguida, discorre-se sobre os poderes da Administração Pública (hierárquico, disciplinar e regulamentar) e os Atos Administrativos (conceito, elementos, requisitos, pressupostos, existência, validade, eficácia, vícios e defeitos). Continua-se com o estudo do RDPMAL face o EPMAL e às Constituições Estadual e Federal, onde constata-se flagrante afronta aos preceitos constitucionais e a revogação expressa do RD pelo EPMAL. Discorre-se, em seguida, sobre o controle jurisdicional das sanções disciplinares (atos administrativos ilegais), os writs do mandamus e do habeas corpus, a ilegalidade e o abuso de poder, os pressupostos destes writs. Enfim, trata-se sobre o habeas corpus (concessão versus exceção), a admissibilidade e inadmissibilidade de concessão nas punições disciplinares militares ilegais (doutrina), as razões finais sob os aspectos fundamental, político,

jurídico, legal, sistêmico, técnica jurídico-legislativa e deontológico. Conclui-se, por fim, como que fechando o círculo dos estudos do tema proposto, após uma exegese sistemática dos princípios constitucionais, pelo cabimento destes writs nas prisões e detenções disciplinares ilegais e arbitrárias na PMAL

AGRADECIMENTOS

Ao Pai Amantíssimo de Infinita Bondade e Grande Arquiteto do Universo por haver-me concedido a dádiva divina do dom da vida, por intermédio de meus pais: instrumentos dessa graça!

Aos meus pais, Gouveia e Jucy, que, orgulhosos e felizes por minha carreira, sempre apoiaram e incentivaram na transposição dos óbices e vicissitudes da vida, traçando um norte a ser seguido em seus exemplos de honestidade, lealdade e dignidade, bem como também na educação e formação de meus filhos!

Às minhas queridas irmãs: Josiene, Juciene e Jucilene; pela fraterna solidariedade e amor dispensados!

À minha querida e amada esposa, Ângela, que, pacientemente e mais uma vez, compreendeu o sacrifício dessa longa ausência do nosso lar, dando forças e incentivos em mais uma “batalha” na “guerra” da minha vida profissional e pessoal!

Aos nossos filhos, Alessandro, Viviany e Danielly, que, mesmo com suas puras inocências, souberam aceitar o retiro amargo e doloroso impostos pela ausência do lar e dessa crucial saudade!

Aos meus amigos “mosqueteiros”, companheiros, colegas e a todos aqueles que, direta e indiretamente, desinteressadamente, torceram e vibraram com nosso sucesso.

Ao apoio imprescindível do amigo “irmão” Maj. PM Rogério, e a necessária e fundamental colaboração e

digitação de “Cris”.

A minha sincera, verdadeira e eterna gratidão!

“(...) em vez de me apontar como ímpio ou subversivo, contentem-se em demonstrar quão mau lógico sou, ou ignorante de matéria política; não tremam a cada proposição em que faço defesa dos interesses da humanidade; constatem a inutilidade de minhas máximas e os perigos que minha opinião pode ocasionar; façam com que eu veja a vantagem das lições recebidas.” [1]

“Contudo, se, por sustentar os direitos do gênero humano e da imbatível verdade, contribui para arrancar de morte atroz algumas das trêmulas vítimas, da tirania ou da ignorância igualmente prejudicial, as benções e as lágrimas de apenas um inocente recambiado aos sentimentos de alegria e da ventura me confortariam do desprezo do resto dos homens.” [2]

César Bonesana — Marquês de Beccaria

INTRODUÇÃO

Esta tese “Do cabimento do habeas corpus e do mandado de segurança nas prisões e detenções disciplinares ilegais na PMAL”, objetiva, sob à égide dos Princípios de Direitos e Garantias Fundamentais do Homem e do Cidadão insculpidos na Constituição Cidadã em vigor, demonstrar a possibilidade jurídica de aplicação das garantias constitucionais asseguradas a todos os cidadãos, quando da ilegalidade ou abuso de poder face à sanção disciplinar aplicada, mormente quando se tratar de sanção restritora da liberdade de ir, estar, e vir — direito à liberdade de locomoção —, e, mais ainda, fundada em “decreto”, ou ainda em “Ato Administrativo” ilegal e/ou abusivo de autoridade.

O Brasil, hoje mais que outrora, constitui-se um Estado de Direito Democrático, destarte, há de submeter-se ao Império da Lei — Princípio da Legalidade e da Reserva Legal — “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI”, bem como ao da isonomia e eqüidade jurídicas.

Desse modo, inaugurada a nova ordem jurídica, torna-se obrigatória a revisão de velhos conceitos, antigos institutos, paradigmas, com vistas a verificar se eles continuam os mesmos ou se foram alterados, e, nesta hipótese, qual a nova postura que deve ser exigida dos intérpretes e aplicadores do direito. Exsurge, assim, a imprescindível necessidade de adequação e conformação das normas e legislações infraconstitucionais ao preceptivos e normativos

constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade.

A exata ilação, intelecção e compreensão da força e da eficácia dos dispositivos que serão abordados e estudados, só poderão ser obtidas mediante uma prévia fixação de princípios e conceitos que são conhecidos de todos os estudiosos do Direito. E verificar-se-á, ao depois, que não terá sido de balde, inútil ou despiciendo repassá-los.

Deveras, as noções de Estado de Direito, de Direitos e Garantias Fundamentais e de interpretação da validade das normas e princípios constitucionais são imprescindíveis no trato de matéria tão delicada e cara como esta, mormente por ser relativa ao direito impostergável, inalienável, imprescritível e fundamental que é a liberdade do indivíduo e que o Estado de Direito oferece, assegura e garante mediante os seus remediuns constitucionais heróicos, para a defesa de seus interesses e direitos, se ameaçados ou lesionados, justamente em face da legitimidade, legalidade e isonomia jurídica impostas aos poderes do Estado (Executivo, Judiciário e Legislativo), face à máxima jurídica *patere legem quam fecistis*.

Para o desenvolvimento do tema, após breve aceno histórico, identifica-se no texto magno as diversas disposições que dizem respeito, mediata e imediatamente, aos Direitos e Garantias Fundamentais e princípios concernentes à legalidade, à liberdade, à igualdade, ao direito à defesa e acesso ao judiciário, para, em seguida, consoante o espírito da atual ordem político-jurídica brasileira, fazer uma exegese dessas regras aplicáveis aos servidores públicos militares, enquanto cidadãos, quanto à legalidade e legitimidade dos poderes regulamentar, hierárquico, disciplinar, o

due process of law e pressupostos das transgressões e punições disciplinares fundadas em decretos — atos administrativos restritores da liberdade —, face o controle jurisdicional e writs do habeas corpus et mandamus, quando ilegais e arbitrários, mormente quanto às regras de concessão e exceção desses writs.

Ademais, é de se ressaltar a imperiosa obrigatoriedade da devida apuração regular da falta (due process of Law), de há muito existente, e, hoje mais que nunca, também o contraditório e ampla defesa, “com todos os meios e recursos a ela inerentes”(art. 5º., LV da CF/88), além da motivação do ato administrativo punitivo (=sanção disciplinar), ainda inexistente como garantia legal na PMAL, que assegure essas práticas ao PM, principalmente ao subordinado, porquanto não haver prescrição nesse sentido no atual Dec. Est. n.º. 4598/81 — Regulamento Disciplinar da PMAL —, cujo encontra-se expressamente revogado in totum pela Lei Est. n.º. 5346/92, como veremos de ver.

Decerto que haverá resistências à proposição, posto que não se desfazem facilmente os paradigmas institucionalizados e arraigados na idiossincrasia dos que abominam mudanças e idéias novas.

Todavia, a idéia é nova e, como tal, sofrerá a resistência natural e ininteligível de manutenção do status quo ante, não que se queira inovar sobre o mister: cabimento do habeas corpus nas prisões e detenções disciplinares militares ilegais; até porque renomados doutrinadores e publicistas como Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, Egberto Maia Luz, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Antonio Pereira Duarte, em suas obras, de certa forma, já admitiam essa possibilidade, a despeito das vedações ao habeas corpus nas

transgressões disciplinares militares, cuja plausibilidade resulta tão somente na obediência e cumprimento dos pressupostos formais e materiais da sanção disciplinar, id. est., desde que respeitados os requisitos básicos e inolvidados o *due process of law*, em sua amplitude geral e restrita, e, principalmente, que haja lei disciplinar tipificando e definindo tal e tais transgressões, punições, meios e modos de apuração regular da falta.

Contrario sensu, haverá balda de legalidade, abuso de poder e excesso punitivo. Em assim sendo, qual o *remedium* de que dispõe aquele que sofre a violência ou a ameaça de lesão ao seu direito de liberdade, senão o controle jurisdicional do heróico e constitucional *habeas corpus*?!

Demais disso, diga-se em passant e para não passar *in albis*, é de supina importância relatar que, em decorrência dessas “práticas”, diversas são as reintegrações de ex-PM à Corporação, mais das vezes, por inexistir o contraditório, ampla defesa, motivo e motivação dos atos administrativos sobre o mister, beneficiando de modo “justo”, justamente alguns PM que não reúnem condições deontológicas profissionais e disciplinares de integrar nossa PMAL.

É o que se demonstrará, mediante os métodos e processos de interpretação da exegese e hermenêutica sistemáticas, com o cabimento do *habeas corpus et mandamus* nas prisões e detenções disciplinares ilegais na PMAL.

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1. Breve aceno histórico

Compulsando o escólio luminar e os doutos ensinamentos do inolvidável jurisconsulto e mestre do direito — Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, quanto aos Direitos Fundamentais, assim se expressa o notável alagoano da “Terra dos Marechais”:

“O Estado antigo não conhecia o direito de liberdade. A Cosmogenia, a Antropogenia e a Epistemologia daqueles tempos não permitiam a política da oposição “indivíduo — comunidade”. No século XVI, apenas se substituem à idea do universalismo a imprecisa idea de Igrejas nacionais e a menos imprecisa de nacionalidade. Não sendo igualmente clara a distribuição, a religião pôs-se, desde então, em frente ao Estado. Operada a individualização, (porque o indivíduo é que se manifestava a defrontação religiosa — política), surgiu o conceito de liberdade religiosa” [1](sic).

E, nesse sentido, continua o nosso mestre:

“|...| As declarações de direitos de natureza contratual começam com a Magna Carta de 1215, o Habeas Corpus Act de 1679 e o Bill of Rights. Mas a concepção de direitos fundamentais tem suas raízes em terreno filosófico. Sustentou G. Jellinek, em Die Erklärung der Menschen — und Bürger recht, que a idea dos direitos fundamentais proveio da liberdade religiosa” [2] (sic).

Entretanto, dando seguimento ao mister e ainda

fundado no luminar ensinamento do jurisconsulto suso citado, sob à égide legislativa,

“|...| Legislativamente, o primeiro texto é a declaração do Estado de Virgínia , de 12 de Junho de 1776, a que se seguiram a da Pensilvânia (11 de novembro de 1776) e outras. A Constituição Federal de 1787 não continha declaração de direitos: só os Ameadments de 1789-1791 inseriram alguns preceitos de direitos fundamentais” [3] .

Entrementes, ainda segundo leciona Pontes de Miranda, grassam em ledó engano aqueles que pensam e atribuem à

“|...| Magna Carta de 1215, ou Habeas Corpus Act. de 1679 ou Bill of Rights de 1788 como as primeiras Declarações de Direitos. Crisálidas de tais Declarações sim, porém não Declarações de Direito no sentido de liberdade individual. Normas obtidas por Barões, por mais que seus termos servissem a todos os homens, não podiam constituir preceitos de direitos fundamentais, tantas vezes ditos individuais, para que se ressalte o caráter de direito do Homem como Homem. A Democracia e o movimento libertário é que conseguem levar os espíritos a cristalização de princípios em que se traduz, no terreno jurídico e no terreno político, a simetrização a que levou a mecânica social no século XVIII. À América, por influxo , é certo, do levedo das tradições liberais inglesas, coube elaborar a primeira delas: a de Virgínia, a 12 de Junho de 1776. Seguiram-se-lhes outras, sendo a segunda a da Pensilvânia, 12 de Novembro de 1776” [4] .

No entanto, os direitos fundamentais eclodiram

com maior ênfase de vocação à universalidade, os direitos da liberdade, propriedade, segurança e resistência em face da opressão, com a proclamação na França, 26 de Agosto de 1789, com a “Declaração de Direitos de Homem e do Cidadão”, passam daí por diante a fazer parte das cartas Políticas, disseminando-se pelo mundo e, aos poucos, adotados pelos demais Estados, de então até os nossos dias, no ramo do Direito Público.

Evolvendo-se, nesse sentido, aos nossos dias verificou-se que:

“|...| a liberdade não é mais princípio absoluto, axioma de doutrina política, que se insira nas Constituições sem se lhe preverem as conseqüências (...). O homem fêz-se livre, integralmente livre, aprioristicamente livre. Mas muito cedo se verificaram que eram preciso novas receitas declaratórias de liberdades deviam ser entendidas até onde um homem livre as julgasse benéficas ao homem. (...) As liberdades individuais não existem por si e para si, não são incompressíveis, ilimitáveis, em seus enunciados apriorísticos. O indivíduo é que é livre; a liberdade existe para o indivíduo. Por isso mesmo, quando se verifica que o indivíduo é lesado por ela, o Estado ampara, protege, vela pelo indivíduo [5] ”. (sic) — gn.

Para o iluminado autor, os direitos fundamentais não se confundem com os outros direitos assegurados ou protegidos pela constituição, posto que estes valem perante o Estado e não pelo acidente da regra constitucional. Há, pois, por assim dizer, preeminência dos Direitos das Gentes (Direito do homem, das pessoas humanas e, portanto fundamentais), que, inobstante a

sua imperfeição, é o direito humano no mais alto grau. E faz observar que “as constituições fazem fundamental o que não é (ou ainda não é) supraestatal; daí a possibilidade de direitos fundamentais não-supraestatais” [6], destacando, contudo, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência como direitos fundamentais absolutos, portanto, impostergáveis e inalienáveis.

Dentre os direitos fundamentais que a técnica da democracia tem transformado consagram-se os seguintes, a saber: a) o direito da igualdade perante a Lei; b) liberdade pessoal ou física (de que as prisões e detenções arbitrárias são só exemplos); c) liberdade de consciência, etc.

E, sobre o primeiro, assim se expressa o jurisconsulto Pontes de Miranda:

“|...| Na evolução Técnica de Direito público o que se observa é a revelação do verdadeiro conteúdo do princípio, assaz ligado (se não proposição tautológica) à noção mesma de lei regra geral. Porém existem, como vimos, leis só em sentido formal; ora, a lei só em sentido formal é lei que não é geral, o que traria graves dificuldades se o Art. 113,1 , 1ª parte, fosse riscado como tautológico” [7] — esse é o comentário do ilustre mestre ao preceito insculpido no Artigo suso citado da Constituição de 1934, qual seja: “Todos são iguais perante a lei”. — Princípio Jurídico da Igualdade.

“Todos são iguais perante a lei”, proposição que enuncia um juízo de existência, no dizer do não menos ilustre publicista José Cretella Júnior,

“o princípio da isonomia, princípio de igualdade perante a lei, também denominado de princípio de igualdade formal — não material, não substancial —

porque, na verdade, “não nivela , não iguala” a todos, pelo que esse princípio deve ser entendido de modo relativo, pois a igualdade absoluta é impossível” [8] .

Todavia, a despeito da impossibilidade da “igualdade absoluta”, a Revolução Francesa — a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, disseminou perante o mundo o conceito de que todos os homens nascem livres e iguais em direitos e obrigações perante a lei — o princípio da igualdade e da não distinção de qualquer natureza ou outras formas de discriminação, porquanto precedendo a fraternidade, colocou a igualdade, lado a lado com a liberdade.

Dessarte, não só a própria monarquia francesa, como também as de todo mundo, inclusive a brasileira, originada da lusitana, possuíam classes sociais e bastantes estratificadas, decorrendo daí tratamento jurídico diferenciado, diverso e desigual, onde ainda prevaleciam as prerrogativas e privilégios dos senhores, lordes e nobres, *“o que foi desfeito pela República, responsável pelo princípio da isonomia, como prerrogativa de homem livre e igual perante a lei” [9] .*

Vale dizer: legislativa e juridicamente institui-se, portanto, o princípio da isonomia, ou seja, o da igualdade de todos perante a lei, que há igualdade de todos perante o juiz e diante da autoridade administrativa. E, com efeito, aliado a este exsurge o princípio da liberdade de ir, vir, permanecer ou ficar e de fazer ou não fazer apenas o que a lei determine.

Desse modo, instituídos e disseminados referidos princípios, i.e., os princípios de direitos e cláusulas fundamentais, guindados axiologicamente como valores supremos da sociedade, erige-se, portanto, o Estado

Liberal e, ao depois, o Estado Social à transição do Estado de Direito e, alfim, o Estado Democrático de Direito Contemporâneo, cristalizando assim os Direitos concernentes à vida, à liberdade, à igualdade etc. Todos estes valores são consolidados nas mais diversas Cartas Políticas dos Estados, sempre buscando a simetrização da mecânica social dinâmica.

E, dessa forma, acompanhando esse processo dinâmico evolutivo social, o Brasil não fica à margem da história, desde o Império até os dias atuais e tem trazido no bojo de suas Cartas Políticas, independentemente das formas de elaboração destas (se promulgadas ou outorgadas), senão todos, mas pelo menos os mais importantes princípios fundamentais de direitos do homem e do cidadão, consoante já citamos acima, dentre os quais destacamos: a) o da igualdade de todos perante a lei; b) o da liberdade pessoal ou física (de que as prisões e detenções arbitrárias são só exemplos); e c) o da liberdade de consciência, etc. Mas, indiscutivelmente, é a atual Carta Política que pontifica e melhor especifica esses princípios fundamentais, além de estabelecer o Estado Democrático de Direito, ou seja, de respeito e subordinação do Estado à lei — Princípios da Legalidade, consoante se verá mais adiante.

1.2. A Constituição Federal de 1988 e os Direitos e Garantias Fundamentais.

Desde a Revolução de 1789, há mais de duzentos anos, portanto, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é despiciendo recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição.

Dessarte, com o passar dos tempos operou-se mudança no modo de encarar as relações entre o indivíduo e o Estado com o reconhecimento de novos direitos em prol do indivíduo pelo próprio Estado, direitos esses com conteúdo positivo que o Estado estaria jungido a prestar. Vejamos, pois, a lição do autor infracitado:

“Por outro lado, com o desprestígio do individualismo, foram também aos grupos reconhecidos direitos fundamentais com o mesmo caráter de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade, que aos indivíduos. Sempre, porém, o reconhecimento desses direitos permaneceu inabalado com uma das metas do constitucionalismo. Tanto assim é que, fosse qual fosse a inspiração, editavam, como editam ainda, as constituições, declarações de direitos, às vezes, de garantias” — cf. Ferreira Filho M.G. op. cit. p.p. 246/7.

Nesse sentido, assevera o mestre em epígrafe:

“|...| Dentre as declarações, há distinguir, por outro lado, as que se contentam em enumerar os direitos reconhecidos como anteriores ao Estado e superiores a ele — direitos de certo modo naturais — e as que se preocupam em acrescentar ao rol dos direitos e das garantias, em sentido estrito.” [1]

Dando seguimento ao escólio do iluminado mestre, que questiona e adverte:

*“|...| Que são esses direitos?
É mister antes de mais nada não confundí-los com os remédios, isto é, com medidas ou processos especiais,*

previstos na Constituição, para a defesa de direitos violados. As garantias, ao contrário dos remédios, buscam prevenir, não corrigir.” [2]

E, nesse sentido, arremata o ilustrado publicista a expressão “garantias constitucionais” é, todavia, também tomada no sentido de “remédios constitucionais.” Há neste caso uma figura de linguagem, pois, “rigorosamente falando esses remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protege os direitos fundamentais.” [3]

Nesse sentido, a nossa Carta Política Cidadã, de 05 de outubro de 1988, instituiu o Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna...” [4] , que, mediante o Poder Constituinte e em Assembléia Nacional Constituinte, promulgaram a Constituição da República Federativa do Brasil.

Resta claro que, em 05 de outubro de 1988, o Poder Constituinte, fundado na máxima “todo poder emana do povo em seu nome será exercido”, reunido em Assembléia Nacional Constituinte, promulgou a novel Carta Política da Nação, instituiu o Estado Democrático de Direito e um novo ordenamento jurídico, ao qual todos os Poderes Constituídos, Instituições, pessoas físicas e jurídicas, homens e cidadãos, são compelidos, obrigatoriamente, à obediência irrestrita das normas e princípios nela insculpidos, face à outra máxima “patere legem quam fecisti”; constitui-se, pois, “o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais”, consoante assevera

Flávia Cristina Piovesan [5] .

E, diferentemente das Constituições anteriores, a CF/88 trata em seu Título I, Dos Princípios Fundamentais, e tem como fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, II e III), enunciando como objetivos fundamentais:

“I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (Art. 3º) — gn.

Neste há uma sintonia simétrica com o art. 5º caput primeira parte —, enfatizando que regerá suas relações internacionais com “a prevalência dos direitos humanos” (Art. 4º, II).

Assim, logo no Título II, trata DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, e, já no Capítulo I, fala DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS, deixando claro e patente que estes constituem, aprioristicamente, direitos prevalentes e supraestatais, ou seja, têm valoração axiológica superior à Organização do Estado e de seus Poderes, posto que o indivíduo precede ao próprio Estado, outro não é o espírito da Lex Magna e a vontade do constituinte.

A Constituição em vigor refere-se a direitos e garantias fundamentais (Título II), cujo Capítulo I enuncia direitos e deveres individuais e coletivos e, o Capítulo II, direitos sociais. O Art. 17, no entanto, faz referência a direitos fundamentais da pessoa humana,

enquanto o Art. 60, § 4º, IV, a direitos e garantias individuais é, pois, de supina importância ressaltar que, aqui, o constituinte sequer admite proposta de emenda constitucional tendente a abolir tal e tais direitos e/ou garantias individuais, donde se infere o cerne petreo dessas cláusulas. Vale dizer: jamais poderão ser modificados quaisquer dos direitos e garantias individuais insculpidos no Título II., Capítulo I.

Contudo, contrario senso, admissível é o acréscimo de outros não enumerados nessas cláusulas, consoante se vê do § 2º, do Art. 5º da CF/88. Já o Art. 5º LXXI, menciona direitos e liberdades constitucionais. Entretanto, independente da expressão ou locuções verbais empregadas no texto constitucional, todas visam proteger, assegurar e garantir fundamentalmente, os direitos humanos dimanados ainda Da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão — a declaração de 1789.

Ademais, no concernente às essas garantias e direitos fundamentais, destacam-se três espécies in stricto senso, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho [6], a saber:

“|...| A primeira são as defesas postas a direitos especiais. Constituem proibições que visam a prevenir a violação do direito. É a proibição de censura, para proteger a liberdade de expressão do pensamento, a proibição das prisões (salvo em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente — o grifo é acréscimo nosso ao texto), para garantir a liberdade de locomoção, a proibição do confisco, para salvaguarda da propriedade, etc. Poder-se-ia dizer-las Garantias — Limites, visto que servem de limite para o poder.

A segunda é o Sistema de proteção organizada para a defesa desses direitos. No Brasil, tradicionalmente, o Sistema Judiciário (...). É a garantia institucional. Com essa proteção que deriva das instituições não é descabido designá-las por Garantias — Institucionais.

A última espécie constitui o liame entre a primeira e a segunda, porque é defesa de direitos específicos ao mesmo tempo que é meio de provocar a atuação de proteção institucionalizada. Compreende os remédios constitucionais, as ações especiais constitucionalmente previstas para fazer valer os direitos fundamentais (...), é o caso do Habeas Corpus, numa larga medida do mandado de segurança. Destas diz-se garantias instrumentais.”(...) de notar, todavia, que as próprias garantias stricto sensu são de certa forma direitos fundamentais. Sim, porquanto há um direito a não sofrer censura, a não ser confiscado os bens, a requisitar ao Judiciário, a impetrar mandamus ou peticionar o Habeas Corpus. São, pois, direitos subjetivos à garantia: direitos — garantia, segundo o autor suso citado

Ademais, Paulo Lúcio Nogueira, assevera:

“Impõe-se, por outro lado, que a constituição seja interpretada como verdadeira lei cujos objetivos fundamentais são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção de todos os bens e valores, sem quaisquer forma de discriminação. Assim, não se devem tomar textos isolados, divorciados de seu conjunto.” [7]

2. Princípios concernentes aos Direitos e Garantias Fundamentais na CF/88 (art. 5º, caput e segs.).

A Constituição de um Estado é, indubiosamente, sob a égide jurídico — positiva, o marco inicial da organização originária ou derivada do Estado, mormente de um Estado de Direito, Social e Democrático como o nosso, porquanto instituído pela Carta Política Cidadã de 1988, de 05 de outubro, onde estão inseridos os princípios de direitos fundamentais do Estado, da sua organização e de seus poderes, dos direitos e garantias fundamentais de todos os brasileiros, dentre outros.

A “Carta Política Cidadã”, no dizer do luminar e saudoso Ulysses Guimarães, trata, no Título II, dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, estabelecendo, em seu capítulo I, as normas especificadoras e delineadoras dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, que servem de fundamento, garantem e asseguram sua aplicação imediata, consoante esclarece o § 1º do Art. 5º — verbis: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Ou seja, definem, asseguram e garantem a auto — aplicabilidade os princípios e normas insculpidos e descritos no citado artigo, sem prejuízo de “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (§ 2º, Art. 5º da CF/88).

2.1. Princípio da igualdade jurídica — isonomia

Resulta, portanto, que tais princípios e normas devem ser seguidos, obedecidos e cumpridos por todos os segmentos da Sociedade Civil Organizada ou não, Poderes instituídos, Instituições e por toda Nação brasileira, posto que

“todos são iguais perante à LEI, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros (...) a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

‘I — homens e mulheres SÃO IGUAIS EM DIREITOS E OBRIGAÇÕES.’ — gn.

Veja, pois, nesse sentido o escólio do iluminado publicista José Cretella Júnior,

“|...| Se o Caput do artigo 5º determina que ‘todos são iguais perante a lei’, acrescentando ‘sem distinção de qualquer natureza’, evidentemente que ‘homens e mulheres’ (que são todos por não existir um tertium genus) estão contidos no indefinido ‘todos’, advérbio de abrangência máxima ou total, logo, é redundante ou pleonástico este texto da Constituição.” [1]

Ademais, convém salientar que, igualdade perante a lei, significa exatamente isonomia (= princípio de isonomia), juridicamente falando, id est, sobre o “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, inolvidável o escólio de Celso Antonio Bandeira de Melo,

“|...| Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a

impossibilidade de desequiparações fortuitas e injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos” [2]

E mais ainda, cita Pimenta Bueno:

“|...| A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa de bem público será uma injustiça e poderá ser uma Tirania.” [3]

Doutra parte, o princípio da isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. Praeter Legem, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição impõe, sob pena de incompatibilidade com o preceito igualitário, posto que, contrario sensu, longe de se concorrer para a justiça social, tende-se a fugir dela.

Assim sendo, sobre o mister, não é despiciendo citar Antônio Pereira Duarte — in Direito Administrativo Militar, que assim se expressa:

“|...| Importante aspecto a ressaltar é que o administrador militar deve se nortear pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, de tal forma a não criar situações de privilégios ou favorecimento para esse ou aquele servidor (...). Se a lei previu o direito para todos os

que estivessem em tal ou qual situação fática, o direito é extensivo a todos e não a uma dada categoria exclusivamente.” [4] — vide sobre a matéria o que decidiu o STJ, nos Auto de Mandato de Segurança, n.º 535-DF, sobre o princípio isonômico.

2.2. Princípio da legalidade — reserva legal

Este é o princípio mais importante dentre os outros, na opinião de quase todos os publicistas e constitucionalista, “II — ninguém SERÁ OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA senão em virtude de Lei.” — gn.

O mestre Pontes de Miranda, sobre o mister, assim se expressa:

“[...] O só ser constrangido a fazer ou não fazer em virtude de lei constitui a época de transição, em que parte do elemento despótico se eliminou. (...) São limitações ao direito do Estado, melhor — ao poder do Estado, mas limitações ao direito de ordenar sem ser por lei, no que se diferenciam das limitações à própria lei. Essa distinção que é essencial. Algumas liberdades são de ordem democrática, — limites ao poder do Príncipe; outros limites a todos os poderes do Estado. (...) é preceito de alta importância, e não é válido só segundo a lei. Note-se o seu conteúdo, que é inconfundível: não se diz que alguma coisa é assegurada segundo a lei, o que diz é que só a lei — e não o acto do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, que não seja lei — pode limitar a liberdade dos indivíduos. Lei, aí, é direito porque a constituição mesma prevê que a lei (no sentido estrito, lei < ius) seja insuficiente, lacunosa, e que o juiz decida, criando direito que não está no texto.” (sic) [1]

É de se ressaltar que o normativo prescritor da ex Magna está a falar de LEI, tanto no sentido material quanto, principalmente, no sentido formal, e não de decretos, regulamentos, portarias etc., os quais, v.g., não passam, mais das vezes, de simples Atos Administrativos. Nesse sentido, inolvidável o sábio escólio de Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro. “Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei, e, por isso mesmo, não a pode contrariar.” [2]

Destarte, em assim sendo, o decreto não pode, nem deve estar acima da norma maior: a Lei; muito menos ainda contrapor-se, sobrepujar ou alijar os princípios de direitos fundamentais suso adscritos.

Ademais, a expressão “em virtude de lei”, denota e eqüivale a “em decorrência de lei”, quer significar a vinculação de todos ao mundo do direito. Somente a lei — dispositivo constitucional ou dispositivo legal — é que pode obrigar a “fazer” ou a “deixar de fazer”.

O vocábulo “lei” não abrange os atos administrativos”, o decreto, o regulamento, a portaria, o aviso, a instrução, a circular. “No regime da Constituição de 1946, como, agora, no da de 1988, a lei, só a lei, é ato normativo primário, princípio quebrado em 1967 e em 1969, com o decreto-lei, que se equiparava à lei.” [3]

2.3. Outros princípios constitucionais.

Seguindo-se à mesma lógica ut supra, nossa Carta Maior ainda estabelece: “III — Ninguém será submetido a tortura nem a TRATAMENTO DESUMANO ou DEGRADANTE” — g.n.

Nesse sentido, é de se ressaltar o luminar escólio

de José Cretella Júnior [1], que ensina:

“Pode não ocorrer tortura física, e, no entanto, as pessoas podem ser submetidas a tratamento ‘desumano’ ou ‘degradante’, tratamento que incida sobre a honra, a dignidade, o psíquico. Pode-se separar o marido da mulher, ou vice-versa, ou dos filhos. Pode-se aviltar a pessoa, forçando-a a proceder de modo contrário a princípios morais ou religiosos, que lhe são sagrados.”

E, continua o mestre citado:

“|...| Dentro do Espírito e da letra da Constituição, que se propõe a instituir Estado de Direito, no qual se assegura o exercício dos direitos individuais e sociais, erigindo-se a justiça como valor supremo numa sociedade fraterna e solidária, em que a dignidade da pessoa humana é cultuada, todo tratamento deve ser humano, não permitindo a regra jurídica constitucional nenhum tratamento degradante ou desumano,” ou aviltante — tornar-se-á ao tema mais adiante.

Estabelece ainda mais, de forma clara e hialina: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”, excetuando-se aos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, desde que definidos em Lei. (Inciso LXI).

Infere-se, portanto, do normativo suso adscrito, que duas acepções são significantemente trazidas à baila: a) primeiramente, in stricto sensu, de que, somente e unicamente em flagrante delito ou com a determinação escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, justifica-se a prisão de “alguém”.

Contrario sensu, ou seja, fora dessas hipóteses, há eiva e vícios de ilegalidade ou de abuso de autoridade e de excesso punitivo, e; b) em segundo lugar, lato sensu, a expressão e vocábulo “ninguém” não excetua nenhum cidadão, brasileiro ou estrangeiro, da garantia assegurada no citado preceito constitucional.

Demais disso, sobre o mister, outra não é a ilação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que assim se expressa:

“|...| dos direitos relativos à segurança pessoal o mais importante é o que enumera o Art. 5º, LXI. Nele firmemente se resguarda a liberdade pessoal ao se proibirem as prisões, a não ser em “flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente...”. Impede-se, assim, o arbítrio a sacrificar imotivadamente a liberdade individual. Esta matéria se relaciona diretamente com o Habeas Corpus.” [2]

Ainda quanto ao amplo sentido do vocábulo “ninguém”, a CF/88 elenca no mesmo Art. 5º os dispositivos seguintes: “LIII — ninguém será privado da liberdade (...) sem o devido processo legal.”; “LVII — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”; “LXV — ninguém será levado à prisão ou nela mantido (...)” etc.; cujo entender não excepciona nenhuma pessoa humana. “Ninguém”, pois, está-se a referir a toda e qualquer pessoa humana, todo e qualquer cidadão, e, nesse sentido, o policial militar ou o militar se inserem, haja vista que não deixam de ser cidadãos.

Logo, numa exegese sistemática e irrestrita, como devem ser interpretadas as normas de direito público,

não poderiam nem deveriam haver exceções à regra, sob pena de conflito de normas e antinomia.

Fundados, pois, nesses princípios, é de se perquirir: ao se recolher um PM à prisão (xadrez) da OPM ou mesmo “presídio militar”, por decorrência de mera transgressão disciplinar, e, mais ainda, sem que tenha dado azo para tal, não se está a infringir aos princípios acima? Não se inflige tratamento desumano e degradando sua dignidade? Mais da vez, o PM não é recolhido e preso num xadrez, a despeito de sua irrestrita obediência à disciplina e à hierarquia, contudo, sem lhe ser oportunizada a ampla defesa e o contraditório? Em sendo assim, tais atos não estão eivados de ilegalidade, arbítrio e/ou abuso de Poder? Onde o devido processo legal, que é a todos assegurado (Art. 5º, LV da CF/88)?

A propósito, mais adiante, se fundamentará e demonstrará a antinomia desta exceção (Art. 5º, LXI), bem como daquela prevista do Art. 142, § 2º do CF / 88 “Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”, onde, sob a égide e exegese sistemática de tais princípios (mormente o da legalidade e o de acesso ao Poder Judiciário) e no âmbito da Polícia Militar de Alagoas, que, obviamente, será extensivo às demais congêneres, que possui seu “regulamento” fundado em decreto, evidenciar-se-á a possibilidade jurídica do cabimento do habeas corpus e do mandamus nas prisões disciplinares ilegais.

Assim, estabelecido o status quaestiones, porquanto, tal exceção se nos afigura descabida e verdadeiro acinte ao princípio de igualdade perante à LEI, o que constitui-se antinomia ou conflito normativo constitucional, senão veja-se o escólio de Pontes de

Miranda.

“|...| A igualdade perante a lei civil é, em certos casos supraestatal. (...) o conceito de igualdade é a priori, preexiste como dado lógico à feitura das constituições. A lei não o pode alterar, nem refazer: o Art. 113, 1), constitui o direito fundamental absoluto (...) é absoluto e supraestatal, se por lei entendermos a regra geral e igual para todos.” [3]

Demais disso, desde logo, vale aqui ressaltar que, as transgressões e punições disciplinares militares e policiais-militares estão “definidas” e especificadas em regulamentos (decretos, em sentido formal e material), portanto, meros atos administrativos, e não em LEI. Portanto, em sendo desse modo, conflitam-se e contrapõe-se ao inciso II do princípio da legalidade — “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI”. (Art. 5º, II, da CF/88).

Doutra banda, formal e materialmente falando, não há transgressões militares previstas ou definidas em lei, como se verá de ver no bojo desse trabalho.

Demais disso, o policial — militar em atividade de polícia ostensiva, fardado e no exercício dos mais diversos tipos e modalidades de policiamento e/ou patrulhamento, indubiosamente, representa a autoridade do governo e a majestade imperativa da LEI, porquanto não pode e nem deve, a despeito de cometer transgressão disciplinar, ser comparado ou nivelado ao delinqüente que comete um crime, haja vista que aquela, v.g., constitui-se violação elementar se comparada ao crime, apenas uma “lesão” a preceitos estabelecidos em

normas estatutárias (decretos regulamentares); enquanto esta fere preceitos da Lei Substantiva Penal.

Vale dizer: a aplicação de pena física, pessoal, corporal e orgânica ao cidadão PM, ao submetê-lo à clausura de “masmorras” de caserna, por ferir preceitos da ética e da moral castrenses, assemelha-o àquele que lesiona preceitos substantivos penais e atentam contra a própria sociedade. É, noutras palavras, inolvidar o princípio “nullum crimen sine praevia poena legis”.

Aliás, nesse sentido, é de se ressaltar que o doutorando José Raimundo Gomes da Cruz [4] assevera, “em geral, a doutrina insiste na ‘atipicidade’ em matéria disciplinar”, e a esse respeito cita CRETELA JÚNIOR e DI PIETRO, os quais averbam:

“|...| Com o apoio de Mor, se não chegamos a demonstrar a tendência no sentido de adoção do *nullum crimen sine lege*, pelo menos temos insistido em que a autonomia de direito disciplinar em face do direito penal não conduz, necessariamente, à incompatibilidade daquele com este. Note-se que, em face dos demais ramos do direito público e privado, o direito penal se caracteriza pela legalidade estrita, pela exigência de previsão rigorosa de certa conduta para que a pena prevista seja aplicável. Isto em razão da maior gravidade das sanções penais. De modo algum se pode afirmar que os demais ramos do direito fiquem na extrema atipicidade. No direito privado, e mesmo no campo administrativo, a exigência de tipicidade de conduta ilícita, para a imposição de sanções mostra-se menor, mas não de todo ausente.” [5] — gn.

Doutra banda, por se entender, o rígido rigor das sanções disciplinares exorbita e extrapola até mesmo o

jus puniendi do Estado, enquanto sociedade lesionada, porquanto o controle jurisdicional é assegurado ao indivíduo que extirpa o bem maior do cidadão, da pessoa humana, que é a vida, mediante o “Habeas Corpus” e o “relaxamento” da prisão — noutras vezes —, no caso de não ter havido flagrante delito ou determinação escrita de autoridade judiciária competente; enquanto ao PM, exemplitia gratia, se faltar à verdade (transgressão grave) poderá ter cerceado o seu direito de liberdade de locomoção, id est., o direito de ir, permanecer e vir, ao ser recolhido à prisão das casernas. Exsurge, assim, um questionamento: onde o princípio da igualdade perante à Lei e o da eqüidade de tratamento dos direitos e garantias individuais e de acesso ao Poder Judiciário? Seria a transgressão mais gravosa que o crime? Daí, e por isso, não ser admitida a apreciação do Poder Judiciário!?

Doutra parte, a missão legal e constitucional da Polícia Militar, hoje mais que outrora, é, indubitavelmente, a de preservação dos direitos humanos, porquanto, a preservação da ordem e segurança públicas é inerente ao ser humano ao seu bem comum e bem-estar em sociedade, e não mais de combate ao cidadão ou ao infrator, mas agir, única e exclusivamente, dentro, com e pela legalidade, ou seja, preservar e respeitar os direitos humanos dos cidadãos (= garantias constitucionais).

Então, como assegurar e preservar os direitos humanos de outrém se não o fazemos com o PM integrante da Corporação? Em especial, tratando-se de subordinados, aqueles que estão a mercê do poder de mando, do poder hierárquico, do poder funcional, do poder disciplinar, que é imposto de há muito nas

corporações castrenses, inadmitindo sequer o direito da palavra, da manifestação do pensamento e da contestação ou da explicação de uma ordem obscura, dúbia ou até mesmo manifestamente ilegal e dimanada de seu superior hierárquico — “Ordem dada é ordem cumprida” — É, ainda, a retórica de caserna, inobstante a nova Ordem Constitucional.

Aliás, nesse sentido, é de supina importância citar o pensamento de Charles Chaplin, in verbis:

“Soldados. Não vos entregueis a esses brutais... que ditam os vossos atos, as vossas idéias e os vossos sentimento. Que vos fazem marchar no mesmo passo, que vos submetem a uma alimentação regrada; que vos tratam como gado humano e que vos utilizam como carne para o canhão. Não sois máquinas. Homens é que sois.” [6]

Entrementes, tal e tais quaestiones, remetem-nos à obra de César Bonesana — Marquês de Beccaria, autor do livro *Dos delitos e das penas*, no qual

“|...| é lembrada a pergunta de alguém a certa autoridade, diante de certo preso, em condições desumanas, com correntes e tudo mais: ‘E este, o que ele fez?’ A resposta da autoridade, também lembrada: ‘Não sabemos, ele ainda não confessou.’ [7]

Dessarte, ante à situação e fatos suso citados, é de se vislumbrar que, inegável e insosfismavelmente, ao ordenamento jurídico-legal da nação urgem mudanças adequadas aos princípios de direitos fundamentais de todo indivíduo e daqueles norteadores da Administração

Pública: legalidade, moralidade, proibidade e publicidade (Art. 37, "Caput" da CF/88), porquanto esta LEX MAGNA aboliu, de vez e para sempre, do processo legislativo a figura do famigerado decreto-lei, como instrumentos legítimos de "controle" dos direitos individuais e, ainda, do decreto — ex vi do Art. 59 e segs. c/c Art. 68 § 1º, II da própria CF/88.

Ora, se não há mais espaço no ordenamento jurídico para a figura teratológica do decreto, salvo o legislativo, então por qual razão dever-se-á tê-lo como idôneo e legítimo instrumento de repressão às transgressões disciplinares? Por que um Ato Administrativo teria poderes de tolher garantias e direitos individuais cerceando a liberdade de um cidadão? Não é espezinhar, fazer menoscabo e olvidar o princípio da legalidade: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI". (Art. 5º, II do CF/88)?

3. O REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES

3.1. Conceito.

Continuando esse estudo hermenêutico sistemático é mister tratar sobre os servidores públicos militares os quais, no entender de Hely Lopes Meirelles [1] — “são todos os integrantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares e assim ‘considerados’ na Constituição da República (Art.42).” — grifei. Com a devida venia, discorda-se do saudoso mestre quanto a assertiva considerados, haja vista ser mais correto e acorde ao texto constitucional a expressão “são servidores públicos militares”; ela não diz: são considerados; ela define, especifica e estabelece, pois, “são servidores públicos militares” — Isto posto, daí preferir-se o conceito de J. Motta Maia [2] (Enciclopédia Saraiva de Direito, v.68, p.462), “são servidores militares todas as pessoas que, em caráter permanente ou transitório prestam serviço militar, no plano da Administração da União e dos Estados”. — o transitório, pois, está a referir-se aos conscritos — serviço militar obrigatório, que é temporário.

No que se refere a esses servidores, a Constituição Federal inovou ao dedicar-lhes uma seção (seção III “Dos Servidores Públicos Militares; Capítulo VII “Da Administração Pública”, Título III “da Organização do Estado), porquanto desse modo o referido tema jamais

fora tratado por constituintes anteriores. Nossa Lei Maior estatui:

“|...| são servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e Servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas policias militares e de seus corpos de bombeiros militares”(Art. 42, da CF/88).

Bem por isso Diógenes Gasparini assim averba:

“|...| são servidores militares os integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), os integrantes da Polícias Militares e os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares. Os primeiros são federais, enquanto os últimos são estaduais, distritais e territoriais” [3]

Entretanto, sobre o mister, melhor elucidação e simplicidade nos dá Diogo Figueiredo de Moreira Neto [4] — in Curso de Direito Administrativo, p.29 que descreve no quadro seguinte:

Servidores Públicos Militares (regime estatutário)	Integrantes das Forças Armadas	da Marinha
		do Exército
		da Aeronáutica
	Integrantes das Polícias Militares	
Integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares		

3.2. Regime.

Todos esses agentes são servidores públicos militares, com direitos, prerrogativas e obrigações decorrentes diretamente da Constituição Federal, notadamente do Art. 42, da CF/88 e dos respectivos estatutos. Contudo, ao escopo desta tese interessa apenas os servidores públicos militares em nível estadual, ou seja, os integrantes da Polícia Militar do Estado de Alagoas.

Os policiais militares do Estado de Alagoas, têm seus direitos, deveres, obrigações e prerrogativas previstos em legislação pertinente peculiar e específica, v.g., na Lei Estadual n.º 5346/92, de 26 de maio — Estatuto dos policiais militares — e no Decreto Estadual n.º 4598/81, de 23 de Janeiro — Regulamento Disciplinar da PMAL, sem prejuízo e de conformidade com dispositivos Constitucionais Federal e Estadual, ou seja, atendidos os preceitos constitucionais pertinentes (Art.42, §§ 1º a 11, da CF/88 e Art. 63 usque 67. da CE/89).

Em estrita atinência ao preceito mor (Art. 42, da CF/88), a nossa Carta Política Estadual estabelece “são servidores públicos militares os integrantes da Polícia Militar Estadual” (Art.63), os quais têm na Lei Estadual n.º 5346/92, delineados e regulados a “situação, deveres, direitos e prerrogativas”(Art.1º), com base na hierarquia e disciplina (Art. 2º), consoante o é toda instituição, corporação ou organização militar, tendo no Dec. Est. n.º 4598/81, que aprovou o Regulamento Disciplinar da PMAL, o “instrumento legal” para aplicação das sanções disciplinares. — sobre este tratar-se-á mais adiante.

3.3. Estabilidade — Vitaliciedade

A lei estadual suso citada dimanava, pois, dos mandamentos constitucionais insculpidos no Art. 42, § 9º, da CF/88. “A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade” e art. 63, § 7º, da CE/89 “A lei disporá sobre a estabilidade do servidor militar, bem como sobre os limites de idade e outras condições de transferência para a inatividade”.

É de se ver que ambos preceitos versam sobre a estabilidade do servidor público militar, que outro sentido não tem senão o das condições de permanência na Instituição polícia militar, in casu. Daí ser importante frisar que, a estabilidade adquirida há de ser aquela prevista no Art. 41, caput da CF/88 in verbis. “São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.” O § 1º do citado artigo assevera in fine:

“O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurado a ampla defesa”, (aquela prevista no Art. 5º LIV e LV, da CF/88).

Dessarte, se o ingresso do policial militar na corporação se dá mediante concurso público, sua estabilidade há de se efetivar “após dois anos de efetivo exercício”, e não consoante estabelece o Art. 30, XII, da Lei Est. n.º 5346/92, litteris: “XII - estabilidade para as praças com mais de dez (10) anos de efetivo serviço.”

Infere-se, pois, que a lei ordinária (infraconstitucional) “limita” de modo diverso do que a Lei Maior o fez?!. Ora, se todos os servidores públicos só podem ter acesso aos cargos, empregos e funções públicas mediante aprovação em concurso público, e,

dentre estes, os PM se incluem, a sua estabilidade não pode ser diversa daquela prevista para o servidor público in genere, bem por isso se afigurar inconstitucional o preceito da lei estadual sub examine. Aliás, sendo omissa quanto aos oficiais! Há, pois, discriminação e inatendimento à isonomia.

Demais disso, o Policial Militar, face ao disposto no Art. 125 § 4º, da CF/88, consoante assevera o iluminado publicista Álvaro Lazzarini [1] : “A hipótese contemplada (...) é de vitaliciedade dos oficiais e praças, que só perderão os respectivos cargos públicos (postos e graduações) por decisão do tribunal competente”(sic). E, mais, não admite argumento de que posto e graduação não sejam cargos públicos, porquanto, “a Constituição da República, no Artigo 12, usa o vocábulo ‘cargo’ para prever ser ele privativo de brasileiro nato o de oficial das Forças Armadas (Art. 12. § 3º, VI)” (sic). Assim, o PM possui hoje não só estabilidade, mas vitaliciedade no cargo (posto e graduação). Logo, oficiais e praças devem ter o mesmo tratamento.

Resta claro, portanto, que a CF/88 inovou no que tange à forma procedimental que leva à perda de graduação das praças integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares estaduais.

O grau hierárquico das praças, consoante dispõe o EPMAL, denomina-se pelo nomem juris, de Graduação (Art. 6º, V). A rigor, os graduados vão de cabo até subtenente PM, mas há de se inserir o Sd. PM 2º e 1º classes, visto que há uma “graduação” entre eles, pois que o recruta, ao concluir os Curso de Formação de Soldados — CFSd —, é guindado a Sd. 3ª classe, este após 05 anos é elevado à classe subsequente (2ª Classe), e, após 10 anos é alçado à 1ª Classe; se assim não fosse

estes estariam excluídos do rol dos graduados.

O constituinte pátrio deliberou, no seu Art. 125, § 4º, parte final, que tanto a perda do posto e da patente dos oficiais quanto a perda da graduação das praças dessas Corporações estaduais condicionam-se ao prévio julgamento pelo tribunal Competente, que outro não é senão o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, face à inexistência de Tribunal de Justiça Militar Estadual, em Alagoas.

Inferre-se, desse modo, que, a partir da vigência da nossa Carta Cidadã “não mais se aplica a pena acessória da perda de graduação” aos integrantes da PMAL e do CBM/AL.

Entrementes, observa Antonio Pereira Duarte [2] :

“|...| Fato importante de se notar é que o legislador constituinte deixou de contemplar às praças componentes das Forças Armadas (...), com a mesma garantia outorgada aos integrantes das mencionadas Corporações estaduais, o que revela uma certa antinomia constitucional, visto que a própria Constituição Federal adota de forma ampla o princípio da igualdade de todos perante a lei, e, conquanto bombeiros e policiais militares sejam servidores militares estaduais e os integrantes das Forças Armadas sejam servidores militares federais, nos termos do Art. 42, não se pode conceber tratamento diversificado para uma categoria de servidores militares, mesmo que de nível federativo, em detrimento de outra.”(sic) — gn.

E, ainda sobre esta temática, continua o festejado publicista:

“|...| não se pode esquecer as Policiais e os Corpos de Bombeiros Militares funcionam como forças auxiliares e reserva do Exército (§ 6º, Art.144 da CF), o que torna ainda mais discrepante o fato de ser dado tratamento privilegiado às praças daquelas corporações em relação às praças federais.”

E, sobre o mister, acordes ao entendimento sábio do citado autor, principalmente, diante da constatação de que “tais normas são incompatíveis entre si, o que faz crer ter o constituinte cochilado em tal questão, que bem pode ser objeto de futura revisão ou emenda”, haja vista o princípio da isonomia constitucional e legal “todos são iguais perante a lei.” (Art. 5º caput CF/88).

3.4. Vedações constitucionais expressas ao PM.

São defesas aos policiais militares a sindicalização, a greve e a filiação política partidária, bem como também aos integrantes das Forças Armadas, consoante estabelece os §§ 5º e 6º, do Art. 42 da CF/88 e § 4º do Art. 65 da CE/89; enquanto estiverem prestando serviço efetivo, ou seja, no serviço ativo da corporação, inferindo-se daí que os policiais militares inativos (reformados e da reserva) podem atuar na vida política, consoante escólio de Antonio Pereira Duarte [1] , e o militar agregado, para Gasparini [2] .

E no entender de Diógenes Gasparini [3] , “Tais proibições são necessárias à ordem e à hierarquia da instituição, porque só assim a defesa da nação e da ordem pública pode acontecer efetivamente.” E assevera isto arrimado em José Cretella Júnior (Comentários à Constituição, cit., v.5. p. 2401), cujo diz não ter

“sentido que o militar, pertencente a uma

organização fundada, por excelência, em rígida hierarquia, tivesse direito de filiar-se a sindicatos que, em nome do filiado, investissem contra entidade que tem por objetivo a defesa da ordem pública.”

E acrescenta, “Hierarquia militar e sindicato de militares são idéias absolutamente inconciliáveis, porque antiéticas.” [4] — Entrementes, sobre o mister, vale frisar que tem-se entendimento díspar e diverso dos eminentes autores, e, ao depois e oportunamente, se discorrerá sobre o tema.

3.5. Direitos trabalhistas extensivos aos servidores públicos militares.

De mais a mais, apenas os direitos previstos dos incisos VIII, XII, XVII, XVIII e XIX do Art. 7º são extensivos aos servidores públicos militares, consoante estatui o § 11. do Art. 42 da CF/88, quais sejam, 13º salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; salário família para seus dependentes; gozo de férias anuais remuneradas, com, pelo menos, um terço a mais de que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; sendo-lhe vedado o Inciso XXX do Art. 7º da CF/88 in verbis: “proibição de diferença de salários de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, cor, idade e estado civil.” [1] , ou seja, admite-se que hajam essas diferenças e discriminações!?

Além desses direitos, há os previstos no Estatuto a Leis de Remuneração.

3.6. Acumulação de cargos

Os servidores públicos militares têm, quanto ao mister, a situação regulada pelos §§ 3º e 4º do Art. 42 da CF/88, regime próprio, — segundo Diógenes Gasparini [1] - substancialmente desenhado nesses dispositivos “que, em termos prático, nega para agentes públicos a acumulação (ocupação simultânea de dois cargos, empregos ou funções desde que haja, para os respectivos exercícios, compatibilidade de horário)”.

Todavia, se assumir cargo público civil permanente, deverá ser transferido para a reserva não remunerada, vez que não perde a patente (Art. 61, § 3 c/c 62, I, do EPMAL), e se cargo, emprego ou função civil temporário, nas esferas Federal, Estadual ou Municipal, na Administração Direta ou Indireta, ficará agregado. Entrementes, entende Gasparini que “nas duas situações não há exercício simultâneo, dado que o militar deixa a ativa.” E assevera o autor citado: “Em razão desse regime é fácil perceber por que, como regra, se afirma que os militares não podem deixar suas funções para ocupar cargo, emprego ou função civil estranho à sua carreira.”

Desse modo, enquanto o servidor militar estiver afastado, na situação de reserva ou agregado, não lhe cabe optar por um ou outro dos vencimentos, menos ainda auferir os dois, mas apenas os vencimentos do cargo público civil. “Não pode, portanto, receber os vencimentos e vantagens do posto”. Gasparini, com espeque no escólio de Pinto Ferreira [2] (Comentários à Constituição brasileira, São Paulo, Saraiva, 1990, V.2, p. 429), assevera que:

“|... | A saída para resolver o assunto é a seguinte: sendo vedada a acumulação de cargos pelos militares, é,

consequentemente, vedada a acumulação remunerada, sobretudo porque o militar não presta serviço em um dos cargos; no silêncio das Leis Magnas, o militar que ocupar cargo ou emprego público não tem direito à opção, mas deve perceber os vencimentos do cargo público e não os vencimentos e vantagens do posto.”

Contudo, a respeito do tema, o Prof. Diogo Figueiredo de Moreira Neto [3] , in Curso de Direito Administrativo, citado por Antonio Pereira Duarte, assevera que:

“|... | a atividade militar é inacumulável com cargo público civil permanente ou cargo, emprego ou função pública temporária não efetivo, ainda que da administração indireta.”

E acrescenta que, quanto a acumulação de cargos por servidores inativos, inobstante a polêmica do tema e da evidência de que o que não é proibido é lícito fazer,

“|... | o STF [4] , em sessão plenária, decidiu que ‘a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade na forma permitida pela Constituição.’ — Recurso Extraordinário n.º 163204-6-SP.

Só é permitida, entretanto, a acumulação de cargos de médico militar, consoante e disposto no § 1º do Art. 17 da ADCT da CF/88, nisso os autores suso citado são acordes.

Passar-se-á, a seguir, a estudar as transgressões e punições disciplinares militares.

4. Transgressão e punição disciplinares militares face à CF/88.

4.1 Considerações preliminares.

É mister trazer um esclarecimento sobre o conceito e distinção existentes entre transgressão e punição disciplinar militar, a despeito de o constituinte se referir a ambas como se fossem a mesma coisa e tivessem o mesmo sentido.

A Carta Política Cidadã de 1988, nos dispositivos infracitados, estatui *apaertis verbis*:

“Art. 5º...

LXI — ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Art. 142...

§ 2º — Não caberá Habeas Corpus em relação a punições disciplinares militares.”

A priori, antes de se adentrar ao cerne da análise aos dispositivos suso transcritos, é mister trazer a lume os elementares conceitos de transgressão militar e de punições militares disciplinares, porquanto etimológica e essencialmente distintas; bem como também imperioso definir prisão e detenção, espécies do gênero punições disciplinares militares, conforme se verá.

4.2 Transgressão militar ou transgressão disciplinar militar.

É de se ver que a transgressão militar, referida do inciso suso transcrito, constitui-se em mera norma administrativa — ato administrativo normativo, consubstanciada em REGULAMENTOS DISCIPLINARES DAS FORÇAS ARMADAS e, in casu, do RDPMAL, aprovado pelo Dec. Est. n.º 4598/81, de 23 de janeiro, e não em Lex Castrense, i.e., definidas em Legislação Disciplinar Militar, não “definidos em lei” — formal e legítima.

Para a verificação de transgressão militar ou transgressão disciplinar militar devem-se observar, principalmente, os chamados regulamentos disciplinares de que dispõem as Forças Armadas, e as PM e CBM estaduais, territorial e distrital possuem. E, “cada força singular tem o seu respectivo regulamento, onde se delineiam as diferentes sanções disciplinares e modos de aplicação” [1] , acrescente-se as diversas transgressões, posto que sanção (punição) diferença de transgressão; esta é a violação, aquela medida coativa.

O Regulamento Disciplinar da Marinha (RDMAR), baixado pelo Decreto n.º 88. 545, de 26 de julho de 1983, chama a transgressão disciplinar de “Contravenção Disciplinar”, definindo-a como:

“|...| Toda ação ou omissão contrária às obrigações ou deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a organização militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime” (Art.6º).

O Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto n.º 90.608, de 04 de dezembro de 1984, (R/4) ou RDE, como é mais conhecido, define transgressão militar como:

“|...| qualquer violação dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua manifestação elementar e simples. Distingue-se do crime, militar ou comum, que consiste na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações, mas na sua expressão complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal.”(Art. 12 caput).

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), vigente com o Decreto n.º 76.322, de 22 de Setembro de 1975, denomina de Transgressão Disciplinar como sendo:

“|...| toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificado nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.”(Art. 8º).

Todos, no entanto, trazem uma relação do que consideram transgressão disciplinar ou Contravenção Disciplinar: o primeiro com 84; o 2º com 121 e último com 100.

Todavia, todos três, ad cautelam, acrescentam que também consideram transgressão (ou contravenção) disciplinar militar,

“|...| todas as ações ou omissões, não especificadas na relação, nem qualificadas como crime nas leis penais brasileiras, que afetam a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe e outras prescrições estabelecidas no Estatuto dos Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra normas e ordens de serviços, emanadas de autoridade competente,” consoante se vê do Art. 13, n.º 2 RDE; do Art. 10., parágrafo único do RDAER; e do Art. 7, parágrafo único da RDMAR.

O RDPMAL, portanto, seguindo-se ao RDE, que lhe serviu de fundamento, só e somente só adequando-se aos misteres da OPM alagoana, à semelhança do R-4, define Transgressão Disciplinar como

“|...| qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais militares, na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em lei, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.”(Art. 13) (sic).

E, mais, elenca 126 transgressões no anexo I, de que trata o inciso I do Art. 14, e, seguindo-se aos das forças singulares, acautela-se ao considerar o plus:

“|...| todas as ações, omissões ou atos não especificados na relação das transgressões do anexo citado, que afetam a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas

praticadas contra regras e ordens de serviço estabelecidas por autoridade competente.” (Art. 14, II) (sic), como transgressão disciplinar.

Resta claro, portanto, que o conceito de transgressão disciplinar é de amplitude universal, lato sensu, como também o poder discricionário da autoridade competente, porquanto depende tão-só e somente só do seu livre alvedrio e talante considerar como transgressão “todas as ações, omissões ou atos não especificados” no rol das transgressões e que afetem além dessas todas as outras prescrições em leis, regulamentos, regras e, inclusive, ordens da “autoridade competente.”

Não há, pois, como livrar-se de uma sanção disciplinar, se assim “decidir” a autoridade competente, mormente se espezinhados os mais comezinhos princípios de direito e do direito-garantia de apuração regular da falta, do due process of law, do contraditório e da ampla defesa, que, como veremos ver neste, o indigitado RDPMAL não garante ao possível transgressor acusado do cometimento de uma “falta” qualquer desse “infinito universo disciplinar.”

4.3. Punições disciplinares militares (sanção, pena)

Punição Disciplinar Militar constitui-se, pois, de meio, forma ou medidas coercitivas de reprimir o transgressor (culpado) acusado de ter violado ou descumprido preceito, norma disciplinar ou ordens legais de superior hierárquico. Seria noutras palavras a medida corretiva do transgressor. É, pois, a *sanctio* aplicável à ofensa disciplinar. É efeito do ato disciplinar,

que configura a transgressão disciplinar, portanto, resultado da conduta anti-regulamentar.

E, de acordo com o RDPMAL, no seu Art.23, são as seguintes:

“As punições disciplinares a que estão sujeitos os policiais-militares, segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, são as seguintes, em ordem de gravidade crescente: I — advertência; II — repreensão; III — detenção; IV — prisão e prisão em separado; V — licenciamento e exclusão a bem da disciplina.

Parágrafo único — As punições de detenção e de prisão não podem ultrapassar de trinta dias.” [1]

Aliás, o parágrafo acima atendia ao § 2º do Art. 46, da Lei Est. n.º 3696/76 [2] , cujo teor era litteris: “As penas disciplinares de detenção e prisão não podem ultrapassar de trinta dias.” E atualmente, o § 2º, do Art. 35 da Lei Est. n.º 5346/92 tem a mesma redação supra.

O Art. 24 do RDPMAL, define a Advertência como sendo “...a forma mais branda de punir. Consiste numa admoestação feita verbalmente ao transgressor, podendo ser em caráter particular ou ostensivamente.”(sic). e o seu § 1º., diz: “Quando ostensivamente poderá ser na presença de Inferiores, no círculo de seus pares ou na presença de toda a tropa.”(sic); enquanto o § 2º assevera: “Advertência, por, ser verbal, não deve constar das alterações do punido, devendo, entretanto, ser registrada em sua ficha disciplinar.”(sic).

A repreensão “é a punição que, publicada em boletim, não priva a punido da liberdade.”(sic) — Art. 25.

Já a detenção, “consiste no cerceamento da liberdade do punido, o qual deve permanecer no local

que lhe for determinado, normalmente o quartel, sem que fique, no entanto confinado.”(sic) — Art. 26. caput — g.n.

Enquanto a prisão, “consiste no confinamento do punido em local próprio ou determinado para tal.”(sic). Art. 27 caput. — Voltar-se-á essas duas modalidades mais adiante, neste trabalho.

Entrementes, no sentido do texto Constitucional, José Cretella Júnior [3] averba:

“|...| prisão é o apoderamento da pessoa física do homem, privando-o da liberdade; detenção; encarceramento: ‘É o fato de ser o indivíduo impossibilitado de locomover-se’. A prisão importa ofensa à liberdade física ou individual que, como se sabe, se compõe de liberdade corporal, do ‘corpus’, ou da que tem todo homem de dispor de sua pessoa, da liberdade de pensar e da liberdade de dispor do fruto de seu trabalho.”

E, sobre este tema, continua o escólio do aludido mestre,

“|...| Ora, ponderando-se que nem todas que são acusados podem ser criminosos, e que perante os princípios de justiça absoluta, só depois de sentença codenatória irrevogável, desaparece a presunção de que não há culpado (...) compreende-se que só por necessidade pode o poder social servir-se da prisão preventiva que, no caso de inocência do acusado, constituirá a MAIS GRAVE OFENSA À LIBERDADE INDIVIDUAL.” grifos do autor.

Dessarte, dando seguimento ao mister e ainda segundo escólio do citado publicista,

“|...| A prisão, ou seja, a limitação da liberdade física, somente pode ser determinada pela lei — lei penal, de direito material ou de direito formal —, ou por lei federal ordinária de conteúdo criminal (...) o preceito constitucional analisado afirma a segurança pessoal, salvaguarda a liberdade do homem, proscreeve o arbítrio (cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição brasileira, 6ª edição, São Paulo, 1986, Ed. Saraiva. p. 597).”

Resta claro, portanto, que o Constituinte de 88 não foi preciso, e, até dir-se-ia, cometeu um deslize, pois ora chama de transgressão militar (Art.5º.LXI) — que, como vimos de ver, é ato, e ora denomina como punição disciplinar militar (§ 2º, do Art. 142) — resultado, pois, desse ato.

Realmente, e de fato, a novel Carta é expressa e clara, quando diz que “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.” até porque nem todas as punições são restritivas de liberdade, como visto supra, e o habeas corpus se presta tão-só a salvaguarda do direito de locomoção. Seria incompreensível e até ilógico impetrar habeas corpus contra, por exemplo, advertência, repreensão verbal ou repreensão escrita, punições disciplinares que são.

De modo aparente, segundo Univaldo Corrêa [4] ,

“|...| pelo menos, parece que a questão está definida: quando se tratar de punição disciplinar, segundo os regulamentos Militares, no âmbito portanto dos quartéis, aplicada a militares, o conhecido ‘remédio heróico’ não poderia ser usado em favor do prejudicado

ou do assim punido.”

Todavia, não é isso que se deve entender, mormente diante do preceptivo constitucional insculpido no Inciso LXVIII do mesmo Art. 5º, que trata justamente do Habeas Corpus. É o que se verá mais adiante.

5. DOS PODERES DA ADMINISTRAÇÃO (HIERÁRQUICO, DISCIPLINAR E REGULAMENTAR) E DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

5.1 Considerações preliminares e gerais.

Consoante visto de ver durante o discorrer desta tese e conforme assevera e leciona o mestre Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quanto a legalidade e outros princípios fundamentais exigidos pela nova ordem jurídica:

“Exige a Lei Magna que a Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional pautе sua atividade com obediência, dentre outros, dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A doutrina do Direito Administrativo tem sido unânime na afirmação de que tais Princípios são inerentes à atividade administrativa, vedando aos agentes do Poder Público qualquer atuação deles divorciado.

Não é, portanto, novidade que se exija da Administração Pública o respeito aos princípios considerados fundamentais, os quais, ganharam, agora, dignidade constitucional” [1]

É cediço que à Administração Pública e, por, conseguinte, ao Administrador, não bastam apenas e tão só uma relação de não-contradição à Lei, mas, principalmente, de uma relação de subsunção ao princípio da legalidade, consoante tem asseverado a

doutrina pátria, com vista ao atendimento do interesse público, que, segundo Hely Lopes Meirelles, “é a aspiração de uma coletividade para a obtenção de um bem, de uma atividade ou de um serviço de fruição geral.” [2] , porquanto decorre da máxima: “suporta a lei que fizeste.”

Segundo o iluminado autor suso citado, os poderes administrativos nascem com a administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. E são classificados, dentro dessa diversidade, consoante a liberdade da administração, para a prática dos seus atos, em poder vinculado e poder discricionário; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em poder hierárquico e poder disciplinar; diante de sua finalidade normativa, em poder regulamentar; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em poder de polícia. Entretanto, ao nosso estudo, interessa-nos apenas o hierárquico, o disciplinar e o regulamentar.

É de ressaltar, entretanto, que o princípio da legalidade impõe que o agente público observe, fielmente, todos os requisitos expressos em lei como essência do ato vinculado. Implica, pois, praticar o poder administrativo, ao expedir o ato, com todas as minúcias especificadas na LEI. Aliás, nesse sentido, mansa e pacífica a jurisprudência pátria, pautada pelos princípios expressos pelo STF:

“A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades

extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em LEI como vinculadores do Ato administrativo” [3] — grifei —

Doutra parte, pois, sobre poder vinculado e discricionário vide: Caio Tácito, Poder vinculado e poder discricionário, RDPG/91; Fernando Henrique Mendes de Almeida, Vinculação e descrição na teoria dos atos administrativos, RT/367/17; Diógenes Gasparini, Direito administrativo, p. 87/89, etc.

5.2. Poder hierárquico

Poder hierárquico, segundo Hely Lopes Meirelles, [1] é o que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal. Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos por serem os sustentáculos de toda organização administrativa, mormente de uma instituição policial-militar como a PMAL.

Pode-se, portanto, conceituar a hierarquia como sendo uma relação de distribuição escalonada e gradativa existente entre os vários órgãos da Administração Pública ou entre os vários postos (patentes) e graduações existentes numa corporação, empresa, instituição, etc.

O poder hierárquico, por sua vez, objetiva ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito dessa ou daquela instituição ou corporação, ou da Administração Pública direta ou

indireta.

Pela hierarquia, portanto, é que se impõe ao subordinado, ao subalterno, a estrita e pronta obediência às ordens e instruções legais de seus superiores hierárquicos e, assim, define-se a responsabilidade de cada um. As ordens e determinações legais devem ser bem e fielmente cumpridas, sem ampliação ou restrição ao exato sentido da ordem determinada pelo superior hierárquico, a menos que sejam ordens manifestamente ilegais. Aliás, nesse sentido, sábia a lição do mestre Hely Lopes Meirelles, [2] “...a doutrina não é uniforme, mas o nosso sistema constitucional, com o declarar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI” (Art. 5º, II), torna claro que o subordinado não pode — e nem deve, ao nosso modo de ver — ser compelido, pelo superior, a praticar ato evidentemente ilegal”, sob pena de ilegalidade ou abuso de poder (excesso ou desvio de poder).

O respeito hierárquico, ou seja, a estrita, disciplinada e pronta obediência ao superior pelo subordinado, não tem o condão de suprimir, anular ou alijar, “no subalterno, o senso do legal e do ilegal, do lícito e do ilícito, do bem e do mal.” O subordinado, portanto, pelo respeito que dispensa o seu superior, não deve transformar-se em mero autômato executor de ordens ao ponto de anular e desprezar sua razão, inteligência e iniciativa, no tocante ao desempenho de suas atribuições, e, nos restritos limites de sua esfera de competência [3] .

Noutras palavras, o dever de obediência não anula ou aniquila a lógica, razão e inteligência do subalterno. Daí, como ensina o suso citado autor, não ser lícito ao

subordinado descumprir ordens “senão quando se apresentarem manifestamente ilegais, somente as que se evidenciarem, ao senso comum, contrárias ou sem base na LEI, é que permitem ao subalterno lhe recusar cumprimento” [4] (gn); ausente essa hipótese, o descumprimento ou retardamento da ordem pode ensejar falta disciplinar ou crime funcional (prevaricação), previsto e definido no Art. 319 do CP e no Art. 319 do CPM

Do poder hierárquico — ainda seguindo o escólio do mestre Hely Lopes Meirelles — decorrem faculdades implícitas, ao superior, tais como dar ordens e fiscalizar o seu cumprimento, a de delegar a avocar atribuições, e a de rever os atos dos inferiores. — vide, nesse sentido, acurado e detido tema in. op. cit. p.p. 100/102.

5.3 Poder disciplinar [1]

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais subalternos sujeitos à disciplina dos órgãos, instituições e corporações da Administração Pública, no seu âmbito interno.

Essa faculdade — como bem explícita o inolvidável e luminar Álvaro Lazzarini, [2] — está empregada no sentido jurídico, que exprime o próprio exercício do direito subjetivo do administrador público, exteriorizado na faculdade de agir (*facultas agendi*). Não significa, em absoluto, a possibilidade de deixar de punir o faltoso.

“O poder disciplinar tem o seu fundamento, a sua razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público.” Ele, na realidade, “é um atributo do superior hierárquico.

Todavia, embora correlatos, não se confundem os poderes disciplinar e hierárquico” — cf. A. Lazzarini op. cit.

E, mais ainda, acentua o mestre, “que, no caso, a hierarquia implica em relação do serviço entre os que liga. Não basta que um funcionário tenha categoria superior à outra para que possa, só por isso, dar ordens e exigir acatamento”, (ou — acrescentamos — mesmo puni-lo) “O caso, então, comporta a velha distinção entre a hierarquia resultante da gradação. Só o superior funcional, via de regra, pode exigir acatamento às ordens que tenha dado ao seu subordinado funcional.”

Desse modo, da assertiva acima do ilustrado publicista Álvaro Lazzarini, infere-se que, não basta ser superior hierárquico, é imprescindível que haja relação de subordinação funcional direta, para que se dê ensanchas à aplicação do poder disciplinar punitivo, o qual decorre do Poder Hierárquico funcional sobre o subordinado transgressor e desde que haja o cometimento da falta pelo subordinado.

Outrossim, analisando outra averbação do ilustre e admirado autor e nosso mestre quanto “... a transgressão disciplinar, a ser reprimida pelo detentor do poder disciplinar, mediante sanções, ou seja, mediante penas ou punições a serem impostas, em regra, mediante regular procedimento administrativo disciplinar...” [3] ousaríamos acrescentar dever-se sempre apurar regularmente a falta disciplinar, pena de nulidade, face ao disposto no Art. 5º, LV, CF/88, que assegura “aos acusados em geral” o contraditório e ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, notadamente se se tratar de sanção restritiva da liberdade de locomoção (prisão/detenção) do

transgressor, consoante escólio de Diógenes Gasparini que assim leciona:

“|...| à vista do que prescreve o inc. LV do Art. 5º da Constituição Federal (...) sempre que se tiver um servidor acusado de infração, o processo administrativo disciplinar é obrigatório, pois só nessa espécie de processo podem realizar-se, efetivamente, essas garantias constitucionais.” [4]

Inclusive, admite e assevera Diógenes Gasparini que:

“|...| os institutos da verdade sabida (conhecimento pessoal da infração e aplicação direta da pena pela autoridade competente) e do termo de declaração (aplicação direta da pena em razão da confissão, em termo, do seu autor), previstos em lei como meios de aplicação de pena, estão proscritos de nosso ordenamento jurídico.” [5] .

Tornar-se-á a este, ao depois, quando tratar-se da sanção disciplinar de prisão e detenção prevista no RDPMAL.

5.4. Poder regulamentar

O poder regulamentar, para Hely Lopes Meirelles [1] , é a faculdade de que dispõe os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos) de explicitar a lei para a sua correta execução, ou expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por LEI. É um poder inerente e privativo do chefe do Executivo (Constituição da República, art. 84,

IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado — Veja-se sobre poder regulamentar: Victor Nunes Leal, *Lei e Regulamento In Problemas de Direito Público*, Rio, 1960, p. 57; Carlos Medeiros Silva, *O Poder Regulamentar e sua extensão*, RDA 20/1; Francisco Campos, *Lei e Regulamento — Direitos Individuais*, RDA 80/373, etc.

E, sobre o mister, Diógenes Gasparini [2] , assim se expressa e define como “a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo para expedir atos normativos chamados regulamentos, compatíveis com a lei e visando desenvolvê-la.”

Induvidosa é, portanto, a atribuição e competência privativa do Chefe do Executivo em expedir atos normativos — regulamentos —, complementando, subsidiando aquilo que o legislador tenha omitido ou passado in albis ou não previu.

Entrementes, é de supina importância frisar que, ao expedir regulamento — autônomo ou de execução de lei — o executivo não invada ou exorbite as chamadas “reservas de lei”, i.e., aquelas matérias que só admitem a Lei e tão-só a lei como disciplinadora, as quais versam sobre as garantias e os direitos individuais assegurados e estabelecidos no art. 5º. caput e seus incisos c/c Art. 68, § 1º, II da CF/88, pena de ferir o preceito mor: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI.”(inc. II), e, desse modo, tornar-se eivado de inconstitucionalidade, havendo, assim, nulidade absoluta e de pleno direito dessas normas.

É de se ver, pois, que o regulamento é um complemento da lei naquilo que não é privativo da lei. Entretanto, não se pode e não se deve confundir aquela

com esta, i.e., “não se pode confundir lei e regulamento.”

5.4.1.1 Regulamento

Regulamento, no dizer de Hely Lopes Meirelles [1] , é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo chefe do Executivo (Federal, Estadual e Municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e a forma de execução da lei (regulamento de execução), ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente).

Já Florivaldo Dutra de Araújo [2] , adotando a doutrina de Seabra Fagundes, este calcado em Ranelletti, entende quanto a este (regulamento), que é norma geral e abstrata, visando tornar aplicável, por seu detalhamento, a lei regulamentada, classifica-se como mero ato administrativo, por não inovar na Ordem Jurídica.

Enquanto, para Diógenes Gasparini [3] , é o ato que se origina do exercício da atribuição regulamentar e chama-se regulamento. Pode, ainda e segundo ordenamento jurídico, ser definido como o ato administrativo normativo, editado privativamente pelo chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la.

Infere-se, portanto, dessa definição, que o Direito Positivo brasileiro admite tão só o regulamento de execução ou executivo de subordinados destinados à fiel execução da lei, conforme prescrito no Art. 84. IV. da CF/88.

Aliás, nesse aspecto, continua Gasparini (op. cit. id. ibidem) “não bastasse isso, diga-se que nos termos do inc. II do Art. 5º da Lei Maior ‘ninguém será obrigado a

fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, assevera ainda mais, ‘Assim, se o regulamento não é lei no sentido formal, não pode criar direito novo, como os regulamentos autônomos criam.’ E, estes, ainda segundo o mestre citado, não existem em nosso ordenamento jurídico, “não há lugar, espaço jurídico, para o regulamento autônomo ou independente.” Ademais, cabe ao Congresso Nacional nos termos do Art. 48 da CF/88, dispor sobre todas as matérias de competência da União.

O regulamento não é lei, seguindo-se o escólio de Hely Lopes Meirelles, embora a ela se assemelhe no seu conteúdo e poder normativo. Nem toda a lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo.

Ademais, não é despiciendo dizer que, segundo o princípio de direito da hierarquia das normas jurídicas, o regulamento é ato inferior à lei, por isso mesmo não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Vale dizer: sendo inferior à lei, o regulamento não pode inovar, ampliar ou restringir aquilo que a lei delimitou ou previu, mormente quanto aos preceitos da Lei Maior e sobre direitos e garantias individuais.

Doutra banda, as leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exeqüíveis antes da expedição do decreto regulamento, porquanto ser esse ato *conditio juris* da atuação normativa da Lei. Este, pois, presta-se a efetivar a exeqüibilidade da lei, particularizando-a de modo a torná-la praticável, sem, contudo, poder ultrapassar seus limites.

5.4.1.2. Lei

Os romanos já asseveravam “lex est omnium divinarum et humanarum rerum regina” — A lei é a rainha de todas as coisas divinas e humanas.

“Lei, em sentido formal e material, é a norma geral e abstrata de conduta aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo; em sentido material apenas, é toda norma editada pelo Poder Público, especialmente os decretos regulamentares expedidos pelo Executivo — como visto. Lei stricto sensu e próprio é, portanto, unicamente, a norma legislativa, e, lato sensu, e impróprio, é toda imposição geral do Estado, provinda de qualquer órgão de seus Poderes, sobre a matéria de sua competência normativa.” [1] , este é o escólio de Hely Lopes Meirelles.

“Lex potest plus quam factum” — a lei tem mais força do que o fato.

Outrossim, como foi visto durante o decorrer desta tese, a Lex Magna ocupa o ápice da pirâmide do ordenamento jurídico — positivo, dentro do princípio da Hierarquia das Leis. E, sendo a Constituição a Lei Suprema, portanto, imutável por procedimentos ordinários, a todas as demais normas se impõe. A estas, os Poderes do Estado e o próprio Estado se submete à Lei — princípio da legalidade —, que decorre da máxima: “suporta a lei que fizeste”, bem como também o princípio da isonomia, que declara a igualdade de todos perante à lei.

Demais disso, é reservada à lei a disciplina das liberdades, dos direitos e dos deveres dos homens e cidadãos. E, sobretudo, — consoante assevera Manoel

Gonçalves Ferreira Filho [2] —, “deve ser reservado à lei a definição das sanções que hão de punir os abusos nos exercícios dos direitos (...). Tal lei — sublinha-se — deve ser a lei formal, editada pelo Poder Legislativo”. E acrescenta:

“|...| com efeito, é da história que o Estado, mais precisamente o Executivo, seja o ‘inimigo’ das liberdades. Assim, absurdo seria que a ele se desse o poder de instituir delitos bem como de disciplinar direitos reconhecidos, por assim dizer, contra ele, por intermédio de regulamento.” E arremata o autor. “Por isso, numa interpretação teleológica, deve-se entender que, no tocante às liberdades públicas, somente cabe à lei formal, jamais o ato com força de lei.”

Ademais, nesse sentido, é de se ressaltar que a CF/88 é expressa ao dispor sobre a lei delegada, proibindo a delegação de competência para legislar sobreos direitos individuais, i.e., sobre as liberdades públicas (Art.68 § 1º, II), direitos e garantias individuais.

Todavia, inobstante a omissão em relação às Medidas Provisórias (Art. 62). Mas se lei delegada não tem esse poder de regular ou disciplinar liberdades públicas, a fortiori medida provisória ou até mesmo decreto-lei ou decreto.

Outro ponto a destacar quanto à concepção clássica dos direitos do homem é concernente à lei e seu papel.

Reconhece a Declaração que o exercício concomitante dos direitos fundamentais por todos e por cada um dos homens exige uma coordenação, uma regulamentação que impeça colisões. O Estado Social,

portanto, reclama um mínimo de disciplina no gozo dos direitos naturais. É o que se exprime claramente o Art. 4º da Declaração, que vale frisar:

“O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos demais membros de sociedade o gozo dos mesmos direitos. Mas esta regulação, para ser legítima, não pode ser arbitrária, deve ser justa. Por isso, apenas a lei pode estabelecê-la, somente a lei pode limitar o exercício da liberdade. É a parte final do Art. 4º. ‘Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei.’” [3]

Duas razões principais militam nesse sentido, segundo o luminar ensino do autor suso adscrito.

A primeira é ser a lei — no sentido formal e material, ou seja, dimanada do poder competente: o povo, através de seus representantes, necessariamente a expressão da justiça, com os corolários de que é geral e abstrata, aplicando-se a todos os casos, sem levar em conta os envolvidos, além de igual para todos os seres humanos.

A segunda reflete o ensinamento de Rousseau. “A Lei é a expressão da vontade geral”, diz expressamente o Art. 6º da Declaração, num empréstimo flagrante ao Contrato Social (Cf. Contrato Social, livro II, cap. VI; livro II, cap. IV) (...).” Todavia, para ser legítima, no entender do mestre suso citado, os participantes na sua definição têm de fazê-lo, levando em consideração o interesse geral. “Se não visar a este objetivo, o interesse comum, da deliberação surgirá a vontade de todos, jamais a vontade geral. (cf. Contrato social, Livro III, cap. XV.)”.

[4]

Aliás, nesse sentido, não é despiciendo continuar com o duto escólio:

“|...| É até redundante mencionar a importância da lei no Estado de Direito, dado que este se caracteriza fundamentalmente pela sujeição de tudo e de todos à lei, conforme o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” [5].

“É reservada à lei a disciplina das liberdades. E, sobretudo, deve ser reservado à lei a definição das sanções que hão de punir os abusos no exercício dos direitos.” [6] Tal lei, ressalte-se emana do povo: “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido” — princípio democrático da representatividade.

Por sua vez, as sanções em que podem incidir somente podem estar definidas em lei — reitere-se — adotado pelo Poder Legislativo, consoante visto acima, mormente se se tratar de lei Substantiva Penal.

“A lei é a razão suprema, gravada em nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que não se deve fazer” — Cícero, De Legibus, Livro I. apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit. p.9.

5.5.1. Conceito (aspectos preliminares)

A CF/88 preceitua que a Administração Pública, tanto direta como o indireta, ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, reger-se-á e obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art.37), mormente ao expedir seus atos

administrativos. Mas certamente não só a esses, como ensina Toshio Mukai (Administração Pública na Constituição de 1989. p. 48) [1].

Aliás, seguindo esse ensinamento, a Constituição de Alagoas, no seu Art. 42, amplia esse rol acrescentando os princípios fundamentais de prevalência de interesse público, economicidade, planejamento e continuidade, além de orientar-se pela desconcentração e descentralização (Art. 43), e mais ainda, “É finalidade do Estado de Alagoas... promover o bem-estar social, calcado nos princípios de liberdade democrática, igualdade jurídica, solidariedade e justiça, cumprindo-lhe, especificamente: I — assegurar a dignidade da pessoa humana, mediante a preservação dos direitos invioláveis a ela inerentes” [2] .gn.

Entrementes, ao desiderato desta monografia interessam, apenas e tão só os Atos Administrativos praticados pela Administração Pública Direta, e, in casu, aqueles praticados pela Polícia Militar do Estado de Alagoas, mormente os destinados ao cerceamento da liberdade de locomoção do cidadão PM, id. est., os chamados atos punitivos disciplinares de prisão e/ou detenção, porquanto Atos Administrativos, in genere, dentro de uma relação não apenas de não contradição à lei, mas, principalmente, numa relação de subsunção à LEI.

Dessarte, básica e fundamentalmente, o conceito de Ato Administrativo é o mesmo de Ato Jurídico, do qual diferencia-se como uma categoria informada pela finalidade pública. Este, segundo o C.C. (Art.81) é “todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”. Assim sendo, o Ato Administrativo na concepção do festejado e ilustre

Hely Lopes Meirelles,

“|...| é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” [3]

Entretanto, para Diógenes Gasparini, iluminado publicista, o conceitua como sendo:

“|...| toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedindo pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da Lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicáveis pelo judiciário.” [4]

Vale salientar que, tais conceitos, retratam o Ato Administrativo comum, diga-se assim. E, na área da Administração Pública Direta Militar, seria este utilizado de motu proprio, i.e., diverso e diferente daquele? A razão e a lógica dizem que não, haja vista que o Ato Administrativo Militar ou Policial-Militar, do Servidor Público Militar Federal ou Estadual — lato sensu — está inserido no contexto do Direito Público Administrativo.

Noutras palavras, prescindem os Atos Administrativos Militar ou comum dos mesmos princípios estruturais e retores do Ato, sendo regidos “pelos mesmos pressupostos de Existência, Validade e Eficácia de todo e qualquer Ato” [5] — cf. pontifica

Pontes de Miranda sobre o mundo do direito, o mundo jurídico — porquanto também submetidos aos princípios de direitos que regem a Administração Pública, mormente à subsunção ao princípio da legalidade.

5.5.2. Ato administrativo militar (Policial-Militar).

Ato Administrativo Militar (ou Policial Militar), no dizer de Antonio Pereira Duarte [1], “é todo aquele proveniente de Administração Militar e que cria, modifica ou extingue situação jurídica em relação ao servidor militar ou aos próprios órgãos dela integrantes.”

É curial, portanto, dizer que o Ato Administrativo militar não é diferente do Ato Administrativo lato sensu, somente porque é praticado no âmbito da Administração Militar e por uma autoridade militar. A carga de discricionariedade ou vinculação ínsita a determinado Ato Administrativo não se transmuda pelo simples fato de ter a sua consecução advinda de um administrador militar.

Ademais, embora as Polícias-Militares e demais Forças Militares se pautem pelos inamovíveis e sesquicentenários princípios da Hierarquia e da Disciplina, ainda assim, não quer isto dizer que o Policial Militar, investido do cargo e encargos de administrador, detenha em suas mãos poderes ilimitados, inatingíveis e invulneráveis, para o cometimento do ato administrativo, mormente do ato punitivo.

“|...|O Ato ou será discricionário, ou será vinculado; ou simples, ou complexo, não importa. As conseqüências dele advindas são aquelas mesmas originadas por todo e qualquer ato administrativo revestido de tais características.” [2]

E, por conseguinte, é imperioso constituir-se dos mesmos pressupostos, requisitos, perfeição, validade e eficácia, bem como também o devido e rigoroso controle jurisdicional, consoante afirma o ilustrado autor citado, buscando apoio em Celso Antônio Bandeira de Melo, que:

“|...| assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da administração que apareça como frontal violação a ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar os limites de liberdade que lhe assistam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.” [3]

Dessarte, é de se ressaltar que o administrador policial-militar estadual deve se nortear pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, de tal forma a não criar situações de privilégios ou favorecimento para esse ou aquele servidor militar estadual. Vale dizer: se há previsão legal de direito para todos aqueles que estejam em tal ou qual situação política, então o direito há de ser extensivo a todos que se encontrem nessa mesma hipótese e não a uma dada categoria exclusivamente, pena de ferir princípio da isonomia. [4]

5.5.3 Requisitos — elementos — pressupostos (perfeição, validade e eficácia).

São aqueles componentes que todo ato deve reunir para ser perfeito e válido. Entrementes, nem

todos os publicistas estão acordes quanto ao número e a identificação desses requisitos, devendo-se ressaltar que uns chamam de elementos outros denominam de pressupostos.

Veja-se, então, tais requisitos, pressupostos ou elementos, sob o escólio de Diógenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles e Antonio Pereira Duarte. Para o primeiro, os requisitos do ato administrativo são seis e assim denominados: competência, finalidade, forma, motivo, objeto e causa. Salvo este, aqueles estão instituídos do Art. 26 e seu parágrafo na Lei de Ação Popular — Lei Fed. n.º 4717/65. Para Hely Lopes Meirelles, o exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto; enquanto para o último resulta, pois na competência, finalidade, motivação, objeto lícito e forma prescrita em lei, constituem, assim, os requisitos de validade do ato administrativo.

Outrossim, senão bastantes os ensinamentos e assertos acima, busquemos no ilustrado monografista Florivaldo Dutra de Araújo, que sobre o mister, assim se expressa.

“|...| A decomposição da estrutura do ato administrativo se faz objetivando sistematizar e, conseqüentemente, facilitar seu estudo. Essa dissecação leva, tradicionalmente, à identificação de cinco ‘elementos’: sujeito (autor do ato); forma (exteriorização do ato); objeto (conteúdo do ato); motivo (situação de direito do fato que permita ou obriga a prática do ato) e finalidade (bem jurídico a ser atingido pelo ato).” [1]

O autor, aprofundando-se um pouco mais no tema, busca em Celso Antonio Bandeira de Melo, substancial contribuição ao mister ao alertar para os equívocos que o escólio tradicional enseja, e assim assevera:

“|...| A rigor, não se pode afirmar que o sujeito, o motivo e a finalidade sejam ‘elementos’ do ato. ‘Elemento’ liga-se à idéia de ‘parte componente de um todo’. Nesse sentido, correto será mencionar dois elementos: forma e conteúdo (objeto). Os demais, itens elencados, se bem sejam fundamentais para a formação do ato, lhe são ontologicamente exteriores, sujeito, motivo e finalidade, apresentam-se, portanto, como pressupostos de formação do ato administrativo. [2] Além desses, acrescentam-se os requisitos procedimentais.”

5.5.4 Elementos

Todo ato administrativo, segundo o autor retrocitado, possui dois elementos: conteúdo e forma.

Conteúdo é a própria manifestação de vontade, que constitui a essência do ato. É “o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica”, (cf. Celso Antônio Bandeira de Melo). (1981 p. 37). O conteúdo é mais comumente designado pelo termo objeto, embora a rigor, não se confundam as duas figuras: o conteúdo dispõe sobre algo, que é o objeto do ato. Exemplificando: o conteúdo de um ato de nomeação é investir alguém na condição de ser preposto em cargo público; o objeto dessa investidura é o indivíduo nomeado (cf. Celso Antônio Bandeira de Melo, C.A. 1981. p. 41).

Forma é o modo como se revela a declaração

jurídica; é a exteriorização do conteúdo. Aliás, escrita é a forma comum do ato administrativo, podendo, entretanto, haver manifestação verbal ou gestual, v.g., voz de comando e por gestos do PM de Trânsito.

5.5.5. Pressupostos

Têm-se como pressupostos de formação de todo ato administrativo o sujeito, o motivo e a finalidade, “podendo ainda impor-se a existência de requisitos procedimentais” — ainda segundo o suso citado autor.

Sujeito é quem emite o ato. Assim, para que alguém possa produzir um ato administrativo, deve possuir, além da capacidade genérica exigida para a prática dos atos jurídicos, a específica competência para tanto, prevista em Lei. “Competência, assim, é o poder que a lei outorga ao agente público para o desempenho de suas funções.” [1] Logo, se infere que a competência resulta de Lei, em sentido formal e material. E no dizer de Hely Lopes Meirelles, [2] “para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade”.

Motivo é o pressuposto fático que autoriza ou obriga à prática do ato. É, segundo Diógenes Gasparini, a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público à prática do ato administrativo. É a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, para Hely Lopes Meirelles. O motivo pode estar ou não na Lei. Se constante na Lei, a prática do Ato dependerá da efetiva incidência de situação prevista para sua validade.

É mister trazer a lume o alerta de Celso Antônio Bandeira de Melo sobre a distinção de motivo e móvel a saber:

“Motivo é a realidade objetiva e externa ao agente. É um antecedente, exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato.

“Móvel é a representação subjetiva, psicológica, interna do agente e corresponde àquilo que o agente deseja [3]

E Florivaldo Dutra de Araújo, também, recomenda não confundir motivo e motivação. A motivação contém enunciação dos motivos e demais pressupostos exigidos legalmente para a prática do ato.

Finalidade é o objetivo que o ato deve atingir. É, pois, o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para um fim de interesse público, ou seja, de interesse da coletividade. Em sendo público o interesse, há de fundar-se e ser indicada na Lei a finalidade do Ato Administrativo, pois que, como bem assevera Hely Lopes Meirelles, [4] não se compreende ato administrativo sem interesse público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo — discricionário ou regrado — porque o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.

A finalidade do Ato Administrativo, portanto, é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Sua alteração, desde que expressa na norma legal, enseja e caracteriza o desvio do poder, que resulta à invalidação do ato, por lhe faltar um elemento primordial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador.

Dessarte, tendo cada ato finalidade própria, não pode o administrador buscar, por meio de um ato,

finalidade que só por outro poderia ser alcançada, segundo os parâmetros legais. Exemplitia gratia, se o agente tem competência para remover e para suspender um servidor, não poderá removê-lo com finalidade punitiva, pois a remoção não se presta a tal objetivo (cf. Bandeira de Melo, A. 1984, p.78).

5.5.6 Existência, validade e eficácia de ato administrativo militar / Policial Militar.

Desse modo, conforme foi visto acima, consoante ocorre com todo ato administrativo, o ato administrativo militar, para existir, ter validade e projetar seus efeitos no mundo jurídico, prescinde preencher certos requisitos indispensáveis.

Destarte, é ressabido que, o ato voluntário humano, passa por três planos, consoante a tripartição estabelecida pelo saudoso e iluminado mestre do direito e jurisconsulto Pontes de Miranda: Existência, Validade e Eficácia. Noutras palavras, é preciso, portanto, que o ato adentre o plano da existência, projetando-se através de um agente (sujeito), de uma vontade (motivo e motivação), de uma forma e visando um objeto. Agente, vontade, forma e objeto são, desse modo, os requisitos existenciais do ato administrativo, porquanto a falta de um destes elementos, torna-o inexistente.

Inconcebível, portanto, um ato sem a exteriorização de uma vontade, mediante um agente capaz e objetivando gerar certas conseqüências no mundo jurídico.

De igual modo, para adentrar ao plano da validade, é necessário que o agente seja competente para praticar o ato, tendo como finalidade a satisfação e preservação do interesse da Administração Policial-

Militar, motivando o porquê de sua edição, fazendo-o incidir sobre objeto lícito e exteriorizando-o através de forma prescrita em Lei.

Resta claro, portanto, de modo sintético e perfunctório que a competência, finalidade, objeto lícito, motivação e forma prescrita em lei, constituem, assim, os requisitos de validade do ato administrativo policial-militar e de todos os outros atos administrativos comuns.

Se o ato, que penetrou o mundo jurídico, ou seja, existe, está revestido dos pressupostos de validade suso adscritos, não apresentando vícios ou defeitos que o vulneram irremediavelmente, diz-se que está pronto ou apto a gerar os efeitos que projetou, quais sejam, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas.

Em síntese, pode-se dizer que o ato é perfeito, válido e eficaz se, concluído e editado segundo as exigências do ordenamento jurídico, está apto à produção dos efeitos jurídicos que lhes são próprios. Essa é a regra, embora, de outra banda, o ato administrativo perfeito e válido possa ser ineficaz.

5.5.7 Vícios e defeitos do ato administrativo

Há, no entanto, possibilidade de ocorrer que tais atos não apresentem seus elementos necessários para sua permanência no mundo jurídico, estando fulminados por algum vício intrínseco ou extrínseco a comprometer a sua eficácia.

Dessarte, como asseverado alhures, se, exemplitia gratia, falta um ou mais pressupostos (= requisitos = elementos) de existência, o ato reputa-se inexistente.

Doutra banda, havendo a hipótese de estar desfalcado de um elemento de validade, inquina-o de

inválido, imperfeito, inócio o ato administrativo.

É o que se depreende nos casos de defeitos de competência, em que o sujeito pratica o ato fora de sua alçada, gerando o que se chama, em sede administrativa, de usurpação de função. Tal ato é inválido, posto que praticado por agente incompetente para tal mister, afigurando-se, evidente usurpação de função.

Doutra parte, a ilicitude do objeto também leva a invalidez do ato, inviabilizando a produção dos seus efeitos. *“Não se pode, por exemplo, promover algum animal de estimação a General, como fez Calígola quando nomeou Senador seu cavalo Incitatus.”* [1]

A forma, por sua vez, também deve ser prescrita em lei, vista que, consoante salienta Roy Reis Friede,

“O Direito Administrativo, como ramo de Direito Público, prima pelo princípio da forma legal (forma prescrita em lei) em oposição ao princípio de livre forma (forma não vedada em lei) prevalente no Direito Privado (Art. 129 do Código Civil).” [2]

Não estando prescrita em lei a forma, reputa-se inválido o ato praticado em desobediência à formalidade essencial que o reveste.

Ademais, muitos atos administrativos praticados pela Administração Policial Militar Alagoana, por exemplo, exigem publicação tanto no Boletim Geral Ostensivo — BGO, quanto nos Boletins Internos — BI, das demais OPM, mormente os que tratam sobre sanções disciplinares, em atinência ao princípio da publicidade (art. 37 da CF/88).

Demais disso, quando se trata de ato vinculado, a

validade do ato exige também o requisito da motivação, posto que ausente esta ou viciada ou em desconformidade com o mandamento legal, nulo é o ato. Logo, a falta de motivação do ato o nulifica de pleno direito.

E como a finalidade de todo ato administrativo é atingir o interesse público projetado pela Administração, inexistindo este há desvio de finalidade. Se o ato praticado, portanto, gerou outro fim que não aquele que ensejou sua edição(=publicação), tem-se o chamado desvio de poder.

Consoante afirma o autor acima citado:

“|... | Portanto, pode o ato administrativo militar ser inexistente, nulo ou anulável. A anulabilidade do ato administrativo, no entanto, é matéria que suscita polêmica, sendo certo que a corrente majoritária admite a existência do ato administrativo anulável.(...) nulo será todo ato administrativo que contiver vício essencial, tornando-se insuscetível de gerar conseqüências. (...) o ato anulável, a seu turno, pode até produzir efeitos, sendo que, através de sentença judicial, tais efeitos poderão ser anulados.” [3]

Todavia, é de supina importância mencionar que a própria Administração pode desfazer o ato administrativo viciado ou convalidá-lo, consoante se infere da Súmula 473 do STF; in verbis:

“Súmula 473 do STF — a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou

oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. gn.

6. REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PMAL FACE À LEI EST. N.º 5346/92 E ÀS CONSTITUIÇÕES ESTADUAL E FEDERAL

6.1. O RDPMAL face à lei est. n.º 5346/92. Estatuto dos Policiais-Militares do Estado de Alagoas.

Com efeito, consoante foi visto do poder regulamentar, o regulamento tem por desiderato o auxílio à LEI. Visa, portanto, complementar ou subsidiar esta mesma LEI. Nesse sentido, é de se ressaltar que há, na PMAL, uma situação inusitada e sui generis, qual seja, a Lei Est. n.º 5346/92, de 26 de maio, é posterior ao decreto, que é de 23 de janeiro de 1981, em onze anos, quatro meses e três dias, adquiriu o condão de ser regulamentada por decreto pretérito e inexistente, posto que, em seu Art. 35 caput, §§ 1º e 2º, estabelece, “As transgressões disciplinares são especificadas no regulamento disciplinar (...)” e que este “(...) estabelecerá as normas para sua aplicação e amplitude das punições disciplinares” (§ 1º), e que “(...) as punições disciplinares de prisão e detenção não poderão ultrapassar de 30 (trinta) dias”. (§ 2º). Logo, é de se ver, que o auxílio, complemento e subsídio à Lei, a que se presta o regulamento, antecede à própria lei, em mais de onze anos.

Ora, ressabido que a lei opera efeitos ex nunc, i.e., de sua edição para à frente, para o futuro, pois que destina-se aos fatos presentes e futuros. Mas, em relação ao RDPMAL, operou efeitos ex tunc, ou seja, os fatos pretéritos foram ultra-ativados. O RDPMAL passou

a ter eficácia futura, antes mesmo da lei dar-lhe existência, porquanto os planos da “existência, validade e eficácia”, de que trata Pontes de Miranda, foram e são, aqui, derogados, posto que o Art. 135 da lei em comento estabelece,

“Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação (26 de maio de 1992), ficando revogada a Lei 3696 de 28 de dezembro de 1976 (antigo estatuto), e toda legislação que lhe é complementar e demais disposições em contrário” — g.n.

É mister trazer a lume o teor do decreto de aprovação do RDPMAL, o qual regulamentava o Art. 46 da Lei 3696/76, de 28 de dezembro de 1976 — estatuto revogado, senão vejamos:

“Decreto n.º 4598 de 23 de Janeiro de 1981:

Dispõe sobre o regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado de Alagoas e dá outras Providências.

O Governador do Estado de Alagoas, usando das atribuições que lhe confere o inciso III do Art. 59, da Constituição Estadual, e tendo em vista o disposto no Art.46 da Lei n.º 3696, de 28 de dezembro de 1976.

Decreta:

Art. 1º — Fica aprovado o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Alagoas, que com este baixa.

Art. 2º — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Palácio Marechal Floriano, em Maceió, 23 de Janeiro de 1981 — 93º da República.” — g.n.

Deflui, pois, por ilação lógica, que essa novel lei, ao revogar a lei 3696/76 e “toda legislação que lhe é complementar” — em cuja legislação estava inserido o RDPMAL, aprovado pelo Dec. Est. n.º 4598/81, — que lhe era complementar — “e demais disposições em contrário”, revogou também o RDPMAL — Dec. Est., n.º 4598/81, face o princípio “Lex posterior derogat priori” — a lei posterior derroga a anterior, e, óbvia e evidentemente, também os decretos regulamentares desta, pelo que, revogada a lei, o regulamento desta também o é, o que ocorreu expressa e claramente.

Logo, os dispositivos do “atual” RDPMAL, foram e estão revogados, pelo Art. 135 do novo Estatuto — não há negar! Assim, inexistente no mundo jurídico, sua aplicação inquina-se de ineficácia e nulidade porquanto, a rigor técnico-jurídico, o Art. 35, caput, §§ 1º e 2º, não tem o condão de revigorá-lo e ultrativá-lo ou dar-lhe efeito repristinatório, posto que o Regulamento “estabelecerá” — aqui o verbo é aplicado no futuro do presente —, logo prescinde esta Lei de um novo regulamento, diante da revogação da Lei 3696/76 e de sua legislação complementar, cujo RDPMAL estava inserido.

Entrementes, para que dúvidas não parem sobre a revogação do RDPMAL, bem como assim de sua inexistência jurídica, não é despiciendo lembrar que in casu, não se aplica o princípio “Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali”, i.e., a lei geral posterior não derroga a especial anterior, posto que a Lei Especial nova revogou a especial anterior, por tratar-se de Estatuto da PMAL (Lei Especial).

Vale dizer, uma Lei Especial revogou outra especial, portanto deu-se a máxima do princípio “Lex

posterior derogat priori” — reitere-se. E, mais ainda, se a lei revogada possuía algum regulamento, este foi revogado juntamente com ela, posto que lhe era apêndice, acessório e subsidiário. Logo, inexistindo o principal; inexistente o acessório, o secundário, por conseguinte.

6.2. O RDPMAL face à Constituição Estadual de 1989.

Outrossim, senão bastantes os argumentos suso adscritos sobre a inexistência do RDPMAL no mundo jurídico, i.e., na fenomenologia jurídica — consoante escólio de Pontes de Miranda a respeito da existência, validade e eficácia — quanto à revogação expressa pela Lei Est. n.º 5346/92 (Art. 135) e pela afronta à CF/88 (Art. 5º II. c/c Art. 68. § 1º, II), verificar-se-á que também na esfera constitucional estadual ele não poderia, e nem deveria, ter prosperado ou ser “reativado”, diante da regra insculpida do Art. 80,X da C.E./89, in fine:

“Art. 80 — Cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do Governador do estado, dispor sobre todas as matérias de competência do estado, especialmente:

X — direitos, deveres, garantias dos servidores civis e militares do Estado”. — g.n.

Tal preceito deflui da obediência irrestrita e consonância aos Art. 5º. II, c/c Art. 68, § 1º., II, da CF/88, e, aliás, a iniciativa da lei nesse sentido é privativamente de competência do Governador do Estado, face ao disposto no Art. 86, § 1º., II, “c” da C.E./89, litteris :

“Art. 86 — A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado (...) e aos cidadãos, na forma prevista nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privada do Governador do Estado as leis que:

I — fixem ou modifiquem o efetivo da Polícia Militar;

II — disponham sobre:

a)...

b)...

c) Servidores públicos do Estado, seu regime jurídico (...), reforma e transferência de militares para a inatividade.” — g.n.

Desse modo, infere-se da exegese sistemática que o Dec. Est. n.º 4598/81, que aprovou o RDPMAL, malgrado sua revogação expressa, não deveria prosperar, por que não é o instrumento hábil, suficiente, válido e eficaz para disciplinar as liberdades fundamentais, as liberdades públicas, as garantias-limites, os direitos, os abusos e as sanções, consoante o luminar escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, [1] que assevera:

“É reservado à Lei a disciplina das liberdades. E, sobretudo, deve ser reservada à lei a definição das sanções que hão de punir os abusos no exercício dos direitos (...) as sanções em que pode incidir somente podem estar definidas em lei — insista-se — adotada pelo Poder Legislativo (...)” — g.n.

E enfatiza o autor: *“Tal lei — sublinha-se — deve ser a lei formal, editada pelo Poder Legislativo. Mesmo postos de parte os argumentos da doutrina, a reserva à lei formal pragmaticamente se justifica.”*

6.3 O RDPMAL face à Constituição Federal de 1988.

Ademais, como se infere do Art. 35 caput e seus §§ 1º e 2º, da lei ut supra, as transgressões especificadas e estabelecidas nas normas para aplicação e amplitude das punições, dentre elas as detenções e prisões — portanto medidas restritivas de direito (do direito inalienável à liberdade de locomoção) —, que, em sendo assim, não poderiam, nem deveriam ser previstas em atos inferiores à Lei, atos infralegais (decretos, portaria, resoluções, etc.), consoante já asseverado supra, mormente por tratar-se de direitos e garantias individuais, pelo que, desde logo, se antolha afrontar aos prescritores normativos constitucional (Art. 5º, II c/c. Art. 68, § 1º, II, da CF/88); — de lembrar que a Constituição Federal é de 05 de outubro de 1988, posterior ao regulamento disciplinar, e que a lei (EPMAL) é posterior ao RDPMAL e à própria Constituição Federal, logo não poderia ter cometido tal deslize — diga-se assim.

Demais disso, o RDPMAL, além de não “especificar” as transgressões — posto que especificar é dar a espécie do gênero, é definir e tipificar os atos e fatos e, concomitantemente, estabelecer o grau de sanção e a sanção aplicável a cada tipo específico de falta disciplinar —, não estabelece as normas para aplicação e amplitude das sanções, consoante assevera a lei (EPMAL) a que se destinaria regulamentar, complementar, subsidiar e tornar exeqüível sua aplicabilidade, porquanto, em nenhum dispositivo do RDPMAL — supondo-se em vigor —, estão asseguradas as garantias constitucionais do due process of law

(devido processo legal), do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, pelo que, nesse sentido, se nos afigura não “recepção” pela Constituição Federal.

Aliás, pelo que se pode entender, não é a Lex Magna que deve recepção a norma infraconstitucional. Contrário sensu, esta é que deve se conformar e se adequar a Lex Magna, pena de inversão do princípio de direito da Hierarquia das Normas Jurídicas. É o “menor” que deve obediência ao “maior”.

Se é assim e assim é, senão bastantes os argumentos suso adscritos, ainda assim, não é despiciendo trazer a lume alguns dispositivos do inquinado diploma legal “sub examine”, senão veja-se:

“Art. 11 — Todo policial-militar que tiver conhecimento de um fato contrário à disciplina deverá participar ao seu chefe imediato por escrito ou verbalmente. Neste último caso, deve confirmar a participação, por escrito, no prazo máximo de 48 horas.

§ 1º ...

§ 2º — Quando, para a preservação da disciplina e do decoro da Corporação, a ocorrência exigir uma pronta intervenção mesmo sem possuir ascendência funcional sobre o transgressor, a autoridade policial-militar de maior antigüidade que presenciar ou tiver conhecimento do fato deverá tomar medidas imediatas e enérgicas providências, inclusive, prendê-lo “em nome da autoridade competente” dando ciência a esta, pelo meio mais rápido, da ocorrência e das providências em seu nome tomados.”

§ 3º ...

§ 4º — A autoridade, a quem a parte disciplinar é dirigida, deve dar a solução no prazo máximo de quatro

dias úteis podendo se necessário ouvir as pessoas envolvidas obedecidas as demais prescrições regulamentares. Na impossibilidade de solucioná-la neste prazo o seu motivo deverá ser necessariamente publicado em boletim e neste caso, o prazo poderá ser até 20 dias.

§ 5º ... (sic) — g.n.;

Infere-se, portanto, do preceito ut supra e dos grifos, a flagrante inconstitucionalidade, ilegalidade e abuso de poder, onde infrator poderá passar até 20 dias ou mais aguardando uma “solução”. Logo, espeziñados o devido processo legal, a apuração regular da falta, o contraditório e a ampla defesa. É o “Império da verdade sabida” que prevalece, o qual foi amplamente revogado pela atual Carta Política e proscrito do nosso ordenamento jurídico.

Veja-se, então, as definições de detenção, prisão, local de cumprimento destas, etc., no “diploma legal” sub censura:

“Art. 26 — Detenção — Consiste no cerceamento da liberdade do punido, o qual deve permanecer no local que lhe for determinado, normalmente o quartel, sem que fique, no entanto, confinado.

§ 1º — o detido comparece a todos os atos de instrução e serviço.

§ 2º — Em casos especiais, a critério da autoridade que aplicou punição, o oficial ou aspirante o oficial pode ficar detido em sua residência.

Art. 27 — Prisão — consiste no confinamento do punido em local próprio e designado para tal.

§ 1º — Os policiais-militares dos diferentes círculos de oficiais e praças estabelecidos no Estatuto dos Policiais Militares não poderão ficar presos no mesmo compartimento.

§ 2º — São lugares de prisão:

— para oficial — Aspirante a Oficial — determinado pelo comandante do quartelamento;

— para subtenente — sargento — compartimento denominado “prisão de subtenente e sargento”;

— para as demais praças — compartimento fechado denominado “xadrez”.

§ 3º...”-

Art. 28 — A prisão deve ser cumprida sem prejuízo de instrução e dos serviços internos. Quando for com prejuízo, esta condição deve ser declarada em Boletim.

parágrafo único — O punido fará suas refeições no refeitório da OPM, a não ser que o comandante determine o contrário.

Art. 30 — O recolhimento de qualquer transgressor à prisão, sem nota de punição publicada em Boletim Interno da OPM, só poderá ocorrer por ordem das autoridades nos itens n.º I, II, III e IV do Art. 10.” — ressalte-se aqui, que, respectivamente, essas autoridades são: I — o governador; II — o Cmt. geral; III — o Ch. EMG, Cmt. do CPI, Cmt. de Policiamento de área, Diretos de órgãos de Direção Setorial (sic) e, IV — o subchefe do EMG, Ajd geral e comandante de OPM.

Parágrafo Único — omissis.

Art. 38 — O início do cumprimento da punição disciplinar deve ocorrer com a distribuição do Boletim da OPM que publica a aplicação da punição.

§ 1º — o tempo de detenção ou prisão, antes da respectiva publicação em BI, não deve ultrapassar de 72 horas.”

§ 2º — ...” — g.n.

Depreende-se, pois, dos dispositivos sub oculis, sem diatribes ou meros estutilóquios, que, inegavelmente, há o cerceamento da liberdade de

locomoção do cidadão PM, guindado ao qualificativo de transgressor mediante detenção e/ou prisão, pela simples vontade, livre alvedrio e talante das “autoridades” descritas acima.

E o que é mais grave: depende tão só e simplesmente de sua “discricionariedade” de autoridade e de “ordem” à viva-voz, oral e verbalmente, antes mesmo da publicidade do ato punitivo, ou seja, antes da edição da sanção disciplinar, cuja dar-se-á até 72 horas (três dias) de confinamento.

Vale dizer: o PM ficará preso ou detido por 72 horas, sem lhe ser oportunizada a apuração regular da falta, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, e, mais ainda, sem sequer saber de que está sendo acusado ou de saber que “falta” cometeu. Exsurge, portanto, a ILEGALIDADE E O ABUSO DE PODER — pressupostos do habeas corpus et mandamus —, não há negar!

Demais disso, infere-se ainda o conflito entre os dispositivos (Art. 30 e 38), a desigualdade de tratamento e de aplicação da sanção, com privilégios de uns sobre os outros (Art. 26, §§ 1º e 2º; 27, §§ 1º e 2º e 28), e até mesmo a possibilidade de o punido não fazer suas refeições, não se alimentar, caso assim decida e determine o comandante (Art. 28. parágrafo único), que, inclusive, determinará o “local adequado de confinamento do punido”(Art. 27 caput e §§ 1º e 2º.). Ora, assim, há de perquirir-se: Onde a legalidade e a isonomia? Onde os direitos-garantias do cidadão PM? Há discricionariedade sem limites legais? O quê fazer para proteger-se dessas “sanções disciplinares”? São elas legais ou ilegais? Até que podem ser admitidas como legais; mas com certeza ilegítimas!

7. Controle Jurisdicional das Sanções Disciplinares – Atos Administrativos Ilegais.

Mencionado que foi acima, quando discorreu-se sobre o princípio da igualdade, que o Poder Constituinte, constituído de representantes do povo brasileiro, insculpiu no Preâmbulo da Carta Política Cidadã, instituindo no País um novel Estado de Direito - Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar, garantir e manter a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza ou qualquer discriminação, como um dos valores supremos da sociedade, inaugurou uma nova ordem jurídica.

A Constituição atual como E.C. n.º 1 de 69, como a constituição de 67, como a de 46, a de 37, a de 39, a de 1891, não disseram “Todos os brasileiros são iguais perante a Lei”, mas “todos são iguais.” Logo, “Todos os seres humanos”, “Todos os homens e mulheres”, todos os brasileiros em pé de igualdade, são iguais “perante a Lei”, por quê? Porque os homens nascem livres e iguais em direitos. “As distinções sociais não podem ser baseadas a não ser na utilidade comum (Art. 1º das declarações do direito do homem e do cidadão, 3 de Setembro de 1791)” [1].

E, mais ainda, ao lado da igualdade está a liberdade do homem, que consiste em “poder fazer tudo aquilo que não prejudicar a outrem”, como por exemplo, o “exercício dos direitos naturais de cada homem, que tem por limites apenas aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos,” [2]os quais só podem ser limitados e determinados por lei, é a ilação do Art. 4º da Declaração

dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Constituinte Francesa, de 3 de Setembro de 1791.

E, no dizer de Cretella Júnior, se a liberdade de ir e vir for tolhida ou ameaçada, a Constituição assegura os meios ou instrumentos processuais, como o habeas corpus, para que, de imediato, se suspenda a violação ou a ameaça da violação. Se ferido direito certo e líquido à prática de quaisquer dos direitos concernente à liberdade (de pensamento, de reunião, de manifestação do pensamento, etc.), a CF/88 assegura o uso do mandamus — Mandado de Segurança —, para a manutenção da inviolabilidade, garantida por preceptivo claro e expresso.

Dessarte, em sendo Estado Democrático de Direito (Estado de Direito), neste, de certo, há de prevalecer o princípio-mor da legalidade e dos demais princípios retores da Administração Pública (Art. 37 da CF), onde o Poder Público Estatal submete-se, numa relação de não-contradição, às normas jurídicas do Direito Positivo, mais ainda, há, pois, uma relação de subsunção às leis, às normas jurídicas.

Em suma: “Estado de Direito” — é Estado subordinado a sua própria ordem jurídica, respeitador dos direitos humanos.” [3] Esta subordinação do Estado à lei, no entender de Florivaldo Dutra de Araújo, há de ser “compreendida não como simples construção formal e abstrata, mas como expressão de Direito, para que o ideário de justiça se realize na vida concreta” [4].

Assim, com apoio em B. de Mello, continua o escólio do mestre acima citado,

“|...| nas relações jurídicas em que comparece a Administração Pública, esta só pode fazer aquilo que a

LEI DETERMINA. Não basta, pois, que entre os atos e a lei haja simples relação de não contradição, como no direito privado. Mais que isso, há que se observar uma subsunção completa do comportamento da Autoridade pública à Lei” [5].

Seguindo-se, pois, os ensinamentos do preclaro publicista citado acima, ao referir-se a Hans Kelsen, autor da doutrina positivista mais “pura” do direito, que, “teve também de levar em consideração esses fatores (sociais e revolucionários). Apenas querendo ser coerente com sua “pureza”, levando em conta as mediações sociais, “admitiu então que: O princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade. (1979. p. 292).” [6]

Tanto para Hans Kelsen, como para uma gama enorme de autores do Direito Administrativo, a expressão “legitimidade” é usada com o significado de respeito ao direito positivo, ou seja, como sinônimo de “legalidade”. No entanto, é imprescindível distinguí-los. Legalidade, quer significar consoante às leis e normas de Direito positivo. Legitimidade, significaria aquilo que existe sobre o fundamento em o título justo. Daí, concluir José Afonso da Silva:

“|...| o princípio da legalidade de um Estado Democrático de direito só é tal quando a ordem jurídica emana de um poder legítimo. Fora disso, teremos possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização de um princípio da legalidade.”(1987. p. 570). [7]

Infere-se, portanto, que as idéias de legitimidade, justiça e eqüidade são induvidosa e

inquestionavelmente, condicionantes ou pressupostos da legalidade, posto que, o Direito como fenômeno social, precisa ser visto e entendido desde as relações sociais concretas, onde ele nasce e tem aplicação. Por isso que, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 — hoje expressamente reconhecida e inserida no Direito positivo brasileiro com força constitucional, ex vi do Art. 5º § 2º da CF/88 ao estabelecer e consagrar que:

“|...| No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido conhecimento e respeito dos direitos e liberdade de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem — estar de uma sociedade democrática.” (Art. XXIX,2).

E, justamente, com o fito de assegurar e garantir o exercício desses pressupostos (legitimidade, justiça e eqüidade) da legalidade e dela mesma, é que a nossa Carta Política atual estabelece os meios aptos a garantir os direitos dos administrados diante do Poder Público, sendo uns de maior conhecimento e divulgação, aí se destacando o direito de petição, os recursos hierárquicos e os instrumentos de natureza jurisdicional.

7.1. Writs constitucionais — garantias de controle.

Resta claro, portanto, que apreciação é revisão, controle, contraste. Assim, cabe ao Poder Judiciário, no policiamento e fiscalização da legalidade, apreciar mediante provocação do interessado, a ameaça ou a lesão de direito ocorrida. Se se tratar de direito líquido e

certo, é cabível o mandamus. Se essa lesão for dirigida à liberdade de locomoção — direito de ir, ficar e vir —, cabível é o Habeas Corpus.

E, sobre o mister, veja-se o escólio de José Cretella Júnior.

“Ao lado do Habeas Corpus, o mandado de segurança ergue-se como verdadeiro direito subjetivo público constitucional, cujo titular é não só o administrado, cidadão ou funcionário, como também a pessoa jurídica, pública ou privada, e até em certos casos ‘quem quer que, mesmo destituído de personalidade jurídica, tenha capacidade para ser parte em juízo, por ter capacidade judiciária(...)a responsabilidade do Estado, a quem cabe a tutela do direito, e o repúdio a toda vis inquietativa atentatória ao equilíbrio que deve presidir às relações hominis ad hominem, na sociedade.’” E acrescenta ainda mais, “O ato administrativo lesivo de direitos outorga ao lesado o direito subjetivo público de ir a juízo e exigir do Estado o cumprimento de prestação que lhe devolva a situação existente antes da edição do ato” [1], vale dizer: antes da lesão ao direito.

Decorre, pois, se o Estado é tutor de Direito, submetido que é, e sempre deve ser, à máxima jurídica suporta a lei que fizeste (patere legem quam fecisti), expressão do princípio da legalidade, qualquer ato do poder público que atente contra direito do cidadão, funcionário, particular e do cidadão PM, é passível de censura jurisdicional, tendente à volta do status quo ante, interrompido ou ameaçado de interromper-se pela medida coatora (= ato administrativo).

Assim, verificada a ilegalidade ou o abuso de poder, o poder judiciário, mediante o juízo a quo ou ad

quem, a depender do caso, expede ordem de soltura, se o paciente estiver preso, ou lhe fornecerá salvo-conduto assinado, caso a ordem tenha sido concedida, para evitar ameaça de violência ou coação ilegal.

E o primeiro é o habeas corpus, de emprego amplíssimo, no início, até que em 1934, por via constitucional, é criado o segundo writ, o mandado de segurança, fundado e influenciado nos direitos do Common Law e também no direito mexicano, conhecido por juízo de amparo, ficando então, o habeas corpus restrito à proteção da liberdade de ir, vir e ficar e o mandado de segurança à proteção dos demais direitos líquidos e certos, dos administrados e dos cidadãos em geral. Ademais, a Constituição de 88 conserva-os e inova, criando o habeas-data e o mandado de injunção; mas tratar-se-á apenas dos dois primeiros.

Veja-se, então, dando seguimento ao controle jurisdicional do ato administrativo ilegal ou arbitrário, mormente se se tratar de ato constritor do direito inalienável de ir e vir, i.e., do direito de liberdade.

7.2. Controle jurisdicional do ato administrativo ilegal

Sendo o Estado o tutor do Direito, submetido pois, à máxima “suporta a lei que fizeste,” [1] expressão que reflete o Princípio da legalidade, qualquer ato do poder público que atente contra direito do cidadão, funcionário ou particular, é passível de censura jurisdicional, tendente à volta ao status quo ante, interrompido ou ameaçado de interromper-se pela medida coatora.

O controle jurisdicional, no lapidar entender de ilustres publicistas da feitura de Marino Pazzaglini Filho, et alii [2] — in ‘Improbidade Administrativa’ — aspectos

jurídicos da defesa do patrimônio público’,

“atento às garantias constitucionais segundo as quais nenhuma pessoa poderá ser paciente de condenação ou restrição de direitos sem o devido processo legal perante o juiz natural.”

O controle jurisdicional não acontece, pois, espontaneamente. É mediato, dependente de provocação, nos termos da lei instrumental civil (Art. 2º do CPC) e incide diretamente sobre a legalidade da atividade administrativa questionada.

A Justicialidade é precisamente o controle judicial dos atos praticados pelo Poder Público, militando ao lado da legalidade e da igualdade, como seu sucedâneo operacional.

No Brasil, funciona o sistema de jurisdição única ou exclusiva, alicerçada no Art. 5º, inciso XXXV da C.F., ao dispor que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Assim sendo, todas as eventuais incursões indevidas nos bens públicos deverão ser coibidas e punidas sob a égide do devido processo legal, mediante exercício do direito de ação.

Assim, no luminar publicista Cretella Júnior [3] , quando a atividade da Administração lesa interesse, cabe ao prejudicado a faculdade e iniciativa de impugná-la, na via administrativa, fundada na eqüidade, justiça, razoabilidade, ou outra razão qualquer. Se a pretensão do interessado coincidir com o da Administração, poderá esta atendê-lo, ao lhe ser deferido o pleito em despacho aos vários recursos de que possa utilizar-se. Porém, se exaurida as várias esferas e não atendido haverá de

conformar-se, posto que o interesse é desprotegido da competente norma jurídica, — vale salientar que este não interessa ao objeto desse estudo.

Entrementes, revestindo-se o ato administrativo de ilegalidade ou de abuso de poder, a lesão atinge direito — não interesse, apenas — causando danos ao destinatário alcançado pela medida, o que lhe faculta o acionamento de todos os meios que o Estado de Direito lhe assegura, quer seja na esfera administrativa (recursos hierárquicos) quer seja na via judicial, mediante os remédios processuais comuns e especiais (extraordinários). Nesta última, o controle jurisdicional do Ato da Administração resolverá, em definitivo a pendência, dando razão ao interessado ou ao poder público.

Via de regra, havendo ilegalidade ou abuso de poder no Ato Administrativo, a própria Administração, motu proprio, fundada na autotutela, poderá restabelecer o equilíbrio violado, e, quando provocada pelo interessado, deverá, consoante se viu do teor da Súmula do STF n.º. 473. Contrario sensu, o interessado violado poderá bater às portas do judiciário, que detém o Poder — Dever de coibir o arbítrio havido na ilegalidade ou abuso de poder, para o restabelecimento do status quo ante e consecução dos seus direitos.

Dessarte, o controle jurisdicional da Administração está aberto ao Poder Judiciário, sempre que qualquer ação ou medida de autoridade administrativa, eivada de ilegalidade ou abuso de poder, traga ou ameace trazer prejuízos ao administrado, mormente num Estado de Direito como o nosso estribado no princípio da legalidade.

Logo, se o ato administrativo, com pecha de

ilegalidade ou de abuso de poder, traz prejuízos a alguém — cidadão, funcionário ou servidor — permitindo-lhe a impugnação, perante a Administração ou perante o Poder Judiciário, porquanto a CF/88 e as leis do Brasil lhes oferecem inúmeras garantias de proteção contra tal e tais lesões a direito proveniente do Estado, e, consoante o affair, recorrer ao habeas corpus, interditos, à ação ordinária, e ao mandamus, etc., cabendo ao Poder Judiciário decidir a lide respectiva.

Se tolher ou ameaçar tolher a liberdade de locomoção, o habeas corpus é o remédio processual específico de que alguém pode lançar mão, cuja liberdade física se encontre em risco ou violada. Examinando-se este sob todos os aspectos formais e substanciais, havendo ilegalidade ou abuso de poder, imperiosa é a concessão do writ do habeas corpus, expedindo-se ordem de soltura (alvará) ou salvo-conduto, conforme tenha sido para evitar a violência (ameaça) ou coação ilegal.

No direito brasileiro, a despeito doutros instrumentos de controle jurisdicional dos atos administrativos, ao desiderato desta monografia, interessa-nos, apenas o habeas corpus e o mandamus, mormente como sendo instrumento ou writ de exercício eficiente e eficaz de controle das punições disciplinares assinaladas de vícios, erros, formal e/ou material, por conseguinte, inquinado de ilegalidade e abuso de poder.

Ademais, a própria Constituição de 1988, estabelece de forma clara e hialina, que “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.” (Art. 5º, XXXV, da CF/88), fazendo exsurgir, portanto, o controle jurisdicional dos Atos da Administração e do Poder Público.

O preceito sub examine torna, portanto, nula e não executável, toda e qualquer disposição legal que exclua do pronunciamento judicial de certas e determinadas situações jurídicas, mormente e principalmente, aquelas que envolvem a proteção dos direitos individuais. Ou seja, caso em que ocorre, quando se pretende alijar e excluir tal direito do PM de postular em juízo e perante este os direitos assegurados a todos os outros cidadãos, in casu, o direito ao habeas corpus et mandamus quando derivar de prisão ilegal ou abuso de poder, de autoridade ou de excesso deste na sanção punitiva.

Nesse sentido, Seabra Fagundes (cf. o Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 5º ed. Editora Forense, 1979) , assinala:

“|...| que manifestar-se o Judiciário, no exame do conteúdo intrínseco da lei, cabendo-lhe declará-la lesiva ao princípio da igualdade, privá-lo, em suma, do poder de ‘rechaçar as leis arbitrárias, pela violação do princípio da isonomia’ (...) “todos são iguais perante a lei. (...) ‘Aqui lei é a lei ordinária em sentido amplo, ou seja, ‘toda lei que não se confunda com dispositivo constitucional, sendo esta lei constitucional’. [4] ” A regra ou princípio da inarredabilidade ou inafastabilidade do controle jurisdicional do ato ilegal, ou eivado de abuso de poder.

O preceito em comento explicita não somente que a “a lei ordinária não poderá excluir da apreciação judicial as próprias leis, ou quaisquer outras regras jurídicas da Constituição” como também indica ou estatui que “a lei ordinária, lato sensu, não pode excluir da apreciação judicial os direitos individuais que se fundam em leis ordinárias”(cf. Pontes de Miranda, “Comentários”, 3º ed., 1987, Rio de Janeiro, Ed.

Forense, v.V. p. 105) [5] , porquanto lesão (ou ameaça de lesão) é sempre infração a texto de lei. Logo, “nenhuma lesão a texto de lei poderá ser excluída de apreciação judicial ou jurisdicional.”

7.3. Ilegalidade e abuso de poder (pressupostos do mandamus et habeas corpus)

Como visto de ver, do retrodito parágrafo e da ilação do inciso LXVIII, do Art. 5º da CF/88, a concessão do habeas corpus dar-se-á sempre (sem postergação) que houver a incidência dos seus pressupostos validantes e eficazes, quais sejam: a) ilegalidade, e; b) abuso de poder; porquanto havendo cerceamento, ou lesão, violação ou ameaça ao direito inalienável da liberdade de locomoção (ir, ficar, permanecer, estar e vir) de alguém (qualquer pessoa física ou ser humano, portanto) dar-se-á o remedium juris ou habeas corpus, desde que, óbvia e evidentemente, haja ou possa haver ilegalidade do ato constritor ou abuso de poder dele dimanado. Esta, pois, é a regra assegurada naquele preceptivo normativo constitucional, não há negar!

Havendo ilegalidade ou abuso de poder, que lese ou ameace violar o direito de liberdade de locomoção de alguém (qualquer pessoa humana), é imperiosa a concessão do heróico e constitucional remedium juris do habeas corpus. É, pois, regra e princípio de direito fundamental, que garante e assegura a todos, sem exceção, sua concessão. Inadmissível e inaceitável, portanto, qualquer exceção ao direito-garantia suso adscrito.

Resta claro que a ilegalidade e o abuso de poder constituem-se pressupostos do Habeas Corpus. Assim sendo, reprime-se o ilegal e o abusivo. Vejamos, pois, o

que vem a ser e ilegalidade, posto que o “responsável pela “ilegalidade” ou “abuso de poder” — arbítrio — é a autoridade, a autoridade coatora, id. est., a “autoridade pública” ou “agente de pessoa jurídica”, no exercício de atribuições do poder público.” [1]

7.3.1. Ilegalidade

Assim, como ensina o luminar José Cretella Júnior [1] , se o ato de autoridade fere direito líquido e certo de alguém, então, configurado está o arbítrio, que consiste na lesão frontal a texto de lei. “O ato arbitrário, é ato ilegal.” E continua o mestre, em sua ótica: “ilegalidade é gênero de que o abuso de poder é espécie”.

No entanto, pode haver ilegalidade em que não figure, necessariamente, o abuso de poder, exemplitia gratia, nos casos de incompetência de agente, porquanto seu ato fere direito líquido e certo, mas não há abuso de poder, posto que incompetente para fazê-lo, i.e., editar o ato. Contudo, não há um só caso de abuso de poder que não se configure em ilegalidade. Conclui o festejado publicista:

“Em, suma ilegalidade ‘em razão do agente’ ou em ‘razão da forma’ pode dar origem a lesão de direito líquido e certo e, neste caso, não ocorre o denominado abuso de poder. Por isso, a lei foi sábia em separar as duas figuras: a da ilegalidade e a do abuso de poder.

Portanto, sábio o direito brasileiro, e agora a nossa Carta Maior, como se encontra no Art. 5º, LXIX, que, ao tratar do direito — garantia do Mandado de Segurança, sempre distinguiu a ilegalidade e o abuso de poder. Assim, reprime-se o ilegal e o abusivo, bem como também se condena o ato ilegítimo, quanto a execução de ato válido ou ilegal, com abuso de Poder.

E, nesse sentido, outra não é a lição de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (Atos administrativos) [2] , que assevera “o problema, na sua origem, é constitucional, porque a lei maior, ao mesmo tempo que fala de ilegalidade, condena igualmente o abuso de poder.” A ilegalidade, portanto, diz respeito ao ato em si mesmo. O ato ilegal é aquele que não se conforma com a lei que o autoriza, posto que há um flagrante descompasso e desarmonia entre um (ato) e outra (lei), enquanto o abuso de poder diz respeito à execução do ato. Esta execução é que é viciada ou irregular, para caracterizar o abuso de poder.

7.3.2. Abuso de Poder

Este, como consoante demonstrado acima, é espécie do gênero ilegalidade. É, pois, no dizer do luminar José Cretella Júnior [1] , “o exercício irregular do poder. Usurpa poder quem, sem o ter, procede como se o tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente exerce poder que compete a outrem, usurpa; a autoridade não usurpa.”

Para o festejado Diógenes Gasparini [2] , o uso anormal do poder é circunstância que torna ilegal, total ou parcialmente, o ato administrativo ou irregular sua execução. Na primeira hipótese, há desvio de finalidade ou excesso de poder. Veja-se, pois, abaixo seu quadro sinóptico:

uso anormal do poder torna	1) Ilegal o ato a) parcial — excesso de poder b) total — desvio de finalidade
	2) Irregular a execução do ato — abuso de poder

Entende o autor citado que as expressões (desvio de finalidade, excesso de poder e abuso de poder), a par de outras (desvio de poder, abuso de direito e abuso de autoridade) referidas e citadas por outros autores especializados, quase sempre indicam e denotam a mesma realidade, ou seja, o “uso anormal do poder”, ou como afirma Celso Antonio Bandeira de Melo — citado pelo autor acima — “um defeito do ato administrativo em face da legalidade,” que no nosso entendimento, portanto, vicia o ato, do qual não pode dimanar nenhum direito ou eficácia. — Vide, pois, nesse sentido, para um melhor e mais aprofundado estudo sobre o tema, a obra do autor suso citado e bem como também Hely Lopes Meireles em suso obra citado.

Abuso de poder, para o citado autor, é toda a ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais. Acrescentando que o remédio contra o abuso de poder cabe o mandado de segurança, posto que a nossa Carta Política, no inciso LXIX, Art. 5º, prescreve, litteris: “Conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.” A medida pode ser preventiva quando se predispõe a evitar o abuso de poder, ou suspensiva quando preordenada a obstar à continuidade do procedimento abusivo do agente administrativo.

Para Hely Lopes Meirelles [3] , o abuso de poder é sempre uma ilegalidade invalidadora do ato que o

contém. E acrescenta: entre nós, o abuso de poder tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e para seu combate o constituinte armou-nos com o remédio heróico do mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade (Constituição da República, Art. 5º, LXIX, e Lei 1.533/51) e assegurou a toda pessoa o direito de representação contra abuso de autoridade (Art. 5º, XXXIV, a), complementando esse sistema de proteção contra os excessos de poder com a Lei 4.898, de 30.11.1964, que pune criminalmente esses mesmos abusos de autoridade.

Diógenes Gasparini, sobre o mister, acrescenta ainda que: “não se exclui, e em certas situações é a medida mais indicada, o Habeas Corpus para inibir o abuso de poder”, que até admite a responsabilidade do agente por atos de abuso de poder, se a execução do ato causar dano ou prejuízo para o ofendido, cabe ao Estado (União, Estado federado ou Município) restaurar o patrimônio diminuído. Fundado no § 6º, Art. 37 da CF/88, que é regra geral da responsabilidade objetiva, diz ser uma obrigatoriedade do Estado de indenizar o prejudicado ou lesado se, o dano advier do ato de funcionários, nessa qualidade.

De mais a mais, ainda sobre o Art. 5º, LXVIII, da Lei Maior, não é despiciendo trazer a lume o lapidar escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, [4] ao tratar do habeas corpus na atual Carta Política, discorrendo ponto a ponto, ao asseverar que “o habeas corpus protege exclusivamente a liberdade de locomoção: o direito de ir e vir” — e ficar. “Entende-se — acrescenta o autor — que todas as pessoas físicas têm o direito de impetrar o habeas corpus, em favor de qualquer pessoa

física, seja o impetrante ou não.”

Ressaltando que “justifica a impetração a violação, ou ameaça, do direito de locomoção. Portanto, cabe o habeas corpus como medida preventiva para impedir cerceamento da liberdade de ir e vir.” E mais:

“|...| este cerceamento, porém, para ensejar o Habeas Corpus deve ser ilegal. O texto é enfático e didático, mas não reclama mas do que isso. De fato, fala em ilegalidade, ou abuso de poder, mas este não passa de uma forma — ainda que sutil — de ilegalidade. Igualmente, havendo ilegalidade, pouco importa que haja violência ou não, pois, sempre haverá coação (ilegal) (...) o Habeas Corpus é uma ordem judicial, ordem para que se deixe de cercear, para que não se ameace cercear a liberdade de ir e vir de determinado indivíduo. Ordem que pode ser dirigida a quem que restrinja ILEGALMENTE a locomoção alheia.” — gn.

7.4. Do mandamus — mandado de segurança.

O mandado de segurança, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho [1] , é uma criação brasileira. “Foi ele instituído pela Constituição de 1934, Art. 113, ignorado pela Carta de 1937, mas restaurado à dignidade Constitucional pela Lei Fundamental de 1946 e nela mantida pela de 1967 e pela atual.”

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contempla-nos com duas formas de mandamus — mandado de segurança: a) o individual (Art. 5º., LXIX), e, do mesmo modo que o previram Constituições anteriores, desde a Carta Constitucional de 1934, como dito, decorrente do juicio de amparo, com o fito de assegurar e proteger direito subjetivo individual líquido e

certo; b) o mandado de segurança coletivo (Art. 5º. LXX). Entretanto, ao desiderato desta tese tratar-se-á apenas do primeiro, garantia individual, quanto ao segundo, garantia coletiva. [2]

Dispõe a CF/88 no Art. 5º. LXIX, litteris:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘Habeas Corpus’ ou ‘Habeas data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Decorre, pois, do dispositivo suso transcrito que o impetrante há de ser o próprio titular do direito, que, por sua vez, o impetrado deve estar investido de atribuições do poder público. O texto explicita claramente ponto sobre o qual muito se controverteu, ou seja, “se o pólo passivo do mandado de segurança poderia ser ocupado por quem não fosse autoridade pública, mas exercesse atribuição desta. Como se vê, a última tese é que prevaleceu.” [3]

O fundamento validante do mandamus, i.e., os seus pressupostos jurídicos ou requisitos de admissibilidade têm fulcro, como no caso do habeas corpus, na ilegalidade lato sensu de que é espécie o abuso de poder. Vale dizer: reside na ilegalidade em sentido amplo, que compreende o abuso de poder, o fundamento do mandado de segurança.

O mandado de segurança serve para:

“|...| proteger todo e qualquer direito líquido e certo, constitucional ou não, outro que não o de locomoção

e o de acesso ou correção de dados pessoais. Com efeito, o seu campo é definido por exclusão: onde não cabe habeas corpus, ou habeas data cabe Mandado de Segurança.” [4]

Pressupõe, conforme visto acima, o mandado de segurança ser líquido e certo o direito violado. “Direito certo e líquido”, ensina Pontes de Miranda, “é aquele que ... não precisa ser aclarado com exame de provas de dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso.” [5]

Dessarte, ainda no sentido da proteção ao direito líquido e certo, vejamos o escólio de José Cretella Júnior [6] — “Para proteger” — diz o texto constitucional de 1988. Proteger o quê? Assim como o habeas corpus protege, tão-só, a liberdade de locomoção, o mandado de segurança, que entre nós é oriundo do habeas corpus, protege o direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato arbitrário (ilegalidade ou abuso de poder) da autoridade, desde que não protegido por habeas corpus e pelo habeas-data. Se não ocorrer ato de autoridade que incida de modo direto na liberdade de ir e vir, configurando nítida ‘prisão’, ou ‘detenção’, nenhum atentado ocorreu contra locomoção livre da pessoa física. “Se o constrangimento, por exemplo, for limitado exclusivamente ao serviço de identificação criminal, é isso que a Constituição veda. E, no caso, a ofensa é ao direito de não ser identificado”.

E continua o ilustre autor:

“|...| O mandado de segurança é ação documental dirigida a finalidade bem clara: a proteção de direito líquido e certo, ameaçado ou violado. Se o indivíduo tem direito líquido e certo, garantido por

expressa regra jurídica constitucional a não sofrer ou a não ser ameaçado a sofrer IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL, caso já tenha sido identificado civilmente (Art. 5º, LVIII), porque ‘ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º. LVII), é o MANDADO DE SEGURANÇA — não o habeas corpus — o instrumento para coibir o abuso de autoridade” (sic) grifos do autor.

Deflui, pois, do escólio suso adscrito que, para o cabimento do mandamus, prescinde que a ilegalidade ou abuso de poder do Ato (Administrativo e/ou fato) lesione ou ameace lesionar outro direito que não o de locomoção ou de retificação de dado. Bem por isso, o mandamus não se presta, em nosso entender, a coibir o ato administrativo punitivo concernente às punições de prisão e/ou detenção — espécies do gênero punições disciplinares, ainda em voga hoje em dia na PMAL —, para estas o remedium é o heróico habeas corpus. O mandamus presta-se, assim, a coibir outras espécies de sanções disciplinares (advertência, repreensão verbal, repreensão escrita, licenciamento ex-officio a bem da disciplina, exclusão a bem da disciplina.), espécies de ATOS ADMINISTRATIVOS.

Desse modo, sendo as punições disciplinares espécies de atos administrativos, não é despiciendo trazer à tona que o Art. 5º, III, da Lei Fed. n.º 1533/51 — Lei de mandado de segurança, estatui in verbis:

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

I. do ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução;

II. de ato disciplinar, salvo quando praticado por

autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.” — g.n.

Aliás, a despeito de que os atos administrativos, em regra, são os que mais ensejam lesões a direitos individuais e coletivos; portanto, sujeitos à impetração do mandamus, muitos publicistas e doutrinadores, pátrios defendiam o descabimento do heróico remedium em caso que tais, e dentre eles, o próprio Hely Lopes Meirelles, até render-se aos irrefutáveis argumentos do culto Min. Carlos Mário Velloso, [7]

“|...| apoiado em fundamentado acórdão do TFR [MS 85.850-DF], (...), que considera a restrição da lei incompatível com a amplitude constitucional do mandamus. Realmente, se a Constituição vigente concede a segurança para proteger todo o direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, qualquer que seja a autoridade ofensora (Art. 5º. LXIX), não se legitima a exclusão dos atos disciplinares, que, embora formalmente corretos e expedidos por autoridade competente, PODEM SER ILEGAIS E ABUSIVOS NO MÉRITO, a exigir pronta correção mandamental.” — g.n.

E, ainda nesse sentido, Coqueijo Costa [8] — citado por Paulo Lúcio Nogueira, explica, “cabe mandado de segurança contra ato administrativo executório, de autoridade de qualquer dos três poderes, que violente a esfera jurídica do indivíduo, isto é, que revista uma ilegalidade ou um abuso de poder.”

No entanto, consoante o inciso I do Art. 5º transcrito, que veda cabimento do mandamus contra “ato de que caiba recurso administrativo com efeito

suspensivo, independente de caução”, é de se ver que conflita a norma constitucional, “o que tem provocado controvérsias a respeito da questão pertinente ao cabimento de segurança, quando do ato caiba recurso...” [9] citado; a solução, mais uma vez, surge através do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles [10] , que afirma “Quando a lei veda ... (Art. 5º.I), não está obrigando o particular exaurir a via administrativa, para, após utilizar-se da via judiciária. (...)”

Desse modo, resta claro que é cabível o mandamus nas punições disciplinares (atos administrativos), mormente quanto àquelas não restritivas à liberdade física — liberdade de locomoção, vez que quanto a estas, i.e., as de prisão e detenção, o remedium juris é o heróico habeas corpus, posto que o mandamus protege todo direito líquido e certo não amparado por este e pelo habeas-data. Daí prestar-se àquelas outras sanções disciplinares militares, como vimos de ver acima.

Demais disso, o próprio rito do mandamus não teria o condão de, ab initio et a priori, coibir a lesão a liberdade física do punido e transgressor, que, ainda fosse concedido medida in limine, já teria ficado ou sofrido o constrangimento em sua liberdade, por no mínimo 48 horas, até a expedição da medida liminar; sem contar que a autoridade coatora, após notificada, tem o prazo de 10 dias para, querendo, prestar informações sobre o ato impugnado. Noutras palavras: o mandamus não fulmina de pronto e imediatamente o ato constritor e lesivo à liberdade de ir e vir.

Dessarte, consoante asseverado supra é que entende-se ser o habeas corpus o remedium juris a ser prescrito ao paciente de prisão e/ou detenção eivada de

ilegalidade e/ou abuso de poder e que lesione (ou ameace lesionar) o seu direito universal imprescritível, imposterável e inalienável de liberdade de locomoção, a despeito da exceptio e vedação expressa do § 2º, do Art. 142 da Carta Política da República, como veremos de ver adiante.

7.5. Do Habeas Corpus

O Habeas Corpus é a primeira das garantias processuais extraordinárias que o direito brasileiro admite contra atos abusivos da Administração. “O Habeas Corpus configura uma garantia constitucional voltada à proteção da liberdade individual do direito de ir, vir e ficar. Em outras palavras, protege a liberdade desde que cerceada por ilegalidade ou abuso de poder” [1].

No que se refere à sua legitimidade ativa, o texto constitucional não traz qualquer especificação.

Por outro lado, o artigo 654 do CPP estipula que: “o ‘Habeas Corpus’ poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

Dessarte, qualquer pessoa (mesmo destituída de capacidade postulatória) ou o próprio paciente podem requerê-lo, sendo desnecessário, pois, a intervenção de advogado.

Quanto a sujeição passiva, deve ser ele ajuizado perante a autoridade superior àquela responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

É, pois, indubitosa e inquestionavelmente, o habeas corpus adequado e competente remedium juris heróico e constitucional a ser ministrado e prescrito quando houver cerceamento ou ameaça ao direito

inalienável de liberdade, de locomoção, de ir, vir, estar ou permanecer, de qualquer que seja o cidadão, se, óbvia e evidentemente, estiver sofrendo ou na iminência de sofrer ameaça de prisão e/ou detenção arbitrária ou ilegal, consoante se depreende do inciso LXVIII do Art. 5º da CF/88, in verbis: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Deflui, pois, por ilação lógica, do prescritor normativo suso transcrito, a imperatividade do princípio fundamental garantidor dos direitos e deveres individuais de qualquer pessoa humana (alguém) de sempre — não há condicionantes aqui — lhe ser concedido o habeas corpus, desde que esteja a sofrer ou até mesmo ameaçado de sofrer — iminência de sofrer — a violência ou coação em sua inalienável liberdade de ir, ficar, estar, permanecer e vir, quer seja pela Ilegalidade quer seja por Abuso de Poder. Aliás, nesse sentido, não é despiciendo trazer a lume o escólio de Paulo Dourado Gusmão: “Habeas corpus — medida judicial destinada a proteger a liberdade individual contra prisões arbitrárias. Instituído, em 1679, na Inglaterra” [2] .

Infere-se, pois, que o Habeas corpus é o remédio de que se vale todo aquele, qualquer pessoa, inclusive o cidadão/PM, que já sofreu lesão efetiva do direito público, a liberdade pública de ir, estar e vir, posto que a violação da liberdade produz patente vis inquietativa no cidadão, a tal ponto que se vê impelido a proteger-se com writ preventivo, cujo se opera sempre que alguém se acha ameaçado de sofrer violação ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, e, assim, ao paciente sempre será fornecido ou

concedido o habeas corpus, o salvo-conduto, assinado pelo juiz, para evitar a concretização da ameaça de violência ou coação legal (Art. 660, § 4, do CPP).

Nesse sentido, deflui-se ainda do inciso sub examine, que, havendo ilegalidade ou abuso de poder que faça sofrer ou ameace alguém de sofrer violência ao seu direito inalienável de liberdade, conceder-se-á sempre o remedium juris do habeas corpus. Ressalte-se que o texto diz sempre, e não talvez, ou depende ou poderá. Ademais, saliente-se ainda que, por ilação é destinado a alguém, cuja acepção denota toda e qualquer pessoa, todo ser humano, i.e., sujeito de direito.

De mais a mais, não é despiciendo trazer a lume o escólio do ilustre publicista José Cretella Júnior ao referir-se ao indefinido “ninguém” insculpido na Carta Atual:

“a exceção da Lei Magna de 1824, do Brasil Império, Art. 179, 1º que dizia ‘nenhum cidadão’, as demais mencionam ‘ninguém’, ‘alguém’, ‘qualquer’, “surgem dúvidas, sempre, porque ‘ninguém’, quer dizer ‘nenhuma pessoa’, ‘alguém’ tem o sentido de ‘toda pessoa’, ‘qualquer’ significa ‘qualquer pessoa’. Ora, no mundo jurídico, a pessoa pode ser física ou jurídica e, desse modo, nos vários textos, o intérprete se defronta com esse problema.”(...)mas todos os textos constitucionais posteriores preferiram o indefinido “ninguém” [3].

Este princípio “está ligado às instituições democráticas que eliminaram o arbítrio e condicionaram as limitações à liberdade individual a pressupostos legais que não podem ser renunciados” [4].

Assim, desaparecendo o arbítrio, os direitos

individuais ficam protegidos, mediante exame judicial das reclamações contra os abusos do poder público, porquanto há a prevalência da legalidade ínsita ao que prescreve a nossa Carta Magna: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI”(Art. 5º, II, da CF/88) — grifei. Aqui o indefinido “ninguém” refere-se não apenas ao particular, ao cidadão, como também ao próprio Estado, ao governante, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, que não podem criar obrigações novas, limitando-se a ação dos agentes desses Poderes ao cumprimento da Lei (suporta a lei que fizeste — patere legem quam fecisti); o princípio segundo o qual a Administração também está submetida à LEI.

A expressão “em virtude de lei” consta de todas as demais Cartas Políticas brasileiras e, principalmente, na atual. Lei é tomada aqui em sentido formal, “declaração solene da norma jurídica feita pelo poder competente”. E, esse poder competente, outro não é senão o povo, porquanto “todo poder emana do povo” e em seu nome é e será exercido, haja vista que outorga aos seus legítimos representantes legais (parlamentares) poderes normativos primários para elaboração e promulgação das Leis.

Logo, “ato administrativo, qualquer valor que tenha, ato administrativo de qualquer hierarquia, não pode obrigar ninguém a ‘fazer’ ou ‘deixar de fazer’ alguma coisa”. Do contrário, o texto constitucional teria dito: “em virtude de lei ou ato administrativo” (decreto, regulamento, instrução, circular, portaria, provimento, aviso). Pode ainda o termo lei ser tomado em sentido “material”, ou seja, norma jurídica editada pelos Poderes Judiciário e Legislativo, como os regimentos Internos.

Assim, se “provimento do Juiz Corregedor obrigar ao uso de gravata e a proibição não estiver fundada em lei, ou no Regimento Interno ou em Lei de Organização Judiciária, a proibição é ilegal.” [5] — g.n.

8. HABEAS CORPUS: Concessão versus exceção

8.1. Considerações preliminares e doutrinárias

Nesse sentido, após rebuscada pesquisa e esforço hercúleo, a ilação de doutos e renomados publicistas e juristas, leva-se a crer na admissibilidade do heróico *remedium juris* em casos que tais, a despeito da vedação do § 2º Art. 142 da CF/88 e de uma corrente contrária.

No entanto, dentro do espírito liberal da CF/88 e dos propósitos, objetivos e fundamentos a que se destina o Estado Democrático de Direito, grava erro crasso e incorre em ledor engano aquele que achar ser incabível o *habeas corpus* em caso de punição disciplinar militar (Policia-Militar), consoante tais regulamentos.

O *habeas corpus*, como vimos de ver do bojo desta tese, sem ser nenhuma novidade atual e com alguma variação, de há muito, tem sido tratado nas Constituições brasileiras. A de 1967 dizia:

“dar-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *Habeas Corpus*” (§20, do Art.150, da CF/67). A EC/69 repete a mesma redação no § 20, do Art. 153.

É de se ver que, então, já era feita a ressalva, colocando-se um impedimento para que, nas transgressões disciplinares, não houvesse a possibilidade de aplicação do heróico *remedium juris* constitucional.

Assim, transgressões disciplinares seriam aquelas

resultantes de regulamentos disciplinares, militares ou não. “Incluídas estavam as transgressões disciplinares cometidas por funcionários civis.” [1]

E, consoante já asseverado nesta monografia, na CF/88 esta expressão foi alterada para “punições disciplinares militares” e passou a constar, não mais junto às disposições da regra de garantia do habeas corpus, e sim no Capítulo das Forças Armadas, bem por isso a flagrante imprecisão do Constituinte, pois ora chama de transgressão militar (Art. 5º, LXI) — que é o ato, e ora denomina como punição disciplinar (§ 2º. Art. 142) — que é o resultado desse ato.

Expressa, pois, realmente e de fato, a CF/88 no dispositivo sub examine litteris: “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”(§ 2º Art. 142), o que leva ao intérprete, prima facie, entender o não cabimento do habeas corpus, pelo menos, assim, transparece que a questão estaria definitivamente resolvida, i.e., quando se tratar de punição disciplinar, conforme os RD, no interior das casernas, aplicadas a PM, o conhecido “remédio heróico”, não poderia ser usado em favor do prejudicado ou do assim punido. Entrementes — reitere-se — não é isso que se deve entender.

E por quê insiste-se, reiteradamente, de que tal entendimento não deve prosperar? Por quê é que não se deve interpretar tal preceito de forma literal e isoladamente? Ora, exata e justamente porque a simples leitura do inciso LXVIII, do Art. 5º da CF/88 não permite tal entendimento, ou essa conclusão primeira, haja vista que este dispositivo trata justamente do habeas corpus: “Conceder-se-á Habeas Corpus SEMPRE que ALGUÉM sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou

coação em sua liberdade de locomoção, por ILEGALIDADE ou ABUSO DE PODER.”

Aliás, sobre ilegalidade e abuso de poder, a despeito da farta e exaustiva doutrina colimada no seio desta obra [2] , não é despiciendo ou inoportuno trazer a lume o escólio de TUCCI & TUCCI [3] , — citado por Univaldo Corrêa —, que sobre aquela assim expressa: “desconformidade de atuação ou omissão, do agente do Poder Público, com a lei, qualquer que esta, formalmente considerada, seja”, e sobre este (abuso de poder), diz:

“|...| representa a atividade descognitiva da lei; enquanto a ilegalidade revela ação ou inação ao arrepio desta, com abuso de poder o ato é praticado como se lei não houvesse, vale dizer, como se a autoridade legislasse e criasse uma situação não prevista nem autorizada anteriormente.”

Ademais, sobre ilegalidade, Pontes de Miranda, [4] ao estudar profundamente a figura do Habeas Corpus, assevera: “Não poderia entender senão o que exclusivamente exprime esse vocábulo”, entendendo o abuso de poder como equivalente a excesso de poder, e, arrimado em Pimenta Bueno, define essa expressão: “ato de autoridade que, por mau uso da jurisdição, que a lei lhe conferiu, ordena ou permite o que ela proíbe, ou posterga as condições que a lei mandava observar em seu ato.”

Dando seguimento ao iluminado escólio de Pontes de Miranda, este afirma:

“|...| em qualquer caso de abuso de poder, sofrendo o indivíduo coação ou violência à liberdade de ir, ficar e vir, ESTÁ INDICADO, CONSTITUCIONALMENTE, O USO DO HABEAS CORPUS. Não decorrendo de abuso de

poder, e sim de ato ilegal, que em tanto não orce, mas que, praticado, motive a violência ou coação individual, também SERÁ DADA A ORDEM, COMO PRECEITO IRRETORQUÍVEL DA CONSTITUIÇÃO.” [5] — g.n.

Desse modo, indubitável e inquestionável, pois, que o habeas corpus protege o direito à liberdade de locomoção.

Resta claro, portanto, que cabe o habeas corpus, que pode ser impetrado por qualquer pessoa e em favor de qualquer um, independente da sua nacionalidade, sempre que alguém encontre-se privado de sua liberdade de locomoção, ou seja ameaçado de ver-se privado e tolhido dessa liberdade, por violência ou coação fruto da ilegalidade ou abuso de poder. Dúvidas, portanto, não há! Pode, entretanto, ser preventivo o habeas corpus.

Em qualquer caso, como já visto, é a ilegalidade, lato sensu, da privação ou de sua ameaça que funda o pleito do habeas corpus, porquanto, de fato, o abuso de poder, i.e., o uso abusivo de um poder legítimo, resulta, pois, em uma ilegalidade.

Em síntese, o habeas corpus é, pois, uma ordem judicial para que se deixe de cercear, ou para fazer cessar ameaça à liberdade de ir, ficar, e vir de determinado indivíduo, que deve ser dirigida a quem quer que restrinja ilegalmente a locomoção da pessoa humana. É a lei quem ordena, pois. Não é favor ou caridade. O judiciário tem, pois, o dever de expedir tal ordem, posto que apenas cumpre a lei que houvera sido pelo coator desacatada.

8.2. Inadmissibilidade e admissibilidade de concessão nas punições disciplinares militares ilegais — doutrina.

Como é próprio do direito, há sempre diversas correntes sobre determinados temas, mormente quando se trata de tema inusitado ou polêmico, como in casu, pois, sempre há os negativistas e os positivistas. E, quanto à admissibilidade ou não do habeas corpus em punições disciplinares traz-se a lume as posições de alguns renomados publicistas.

Pinto Ferreira, [1] exemplitia gratia, retrata que “o preceito de que não cabe o habeas corpus em transgressões disciplinares foi retirado do nível constitucional.” É o que se infere, pois, do que este autor expressamente declara: “Os militares estão sujeitos a punições disciplinares contra as quais não cabe Habeas Corpus.” [2] Não percebeu este autor ou, pelo menos, não atentou para o fato de que os constituintes apenas trocaram a sua posição, passando-o para o Art. 142 em que tratam das Forças Armadas.

José Cretella Júnior, [3] parece enveredar pelo mesmo equivocado raciocínio, posto que assim se posiciona: “o habeas corpus é writ concedido a todo aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, mas, ainda assim, admite exceção a esta regra jurídica constitucional ao afirmar: “sofre exceção em relação a punições disciplinares militares, insuscetíveis de serem garantidas por este remedium iuris, ao dispor dos cidadãos civis, em geral.” E por declarar expressa e peremptoriamente: “Exceptuam-se, pois, da proteção pelo habeas corpus, todos os casos em que o constrangimento ou a ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção resultar de punição disciplinar.”

Entrementes, a despeito dessas posições

antagônicas ao nosso entendimento, vejamos, então, a posição doutros doutrinadores e publicistas.

O primeiro deles é Edgar Maia Luz, [4] que, ao comentar o mister na constituição vigente de então (CF/67) aduzia: “A carta ... reproduziu, no Art. 153, § 4º, o princípio fundamental de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer, lesão de direito individual.” E observa: “No entanto, esta mesma carta (...), no mesmo artigo citado, e no seu § 20, in fine, estabelece que ‘nas transgressões disciplinares não caberá Habeas Corpus’.” E, diante destes preceitos comenta: “Estamos, como se infere exegeticamente frente a duas indagações jurídicas: 1º) a lesão de direito referida no §4º e c/c o dispositivo no §20, circunscreve-se às transgressões disciplinares? 2º) o instituto do Habeas Corpus é o único remédio legal e jurídico conferido para a reposição do direito violado? Ele mesmo responde: ‘Ambas indagações podem ser respondidas negativamente’. E explica: “No que tange à inaplicabilidade do habeas corpus para as transgressões disciplinares, isto é pacífico, mas não constitui este remédio jurídico o único para reparação da lesão de direito.”

Evidentemente, pois, como já vimos no capítulo do mandamus, à época, nem este remédio constitucional era admitido (Art. 5º, I e III, da lei 1533/51), o que já foi esclarecido e dirimido pelo Ministro Carlos Mário Velloso, apoiado em fundamentado acórdão do TFR (MS — 85.850 — DF), ao qual renderam-se Hely Lopes Meirelles e toda doutrina e jurisprudência pátria — Mas voltemos ao autor:

“|...| Quando a transgressão disciplinar ocorre, poderá uma de duas hipóteses ocorrer ou, mesmo,

também ambas: a não configuração perfeita do tipo ou na inadequada cominação da pena ou, ainda, dentro deste último caráter, o excesso (...) isto responde à primeira indagação de que não está esgotado a esfera de competência do Poder Judiciário na consideração da lesão de direito oriundo de uma transgressão disciplinar, e, implicitamente, à afirmação de que o instituto do Habeas Corpus seja o único remédio jurídico circunscrito às transgressões disciplinares, impedido de ser apreciado pelo Poder Judiciário como para recompor o status alterado por uma lesão de direito individual.”

E, ainda nesse sentido, o autor dá a seguinte lição de cientificidade jurídica:

“|...| Há, neste Brasil afora, verdadeiros tabus que precisam ser enfrentados com clarividência e coragem, e se recomendamos, insistentemente, aos nossos alunos, que frente a uma fenomenologia qualquer devemos assumir atitude filosófica da indagação das causas primeiras dos fins últimos, não podemos e não devemos temer a mesma atitude de enfrentar o problema jurídico tão relegado a segundo plano, pela comodidade ou pela ignorância(...) Impõe-se, portanto, a consideração de que a carta constitucional apenas e tão somente excepciona a concessão do Habeas Corpus que é o remédio jurídico típico para restaurar o direito da liberdade de ir e vir, ESTANDO LONGE, MUITO LONGE, DE AFIRMAR que a transgressão disciplinar NÃO PODE SER APRECIADA PELO PODER JUDICIÁRIO, como determina, no sentido lato, o disposto no § 4º do citado artigo 153(...)Então, ainda insistimos, se nesta ordem de idéias está o resguardo do direito individual, ESTE SEMPRE SERIA PRESERVADO PELO QUE A PRÓPRIA CARTA ESTABELECE no (...)ARTIGO 153, AO

DESTACAR A FIGURA DA DEFESA, § 15, desta forma: “§ 15. A Lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de Exceção.” — g.n.

Antonio Pereira Duarte, [5] quanto à questão do cabimento ou não do habeas corpus quando de punição militar, assim se expressa:

“Parece-nos, à primeira vista, que a questão não oferece maiores dificuldades, visto que o não cabimento do habeas corpus nos casos de punições disciplinares NÃO SE AMPLIA PARA AS SITUAÇÕES EM QUE AS PUNIÇÕES SEJAM ILEGAIS E APLICADAS COM O ABUSO DE PODER. QUANDO HOVER por parte do aplicador da sanção disciplinar DESCUMPRIMENTO À LEI OU ABUSO, NÃO PODE PAIRAR DÚVIDAS QUANTO À LEGITIMIDADE DO EMPREGO DO REMÉDIO HERÓICO” — g.n.

Este autor ainda observa:

“|...| De qualquer modo, na hipótese de haver imposição de sanção disciplinar, em ato administrativo punitivo eivado de vício de legalidade ou com abuso de poder, caso não se admita o habeas corpus por interpretação puramente literal do disposto no inciso II do Art.142, ENTENDEMOS QUE CABÍVEL SERÁ (...) o mandado de segurança, nos termos do inciso LXIX do mesmo Art. 15, já que, nesta situação, poder-se-ia concluir que o direito à liberdade de locomoção não estaria protegido pelo Habeas Corpus, não inviolabilizando o uso do mandado de segurança.” — (sic) — g.n.

Ainda dando seguimento ao autor suso citado, que fundado no:

“|...| Habeas Corpus n.º 550/92, os eminentes

Juizes do Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul entenderam de não conhecer do pedido em razão de a prisão disciplinar imposta ao paciente ter sido aplicada por autoridade competente e dentro dos limites legais.”, faz o seguinte comentário conclusivo: “Ora, a ilação que se extrai de tal decisum é a de que se a autoridade aplicadora da *sanctio* disciplinar é incompetente ou se o castigo é imposto sem observância dos parâmetros legais, RAZÃO NÃO EXISTE PARA QUE NÃO SE PERMITA O USO DO REMEDIUM JURIS SUB EXAMINE” — g.n.

Mauro Cunha et Roberto Geraldo Coelho da Silva, [6] os quais, fundados em Espíndola Filho e Pontes de Miranda, ao comentarem o “não cabimento, em princípio, nas prisões disciplinares,” assim se expressam:

“A vedação ao Habeas Corpus haverá de ser, porém compreendida em sua real limitação, e razão cabe ao já citado Espínola Filho quando confere realce à lição de Pontes (...) Não se queira, porém, entender que, em se tratando de transgressão disciplinar, esteja afastado para sempre a hipótese do cabimento do Habeas Corpus. Na verdade, o que não comporta discussão judicial (...) é a justiça ou injustiça da pena aplicada; mas a legalidade ou a constitucionalidade da punição jamais poderão deixar de ser objeto de apreciação judicial, seja o processo administrativo civil ou militar” — g.n.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, [7] com espeque também em Pontes de Miranda (Comentários, cit.. Art. 141. § 23), quanto aos quatro pressupostos do ato administrativo punitivo, que ele denomina de “transgressão disciplinar” ao que, na verdade, constitui-se em punição disciplinar, e enumera esses

pressupostos:

“|...| 1º) ‘hierarquia’: o transgressor deve estar subordinado a quem o pune; 2º) ‘poder disciplinar’: a lei deve atribuir poder de punir a esse superior; 3º) ‘ato ligado a função’: o fundamento da punição tem de ligar-se à função do punido; 4º) ‘pena’: ou seja, sanção prevista em lei.” — g.n. —.

E conclui o mestre citado:

“Se faltar qualquer desses pressupostos, NÃO HOUVE, na verdade, TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR” — diríamos punição disciplinar -. “Daí decorre que o cerceamento da liberdade de locomoção É ILEGAL, DONDE DEVE SER CONCEDIDA A ORDEM JUDICIAL.” — g.n.

É de se ver, do texto sub examine, que prescinde de LEI (em sentido formal, legítimo, portanto), e que haja uma relação hierárquica de subordinação direta e funcional entre o subordinado e seu superior hierárquico, que a LEI lhe dê poderes para aplicar a *sanctio*, e que esta deve estar “prevista em LEI”, ao que acrescentaríamos, também e antes dessa etapa, o *due process of law*, o devido processo legal, a apuração regular da falta com o contraditório e a garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, pena da ilegalidade e abuso de poder dessa *sanctio* disciplinar por flagrante desobediência e descumprimento aos preceitos do Art. 5º LIV e LV da CF/88, mormente se se tratar de *sanctio* restritiva da liberdade de locomoção, de que as prisões e detenções

arbitrárias são só exemplos.

Nesse sentido, ou seja, quanto ao direito fundamental da liberdade de locomoção, do contraditório e da ampla defesa, oportune tempore, não é despiciendo trazer a lume o escólio de Edgar Silveira Bueno Filho, [8] que leciona assim:

“Portanto, a cláusula due process of law só tem sentido e efetividade se a garantia do processo não for meramente formal, mas real, com uma série de regras assecuratórias da defesa e presidido por um juiz revestido das garantias pré-faladas. Assim, a ordem constitucional brasileira não tolera qualquer decisão que envolva a liberdade (...) dos indivíduos que não provenha de um processo regido por regras claras permissivas do exercício do direito à defesa (...) onde se privilegie a busca da verdade real, e não se contente com o alcance da verdade formal.”

E dando seguimento ao ensinamento supra, enfatiza o autor:

“|...| Quando haja leis processuais que não garantam um procedimento justo, pode-se, com base na cláusula due process of law, argüir a sua inconstitucionalidade ou pleitear-se a sua interpretação de acordo com o desejo constitucional, eis que do contrário estariam elas plenas da irrazoabilidade e irracionalidade faladas por Carlos Roberto de Siqueira Castro (...) O entrelaçamento do exercício da ampla defesa com o do contraditório é tão gritante que não se pode imaginar a existência de um sem outro (...) tem-se que o contraditório começa (...) só depois de ter tomado conhecimento do teor da acusação — e aí — é que o litigante ou acusado pode

pensar em se defender.”

Celso Rodrigues da Silva, [9] 1º Ten. PMESP, Bel em Direito e Oficial de Justiça e Disciplina da 22 BPM/I, admite a impetração do habeas corpus, apoiado em Pontes de Miranda, posicionando-se da seguinte maneira:

“o ‘status libertatis’ do indivíduo é, depois da vida, o seu maior bem, logo, ocorrendo a sua privação indevidamente, mesmo que a sentença seja reformada, ninguém vai devolver os dias de agruras pelos quais passou (...) Todavia, esgotados todos os Recursos, CABE EXTRAORDINARIAMENTE, através da via judicial, UM ÚLTIMO REMÉDIO O ‘HABEAS CORPUS’. Nota-se que, pelo writ, não se apreciará o mérito, mas sim REQUISITOS LEGAIS que não foram observados.” — g.n.

E arremata:

“|...| Esse óbice (proibição constitucional do ‘Habeas Corpus’ em punição disciplinar militar) há de ser admitido em termos, ou seja, o que se veda é a concessão do ‘Habeas Corpus’ nos casos de punição disciplinar regular”, fundado em Diomar Ackel Filho — “Writs constitucionais”.

Entrementes, como visto, todos eles se arrimam no mestre Pontes de Miranda, para comentar a vedação ou a exceção sub examine, e, nesse sentido, quem melhor traduz o pensamento do mestre é Univaldo Corrêa, [10] senão observe-se.

“|...| Volta-se a Pontes de Miranda (13) para, com

ele, dizer-se que a prisão administrativa — e a prisão decorrente de uma transgressão militar é administrativa — ‘é sem justa causa, como se o funcionário público não é responsável por dinheiros, segundo a lei, se a prisão excedeu ao prazo legal, se incompetente a autoridade que a ordenou, se o processo é incompetente a autoridade que a ordenou, se o processo é manifestamente nulo, se já extinta a punibilidade, etc.’ é evidente que cabe o HABEAS CORPUS. Este, tomado como direito, pretensão, ação, remédio jurídico constitucional, garantia constitucional, nas formas que Pontes de Miranda (14) usou para considerar o que seja HABEAS CORPUS” (sic) — Os n.ºs 13 e 14 referem-se à notas de referências bibliográficas citadas pelo autor em comento.(g.n.)

Continuando com Univaldo Corrêa, após análise do que PINTO FERREIRA, baseado em PONTES DE MIRANDA, ensina sobre os quatro pressupostos da transgressão disciplinar, acentuando que ele:

“|...| Completa, dizendo que o HABEAS CORPUS é possível em três situações: quando a sanção for determinada por autoridade incompetente, quando ela estiver em desacordo com a Lei ou os limites da lei forem extrapolados.” [11] — grifos do autor.

E, assim, continuando o mestre Univaldo Corrêa, desta feita, fundado em Magalhães Noronha:

“|...| Magalhães Noronha (19), que aceita admitir-se o Habeas Corpus contra ato de particular, afirma que é mister: ‘haver hierarquia, poder disciplinar, falta funcional e pena própria, pois faltando um destes pressupostos, é cabível o HABEAS CORPUS, já que se trata do meio ‘MAIS

EXPEDITO QUE A LEI DISPÕE CONTRA A VIOLAÇÃO EFETIVA OU AMEAÇA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DA PESSOA’.” — *g.n.*

Dessarte, o mestre citado arremata sua ilação exata e justamente do mesmo modo que Antonio Pereira Duarte (op. cit), i.e., admitindo

“|...| exatamente na forma como defendemos os termos da Carta Magna de 1988, em seu Art. 142 § 2º, c/c o Art. 5º, inciso LXVIII: Cabe Habeas Corpus nos casos de punições disciplinares, se ocorrer ilegalidade ou abuso de poder.” — *g.n.* [12]

Demais disso, ainda sobre o mister, Eulálio Pereira Filho, [13] em excelente monografia abordando os “Aspectos do Processo Penal Militar ante a Nova Constituição de 1988” expendeu o seguinte raciocínio por nós também adotado, à guisa da interpretação dos dispositivos constitucionais que tratam do habeas corpus (inciso LXVIII do Art. 5º e § 2º do Art. 142), *apaertis verbis*:

“Se a própria Constituição garante a qualquer pessoa o recurso ao Judiciário, sempre que se sentir ameaçado ou lesado nos seus direitos, não estabeleceria ela outra forma, fora dos direitos e garantias fundamentais, que viesse a confrontar seus próprios princípios. Entendemos que as duas formas devem ser interpretadas considerando-se que, só fica fora da apreciação do Judiciário o mérito administrativo, no que se refere ao poder administrativo-disciplinar em termos da conveniência e oportunidade, critério exclusivo da Administração Pública” (sic) — *g.n.*

Mais adiante, assevera o ilustre monografista que:

“|...| sob o aspecto formal haveria possibilidade do controle via habeas corpus, visto que em tal circunstância as punições disciplinares militares não passariam de meros atos administrativos oriundos do poder disciplinar, de modo que nos casos em que tais atos administrativos punitivos forem editados com vícios quanto aos elementos de sua formação, vale dizer, quanto à competência da autoridade para infligir a punição; quanto à finalidade de interesse público norteado pelo acatamento às regras disciplinares e hierárquicas; e, por derradeiro, quanto a forma prescrita em lei, com respeito ao due process of law, propiciando o contraditório e ampla defesa ao acusado de infrigência transgressional, DEFLUI-SE QUE, INAFASTÁVEL SE TORNA O EMPREGO DO HABEAS CORPUS, em que pese a regra constitucional contida no § 2º do Art. 142, que, diga-se de passagem, DEVE SER INTERPRETADA DE FORMA SISTEMÁTICA, COM A CONJUGAÇÃO DOS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.” (sic) — g.n..

Aos doutos ensinamentos suso adscritos, aditar-se-ia o cabimento do habeas corpus nas punições disciplinares de prisão e/ou detenção, haja vista que são estas medidas que restringem o direito de locomoção, ao qual o instituto do habeas corpus presta-se a garantir, proteger e assegurar, desde que hajam os vícios de que trata o supracitado autor, posto que, em assim sendo, resultam na ilegalidade ou no abuso de poder: pressupostos do habeas corpus et mandamus.

Se é assim e assim é, indubitável o cabimento do Habeas Corpus nas punições disciplinares militares

(prisão e/ou detenção) ilegais! Entrementes, restaria uma indagação: sua impetração dar-se-á perante à Justiça Castrense ou Comum? Qual a competente ao feito? — O tema objeto é demonstrar o cabimento do habeas corpus et mandamus, mas contudo, não se poderia furtar ao questionamento. Senão note-se, ainda que de modo perfunctório.

E, para tanto, vai-se buscar assoalho e espeque em Univaldo Corrêa, que, a respeito das questões suscitadas, assim leciona:

“|...| O assunto está sendo abordado sob o enfoque da JUSTIÇA MILITAR, porém, o magistrado, qualquer que ele seja, tem poderes para receber HABEAS CORPUS e decidir a respeito do que nele constar, seja Juiz da Justiça Comum, seja Juiz da JUSTIÇA MILITAR (...) o poder que os MAGISTRADOS têm de aplicar o DIREITO decorre da JURISDIÇÃO, os limites desta concernente à matéria e ao lugar, é a COMPETÊNCIA (...) o objetivo maior do PODER JUDICIÁRIO é FAZER JUSTIÇA, DISTRIBUIR JUSTIÇA (...) Desta forma, pode a JUSTIÇA MILITAR, e deve, conhecer de Habeas Corpus, apesar de aparente expressa vedação contida no § 2º, do Art. 142 (...) Assim, se tal punição disciplinar militar tenha sido aplicada segundo um dos requisitos que a mesma LEI MAIOR estipula para a ocorrência desse tipo de petição, que acabou se tornando na ação de maior e mais rápido efeito em nossas CORTES DE JUSTIÇAS, a alternativa do HC é cabível” — Veja-se, pois, sobre o mister ob. cit. in Revista de Direito Militar , Ed. n.º 01. Ago./Set. 1996.(g.n.)

8.3 Razões finais (aspectos fundamental, político, jurídicos e deontológico)

8.3.1. Aspectos fundamentais, políticos, jurídicos e deontológicos

Ressabido, pois, que uma boa interpretação constitucional não pode ser obtida se o exegeta examina a norma de forma isolada. Contrario sensu, o êxito dessa árdua tarefa de hermenêutica só se alcança quando ela for sistemática e levar na devida consideração as demais normas do mesmo nível, e, em especial e principalmente, as que encerrem os princípios fundamentais de direitos constitucionais, comparando-se aquela cláusula particular com as outras partes da Constituição.

Bem por isso, aos critérios suso adscritos deve-se hoje acrescentar a leitura dos Art. 1º ao 4º da CF/88, que positivaram os fundamentos sobre os quais se assentam o Estado Democrático de Direito.

Dessarte, indubitosa e insofismavelmente, tornou-se imperativa a qualquer estudioso, intérprete ou exegeta do direito a leitura refletida, acurada e esmerada desses artigos, porquanto o Constituinte de 1988 outorgou-lhes o título “DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS”, sem se olvidar da imprescindível identificação dos demais princípios espalhados no interior do sistema jurídico constitucional de nossa Carta Cidadã. Sem isto, qualquer trabalho restará incompleto, imperfeito e inóxio em relação à finalidade colimada.

Ora, os artigos ut supra revelam, com transparência hialina, que “a República Federativa do Brasil ... constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana.” (Art. 1º, II e III), não deixando de declarar que “todo poder emana do povo,

que o exerce por meio de representantes diretos ou indiretamente...” (Art. 1º, parágrafo único). Ademais, ressalta que é objetivo do Estado a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, capaz de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais... sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (Art. 3º caput, I a IV), acrescentando que, nas relações internacionais, rege-se com a “prevalência dos direitos humanos.” (Art. 4º, II).

É de se ver, portanto, que a simples leitura desses dispositivos informa ao intérprete o conteúdo e norte que devem ser observados e respeitados pelas normas e princípios constitucionais positivados no texto, cujo significado pode ser assim resumido, consoante asserto de Edgar Silveira Bueno Filho, ob. cit. in verbis:

“|...| O Brasil é um Estado cuja legitimidade se aure de uma Constituição aprovada pelo representante do povo, povo este que é o titular do poder, o qual, por força da opção democrática que fez, GARANTE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS INDIVÍDUOS ou os da coletividade.” [1] — g.n.

Demais disso, é de supina valia ressaltar, ainda com esquete no autor em epígrafe, o seguinte:

“|...| devemos considerar que os direitos e garantias instalados logo a seguir, no Art. 5º, constituem-se em cláusulas pétreas no atual texto. Com efeito, o Art. 60, § 4º, afirma serem eles insuscetíveis de modificação até mesmo por meio de emendas constitucionais. Este status — ou imodificabilidade — alça as regras relativas

ao direito à defesa contidas de modo especial no rol do Art. 5º, ao nível de princípio constitucional dotado da qualidade, referida por Celso Antônio, de vetor para soluções interpretativas.” [2]

De mais a mais, não é despiciendo lembrar que constituem cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais (Art. 60. § 4, IV. da CF/88), entendendo-se como “direitos-garantias” ou “garantias-institucionais”, consoante se viu de ver no capítulo I, item 1.2. desta tese, dentre os quais se inserem o habeas corpus et Mandamus (Art. 5º LXVIII e LXIX), além dos direitos-garantias: “XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão e ameaça a direito”, “XLI — a lei punirá qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais”, “LIV — ninguém será privado da liberdade... sem o devido processo legal”, “LVII — ninguém será considerado culpado...”, “LXI — ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente ...”, etc., e, principalmente, “II — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI.”

Se é assim e assim é, diante do exposto e suso adscrito, mediante o uso de uma exegese e hermenêutica sistemáticas, face à vedação do § 2º do Art. 142 e havendo os vícios do ato punitivo disciplinar — ato administrativo — que o inquiere de ilegalidade ou abuso de poder, pode o intérprete inadmitir os remédios heróicos do habeas corpus et mandamus nas prisões e detenções disciplinares militares ilegais? O Status Castrenses, i.e., a Administração Policial Militar superaria em valor axiológico ao próprio Estado

Democrático de Direito da República Federativa do Brasil? É aquele, juridicamente falando, de valor superlativo a este? As “normas disciplinares” especificadas e descritas em meros Regulamentos Disciplinares, aprovados por simples decretos (atos administrativos), teriam o condão de espezinhar e fazer menoscabo aos Princípios de Direitos e Garantias Fundamentais da Lex Magna? Os RD, e as sanções disciplinares dele decorrentes, são inferiores ou superiores à LEI MAIOR, que é o ápice de todo ordenamento jurídico-positivo e legal, i.e., das normas jurídicas?

Se, às questões suscitadas, obtiverem respostas afirmativas por parte do intérprete e exegeta, através de uma análise sistemática, então justificar-se-á a Inadmissibilidade dos remédios heróicos do habeas corpus e do mandamus de segurança nas prisões e detenções disciplinares militares ilegais, i.e., mesmo que incidam os pressupostos que os legitimam: ilegalidade e abuso de poder. Logo, evidenciar-se-á a hipótese teratológica e esdrúxula de o PM não ser pessoa humana, não ser cidadão mesmo, apenas subespécie da raça humana . Então para quê direitos!?

8.3.2. Legitimidade: aspectos jurídico — legal e constitucional das prisões e detenções — punições disciplinares.

Doutra parte, as prisões e detenções — espécies, portanto, de punições disciplinares —, medidas cerceadoras da liberdade física, individual e pessoal do cidadão PM, para serem legais, legítimas e lididamente justas, necessária e urgentemente, prescindem ser definidas, especificadas, estabelecidas e tipificadas em

LEI FORMAL e LEGÍTIMA, id. est., em lei originada do povo, através dos seus legítimos representantes parlamentares (Poder Legislativo), mormente por tratarem-se essas restrições às liberdades públicas, ou seja, a direitos e garantias individuais (o inalienável, impostergável, imprescritível e fundamental direito à liberdade de locomoção livre), face à imperatividade e à inamovibilidade do cerne petreo dessas cláusulas previstas no Art. 60, § 4º, IV em combinação conjunta com o Art. 68, § 1º, II e com Art. 22, XXI, todos da CF/88, numa exegese e hermenêutica sistemáticas.

Aliás, nesse sentido, a CE/89 estabelece que é a Assembléia Legislativa competente para dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente, direitos, deveres e garantias dos servidores civis e militares (Art. 80, X). Logo, descartada está a figura do decreto como “norma regulamentar” de direitos e garantias e deveres; é, pois, imprescindível uma LEI DISCIPLINAR.

Entretanto, não basta apenas ser Lei Disciplinar, há de ter-se, no seu bojo, assegurado, respeitado, cumprido e disciplinado o due process of law, a apuração regular da falta, qualquer que seja esta, com o contraditório e a garantia da ampla defesa, com todos seus meios e recursos e, principalmente, sendo esta exercida por alguém habilitado e capacitado para assim proceder, i.e., por um advogado, face ao disposto no art. 5º, LIV, LV c/c os Art. 133 e 134 da CF/88.

Demais disso, se à sanção disciplinar militar (ato administrativo que é) faltar qualquer de seus requisitos ou pressupostos deste, inquina-a de ilegalidade ou abuso de poder (excesso, desvio ou arbítrio), mormente se houver incompetência da autoridade ou exorbitância

do poder punitivo, posto que, desse modo, há a incidência dos pressupostos do mandamus e, in casu, tratando-se de prisão ou detenção arbitrárias, do habeas corpus. Exemplificando: a) Um Capitão PM Cmt. de Cia pune um PM, seu subordinado, com 10 (dez) dias de prisão, quando é ressabido que só poderia puni-lo com até 08 (oito) dias de prisão; b) pune subordinado hierárquico pertencente a outra OPM, ou; c) ainda, quando o PM foi punido, mas, no local de confinamento em que está recolhido, sofre ou está para sofrer qualquer tipo de violência etc.

Entrementes, é mister frisar — reitere-se — que o mandado de segurança, in casu, prestar-se-á a coibir as punições disciplinares militares outras que não as restritivas de liberdade, como se viu de ver supra —, desde que haja a eiva de ilegalidade ou abuso de poder; enquanto o habeas corpus, é o remedium juris adequado às detenções e prisões de que decorram ilegalidade ou abuso de poder, porquanto inexistindo estas não há falar em mandamus ou habeas corpus. Só assim e somente assim, justificar-se-á a exceptio contida § 2º do Art. 142, da CF/88.

Vale dizer: se a aplicação da punição disciplinar decorre do devido processo legal, due process of law, do contraditório e da ampla defesa, com todos seus meios e recursos, dentre dos limites do poder punitivo e sendo competente o aplicador da punição e atento às formas prescritas em lei, não há falar em mandamus ou habeas corpus. Fora disso, é cabível o uso dos remédios jurídicos, pena de antinomia e conflito de normas entre o Art. 5º LXVIII, LXIX versus § 2º Art. 142, todos da CF/88.

Todavia, é mister trazer a lume que, quanto à

legalidade e legitimidade das sanções disciplinares, como visto supra no caso da PMAL, diante da expressa revogação in totum do RDPMAL, todas as sanções impostas de 26 de maio de 1992 até a presente data, padecem da eiva de legalidade, face à ineficácia e inexistência jurídica do respectivo instrumento disciplinar, pelo que urge reparação e remediação imediatas com base na súmula STF 473, por direito e por justiça.

Demais disso, vale salientar que o atual Comandante Geral da PMAL, mediante Portaria n.º. 033/96 — CG/EMG, [1]

“considerando que o Regulamento Disciplinar da Corporação em vigor, aprovado pelo Dec. nº4598, de 23Jan81 não atende mais às exigências da Instituição (...) se encontra defasado em relação à Constituição Federal de 1988...”(sic)

Desse modo, designou uma comissão “para elaborar ante projeto de Regulamento Disciplinar da PMAL”, tomando por base “a monografia do Cap. PMAL Antônio Olímpio Felisberto, oficial-aluno do CAO/96/PMAL.” [2] Entrementes, ainda assim, não atentou para os dispositivos da CF/89 e da CF/88 (Art. 80, X c/c Art. 60, § 4º, IV e Art. 68, § 1º, II, respectivamente), e, por conseguinte, incorrerá no mesmo erro: regulamentará direitos, deveres e garantias dos servidores militares via “Decreto”, quando só a Lei deverá fazê-lo.

Ademais, sobre a legislação disciplinar e nos aspectos suso citados, não é despiciendo trazer à baila o entendimento de José Francisco Profício, [3] ex Cmt. Geral da PMESP, que assim se posiciona e orienta:

“... não se deve desprezar a necessidade permanente de ajustes, sempre feitos por critérios científicos, ao ordenamento legal que rege a disciplina militar, tanto na esfera administrativa quanto na penal (...) sem entrar no mérito dos reparos, importa aqui expor as orientações gerais para inclusão de novos dispositivos disciplinares (...) que devem obedecer ao seguinte: a) respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto ao tratamento de presos e observância dos direitos individuais...”. g.n.

8.3.3. Aspecto sistêmico – doutrinário e da boa técnica jurídico-legislativa.

Dentro da organicidade sistêmica e posição “topográfica” dos dispositivos legais de qualquer legislação, diante da técnica jurídico-legal (título, capítulo, seções e subseções, artigos, parágrafos, incisos e alíneas), vamos encontrar a exceptio da regra de concessão do habeas corpus, exatamente no § 2º do Art. 142, do Capítulo II ‘Das Forças Armadas’, Seção III “Das disposições gerais” do Título V, que trata da “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.”

Ora, é de se ver do caput, do referido artigo, que este trata da definição do que é “Forças Armadas” e de suas “Competências.” Logo, ab initio, o seu § 2º “Não caberá Habeas Corpus nas punições disciplinares”, não atende à boa técnica jurídico-legislativa, posto que o parágrafo visa explicitar o caput do artigo, dirimir as dúvidas ou esclarecer as porventura existentes, o que não é o caso, vez que, a permanecer com está, denota conflito de normas e antinomia, num parco entender.

Aliás, sobre o mister, outro não é o entendimento do Sr. Cel. PM Res. Nelson Freire Terra, [1] , que,

indagado sobre o assunto, assim asseverou:

“houve a prática da ‘luzitaniedade’. O parágrafo citado, além de mal situado e deslocado, não reflete a boa técnica legislativa, deveria estar insculpido no inciso LXVIII do Art. 5º, que trata da regra de concessão do Habeas Corpus, onde deveria ser inserido esta exceção,” como justificativa à regra sistêmica.

Ademais, por outro lado, pode levar ao intérprete desatento a entender que tal exceção só se aplica aos integrantes das “Forças Armadas”, que se vejam punidos disciplinarmente. No entanto, não é isso que se deve entender, ou seja, que tal exceção se destine a esses militares e, muito menos ainda, que os demais servidores militares estejam destituídos do direito-garantia institucional do Habeas Corpus.

Contrario Sensu, só se justifica a exceptio — como já asseverado — se a punição disciplinar se der em atenção aos seus quatro pressupostos, além dos requisitos essenciais de todo ato administrativo e nas formas prescritas em lei, sem, contudo, haver ilegalidade ou abuso de poder nesse ato, posto que se assim não se der, cabível os remédios constitucionais - como já averbado neste — pena de olvidar o preceito: “A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

8.3.4. Aspecto deontológico policial-militar. [1]

Nesse sentido, é de suprema valia trazer a lume o escólio de Álvaro Lazzarini, [2] que, indagado sobre como via e considerava as prisões e detenções impostas ao PM, sob a égide da deontologia policial militar, assim respondeu: “AVILTANTE”; pelo que se infere não assistir razão de tais punições nas instituições policiais

militares, porquanto, como já se disse acima, o PM ao ser preso é nivelado por baixo se “igualando” ao delinqüente e ao marginal, que ele próprio tem o dever de prender quando do ato delitual, fato comprovado por este autor ao obter as respostas do questionário de pesquisa, na PMAL, cujos índices percentuais refletem o sentimento dos entrevistados (vide apenso) e nas pesquisas do Cap. PMAC Felizberto em sua monografia “Reforma e aplicação do RDPMAL”, cujos dados se encontram em anexo.

Entrementes à guisa de sinopse ilustrativa, Felizberto, em sua monografia, obteve 46% de índice de revoltados à pergunta: “Qual seu estado de espírito após o cumprimento da punição?”; 59% dos entrevistados afirmaram que a punição “não produz efeito recuperador”; 98% entenderam que a punição também atinge à família do punido e 60% sentiram-se humilhados com a punição de prisão. Entrementes, ao se perguntar, ao público alvo de oficiais, Sargentos, Cabos e Soldados como sentiu-se ao ser punido com prisão ou detenção no xadrez? Este índice subiu assustadoramente: 80% sentiu-se igual ao marginal que ele prende; 10% humilhado e 05% revoltado; 1% consciente do erro e 4% não opinou.

CONCLUSÕES

Esta tese teve por escopo demonstrar o cabimento do habeas corpus e do mandado de segurança nas prisões e detenções ilegais ou arbitrárias, na PMAL, pois que a Carta Cidadã inaugurou uma nova ordem jurídica e criou um novo Brasil, i.e., institucionalizou o Estado Democrático de Direito. Em especial e no que se refere às Garantias Institucionais de defesa desses direitos, ampliando e guindando ao nível hierárquico superior regras que estavam positivadas ainda em nível infraconstitucional, exemplitia gratia: o due process of law, o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral, com todos os meios e recursos a ela inerentes, em processo judicial ou administrativo.

Ademais, a nova amplitude desses institutos “direitos-garantias”, “garantias - garantias” e “garantias — institucionais” —, que se referem ao direito de defesa de interesses e direitos de qualquer pessoa humana (alguém), do cidadão e do PM, posto que o PM, antes de sê-lo, é um cidadão, e não perde esta condição ao tornar-se PM. Ao contrário, é um cidadão com um plus: o “tributus sanguinnis”, no exercício do seu dever. Entrementes, esta amplitude deu-se não só entre aqueles que eram tratados de modo ainda restrito ao nível legal inferior, mas, também, de outros já existentes em textos magnos pretéritos, como no caso da regra da inarredabilidade, inafastabilidade e de acesso ao Poder Judiciário, ora demonstrados.

Enfim, é possível agora concluir que a recomendação de uma nova interpretação destes institutos-garantias, imprescindível a toda modificação

de texto constitucional, é de grande valia não só para se ter uma visão hodierna, mas, principalmente, para se obter e extrair dessas novas regras uma interpretação mais sistemática, consoante com os objetivos da sociedade que se inaugurou com a nova ordem constitucional.

Ainda assim, cumpre deixar patente que todos os poderes do Estado (Judiciário, Executivo e Legislativo), estão obrigados não só a uma relação de não contradição às regras constitucionais, mas, principal e fundamentalmente, de subsunção às mesmas, face à máxima: “patere legem quam fecisti”; mormente quanto ao respeito e cumprimento dos Instrumentos de Tutela e Direitos Constitucionais.

Tornando à temática do desiderato desta tese, pode-se afirmar em sinopse conclusiva:

a) o princípio da isonomia, portanto, exige tratamento equânime pelo legislador, pelo juiz e pelo administrador e sem distinções arbitrárias, sendo justificáveis, aliados aos demais princípios estudados, para a prossecução e consecução dos objetivos fundamentais da novel Carta e do Estado Democrático de Direito inaugurado, fundado na cidadania e dignidade da pessoa humana, arrimado na máxima jurídica de que “todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”, com vista à construção de uma sociedade livre, justa, solidária e sem preconceitos de qualquer natureza ou quaisquer outras formas de discriminações atentatórias a Direitos e Liberdades Fundamentais, sem exclusão da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a Direito;

b) doutra parte, lamentavelmente, constatou-se a revogação in totum do RDPMAL, o que torna ilegítimas,

ilegais e ineficazes todas as “sanções” aplicadas, desde 26 de maio de 1992, nele fundamentadas, e, uma vez revogado pela Lei Est. n.º 5346/92, não há efeito repristinatório quanto ao RD;

c) aliás, ainda que revogado não estivesse, inferese que RD, aprovado por decreto, não é instrumento legítimo e eficaz para regulamentar direitos e garantias dos servidores públicos militares do Estado de Alagoas, face à indelegabilidade de competência ao Executivo, porquanto ser competência especial (exclusiva) da Assembléia Legislativa Estadual no âmbito do nosso Estado, e, na esfera federal, competir ao Congresso Nacional, até que lei complementar disponha;

d) ao intérprete, pois, resta claro que demonstrado está o cabimento do habeas corpus et mandamus nas prisões e detenções disciplinares ilegais, na PMAL e, conseqüentemente, noutras congêneres que possuam RD fundado em “decreto”(mero ato administrativo), sob o enfoque sistêmico da legalidade legítima do inciso II do Art. 5º. c/c os art. 80, X e 86, § 1º, II, “c”, da C.E./89, com os art. 22, XXI; 60, § 4º, IV; 68, § 1º, II, dos princípios concernentes aos Direitos e Garantias Fundamentais (Art. 5º caput e segs.), dos Fundamentais (Art. 1º ao 4º.), SEM EXCLUIR os decorrentes da “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, tratados, pactos e convenções, de que seja parte o Brasil, todos da CF/88; porquanto ser inadmissível que “direitos e garantias individuais” sejam “regulamentados” por decreto;

e) diante da constatação suso adscrita, urge, pois, a promulgação de LEI DISCIPLINAR DA PMAL, não há negar!

f) contudo, a fortiori, a permanecer o RD, fundado

em decreto, como instrumento eficaz a aplicação de sanções cerceadoras e restritivas de liberdade, face ao exposto supra, inquinadas estão de ilegitimidade, ilegalidade e arbitrariedade, o que dará ensanchas ao controle e apreciação judicial desses atos administrativos punitivos;

g) resulta, assim, que o RD e as sanções disciplinares dele decorrentes, não derrogam nem superam o Estado de Democrático de Direito e aos Princípios concernentes aos Direitos e Garantias Fundamentais. Vale dizer: nenhum RD têm o condão de abrogar, derrogar ou revogar os Princípios de Direitos e Garantias Fundamentais do Homem e do Cidadão, e, menos ainda, pisoteá-los ou menosprezá-los;

h) outrossim, o argumento de inadmissibilidade de controle jurisdicional das punições disciplinares arbitrarias, mediante habeas corpus et mandamus, fundado na rigidez da Hierarquia e Disciplina, que, por isso mesmo, as tornam invulneráveis, é, pois, tênue, túbio e carecedor de fundamento lógico, em lúcido entender. Ademais, é mister frisar que não se pretende derrogá-las, muito pelo contrário, pretende-se legalizá-las justa e legitimamente. Essas devem ser rígidas sim, mas nunca perversas e degradantes da dignidade da pessoa humana. Não há confundir rigidez (=inflexibilidade) com perversidade ou ilegalidade, bem por isso, para perenizá-las prescindem ascender do paradigma dogmático ético/moral regulamentar à esfera legítima da Lei, em atinência e consonância ao inciso II do Art. 5º da CF/88, posto não terem o condão de suplantar e subjugar os preceitos supremos e fundamentais do Estado Democrático de Direito;

i) em suma, o “status castrenses”, a

Administração Policial Militar, não é supressor do Estado Democrático de Direito, para se insurgir ou não se submeter à máxima jurídica “patere legem quam fecisti”, ao qual o próprio Estado de Direito se subsume; fato indubitado e inegável!

j) quanto aos incisos LXVIII do Art. 5º versus § 2º do Art. 142, diríamos que não há conflitos de normas ou antinomia, há apenas má situação deste em relação aquele, que deverá ser corrigida em P.E.C., haja vista só ser admitida e cabível esta exceptio se aplicada a punição disciplinar com observância da cláusula due process of law, qualquer que seja a transgressão disciplinar, cumpridos os pressupostos e requisitos do ato administrativo punitivo e seus quatro pressupostos validantes, consoante Pontes de Miranda et alii , pena de ilegalidade ou abuso de poder;

k) ainda assim, “cláusula do due process of law e seus desdobramentos — contraditório e ampla defesa”, com seus meios e recursos, têm reflexos diretos no direito à defesa, não só no plano processual, mas, também, no plano pré-processual e procedimental (administrativos), pois não podem os que estipulam regras procedimentos inobservá-las, pena de nulidade por prejuízo ou cerceamento de defesa; esta há de ser real e não apenas formal, e só pode ser assim entendida quando elaborada com assistência de advogado. Aliás, “a primeira peça da defesa reside na acusação”, quando começa o contraditório;

l) havendo, pois, inatendimento de qualquer desses pressupostos do ato administrativo punitivo, inquina-o de ilegal e abusivo, o que dá azo, espreque e ensanchas à inafastável e inarredável apreciação judicial, donde se infere que cabível é o mandamus em

toda e qualquer punição disciplinar que não prisão e/ou detenção, posto que a estas prestar-se-á o habeas corpus;

m) vale dizer, se houver eiva ou vício na aplicação de sanção disciplinar de prisão ou detenção, é admissível o habeas corpus sim. Contrario sensu, implicará discriminação ao cidadão PM, antinomia constitucional e a exceção derrogará a regra da concessão: “dar-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (Art. 466 — CPPM). Portanto, o que se levantou para a discussão foi justamente quando o ato administrativo punitivo militar for ilegal ou contiver abuso de poder. A regra impõe a concessão em casos que tais, os quais devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, que constatando-os deverá conceder sempre a ordem, pena de injustiça e afronta aos princípios da legalidade e da igualdade jurídica (isonomia), posto ser dever e não favor ou bonomia do Magistrado;

n) o acesso ao Judiciário (cláusula pétrea) constitui no desaguadouro de todos os institutos anteriormente estudados nesta tese, pois é perante este que se podem invalidar as leis, atos administrativos ou jurisdicionais detrimientosos aos direitos à defesa, à proteção contra lesão ou ameaça a direitos, à proteção aos direitos coletivos e difusos, a possibilidade de evitar a concretização de um dano, em face do abandono da antiga fórmula direitos individuais, e a inclusão da ameaça como passível de proteção da tutela jurisdicional estão demonstradas.

Finalmente, é de se concluir, como que fechando um círculo e retornando ao seu ponto inicial, que todos

os dispositivos aqui estudados e tidos como importantes e de suprema relevância ao exercício da cidadania, mormente os princípios concernentes aos Direitos e Garantias Fundamentais, se não vivesse num Estado Democrático de Direito, de nada valeriam e não teriam eficácia alguma todo o rol dos direitos e garantias individuais e coletivos, posto que “não passariam de bela página literária e de finalidade apenas formal.”

Eis, pois, a ilação numa exegese e hermenêutica sistemática!

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. “Motivação e controle do ato administrativo”. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. “Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.” 3^a. ed., 3^a. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1994.

BECCARIA, César Bonesana. “Dos delitos e das Penas. (Tradução de Terrieri Guimarães). São Paulo: Hemus. 1971.

BUENO FILHO, Edgar Silveira, “O direito à defesa na constituição.” São Paulo: Saraiva, 1994.

CARVALHO, José Roberto. “Estudo da validade constitucional das penas de prisão e detenção, e a prisão para a averiguação do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.” Monografia CSP/I. CAES/PMESP. São Paulo: 1996.

CORRÊA, Univaldo. “A transgressão militar, o habeas corpus e a justiça militar”. Revista de Direito Militar; ed. n.1, ago./set.: Santa Catarina, 1996.

COSTA, Adriano Soares da. “Temas de direito público (artigo, pareceres, atos judiciais) Prefeitura Municipal de Maceió: Procuradoria Geral: Maceió, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. “Os “writs” na constituição de 1998: mandado de segurança; mandado de segurança

coletivo; mandado de injunção; habeas corpus. ação popular.” 2^a. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

“Comentários à constituição de 1988.” Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

“Jurisprudência administrativa.” Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. “O controle jurisdicional do processo disciplinar” Monografia de doutorado. São Paulo: 1995.

CUNHA, Mauro et Silva, Roberto Geraldo Coelho. “Habeas Corpus no direito brasileiro.” Rio de Janeiro: Aide, 1990.

DUARTE, Antonio Pereira. “Direito administrativo militar.” Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FELIZBERTO, Antonio Carlos Olímpio. “Reforma e aplicação do RDPMAL” Monografia CAO/APMSAM, PMAL, 1996.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. “Direitos humanos fundamentais.” São Paulo: Saraiva, 1996.

“Comentários à constituição brasileira de 1988.” Saraiva; v. 1, 1990; v.2, 1992; v.3, 1994; v.4, 1995.

“Curso de direito constitucional.” 22^a. ed., Saraiva, 1995.

FILHO, Marino Pazzaglini et. alii. “Improbabilidade Administrativa. Aspectos jurídicos na defesa do patrimônio público”. São Paulo: Atlas, 1996.

GASPARINI, Diógenes. “Direito Administrativo.” 4^a ed. revisada e ampliada. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOUVEIA, Joilson Fernandes de. “Assistência Jurídica: implantação na PMAL.” Monografia. CAO/II, CAES — PMESP, São Paulo, 1989.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. “Introdução à ciência de direito de A a Z.” Rio de Janeiro: Forense, 1972.

KELSEN, Hans. “Teoria geral do direito e do estado” (Tradução Luis Carlos Borges) revisão técnica Péricles Prado I, São Paulo Martins Fontes: Brasília: de Brasília, 1990.

LAZZARINI, Álvaro. “Estudos de direito administrativo.” 1^a ed. 2^a tiragem. Escola Paulista de Magistratura — Coletânea Jurídica de Magistratura — 2. Coordenação: Yussef Said Cahali. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.

“Da perda do posto, da patente dos oficiais e da graduação das praças (Art. 125 § 41 da constituição da República): vitaliciedade dos servidores públicos militares.” Conferência no 6^o congresso Nacional de Direito Penal e Processo Penal Militares e Justiças Militares Estaduais: 27 de Junho, Belém-PA, 1996.

LIMA, Rubem de Oliveira. “Prisão administrativa.” São Paulo: RT, 1980.

LUZ, Egberto Maia. “Direito administrativo disciplinar: teoria e prática.” Brushatsky, 1977.

MEIRELLES, Hely Lopes. “Direito administrativo brasileiro.” 13^a ed. atualizada pela Constituição de 1988, Revista do Tribunais, São Paulo, 1989.

“Direito administrativo brasileiro.” 21^a ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et alii, São Paulo: Malheiros, 1996.

“Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, ‘habeas data’”, 14^a ed. atualizada por Arnold Wald. São Paulo: Malheiros, 1992.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. “Instrumentos de tutela e direitos constitucionais: teoria, prática e jurisprudência.” São Paulo: Saraiva, 1994.

PINTO FERREIRA. “Comentários à constituição brasileira”. Art. 22 a 53; 2^o v; São Paulo: Saraiva, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. “Comentários à Constituição de 1937 e 1946.” Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

“História e prática do habeas corpus 22^a. ed., Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

PROFÍCIO, José Francisco. “Atividade disciplinar e penal

militar nas corporações militares estaduais” in Revista Força Policial. n.º.02 — abr./jun., São Paulo, 1994.

RUIZ, João Álvaro. “Metodologia científica: Guia para eficiência nos estudos.” São Paulo: Atlas, 1977.

SANTO, José do Espírito — Ten. Cel PMME. “Estrutura Jurídica do Conselho de disciplina.” Belo Horizonte: PMMG, 1985.

SILVA, Carlos Alberto Moreira da. Cap. PMDF, “Qualidade e Produtividade na Polícia Militar do Distrito Federal.” CAO-II/95 — CAES PMESP. São Paulo, 1995.

SILVA, Celso Rodrigues da. “Punição disciplinar” in Revista a Força Policial, n.º 05 jan./mar. PMESP, 1995.

APENSO "A"

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO CENTRO DE APERFEIÇOAMENTO E ESTUDOS SUPERIORES

ENTREVISTA — COLETA DE DADOS

1. Objetivando subsidiar nossa monografia — “do cabimento do habeas corpus nas prisões e detenções disciplinares ilegais, na PMAL — possibilidade”, em o CSP-II/96, solicito-vos responder as indagações infra, referentes ao mister e relativas ao período de JAN./90 à DEZ./95, quanto às prisões e detenções.

2. A identificação não é necessária, basta citar posto ou graduação, contudo, querendo, poderá fazê-la.

a. Já foi punido com prisão ou detenção disciplinar nesse período?

- a) Sim (X);
- b) Não ().

b. Sua punição decorreu de falta disciplinar apurada em:

- a) Solução de parte (X);
- b) Solução de sindicância ();
- c) Deveis informar ();
- d) Verbal — viva voz ().

c. Se punido, foi-lhe assegurado o contraditório e ampla defesa?

- a) Sim ();
- b) Não (X);
- c) Informou por escrito, apenas (X);
- d) Informou (defendeu-se) oralmente ().

d. Cumpriu sua punição (prisão/detenção) por determinação:

- a) Verbal ();
- b) Escrita (X);
- c) Antes da publicação do ato ();
- d) Após a publicação do ato ().

e. Sua prisão/detenção foi cumprida no:

- a) Xadrez da UOp. ();
- b) No Alojamento da UOp. (X);
- c) Em xadrez de outra OPM/UOp. ();
- d) Em residência ().

f. Caso que tenha sido dado o direito de defesa e do contraditório, este foi exercido:

- a) Por você mesmo ();
- b) Por seu superior hierárquico ();
- c) Por seu advogado ();
- d) Por terceiros (amigos do chefe) ().

g. Antes de ser punido (prisão/detenção) foi acusado

“formalmente” do cometimento da falta disciplinar, mediante:

- a) Parte escrita ();
- b) Sindicância ();
- c) Informes do P/2 ();
- d) Notícias da mídia ().

h. Já foi-lhe assegurada e oportunizada defesa por escrito ao ser acusado de falta disciplinar?

- a) Nunca ();
- b) Sempre (X);
- c) Algumas vezes ();
- d) Desconhece haver tal procedimento ().

i. A punição de prisão/detenção, no seu entender, é:

- a) Severa ();
- b) Justa ();
- c) Injusta (X);
- d) Adequada ().

j. Para você o RDPMAL é:

- a) Adequado ();
- b) Inadequado ();
- c) Arcaico, deve-se modificar (X);
- d) rigoroso ();
- e) Deve permanecer com as prisões e detenções ().

l. Gostaria de que as punições prisão e detenção fossem substituídas por outras do tipo:

- a) Suspensão com descontos (X);
- b) Suspensão sem descontos ();
- c) Quartel por menagem ();
- d) Deixa como está ().

m. Ao ser punido fez uso dos “recursos” do RDPMAL?

- a) Sim ();
- b) Não (X);
- c) Não adiante recursar, pois nunca é considerado ();
- d) Desconhece tais recursos ().

n. Ao ser punido com prisão ou detenção no xadrez sentiu-se:

- a) Humilhado (X);
- b) Revoltado (X);
- c) Igual ao marginal que prende (X);
- d) Consciente do erro (X).

o. Já sofreu prisão com:

- a) Até 30 dias ();
- b) Até 20 dias ();
- c) Até 15 dias ();
- d) menos de 15 dias ().

p. Já sofreu detenção com:

- a) Até 30 dias ();
- b) Até 20 dias ();

- c) Até 15 dias ();
- d) menos de 15 dias (X).

q. Já respondeu a Conselho de Justificação e/ou Disciplina?

- a) Sim ();
- b) Não (X).

r. Sabe que o contraditório e ampla defesa?

- a) Sim ();
- b) Não ();
- c) Já usou ();
- d) Já ouviu falar (X);
- e) Não tem nenhuma idéia do que seja ().

s. Você acha que é capaz de, pessoalmente, defender-se de uma acusação, através do contraditório e da ampla defesa?

- a) Sim ();
- b) Não ();
- c) Melhor um superior ();
- d) Com advogado (X).

t. Você já usou de algum dos recursos do RDPMAL, para tentar impedir ou convencer seu superior de sua inocência?

- a) Sim, mas nada adiantou ();
- b) Não pois nunca é ouvido ();
- c) Mesmo que fizesse nada mudaria (X);

d) Às vezes dá certo ().

u. Já foi punido duas vezes pelo mesmo fato e pela mesma falta disciplinar?

a) Sim ();

b) Não (X);

c) Sabe de alguém que tenha sido ();

d) Isso não acontece na PM ().

grato pela colaboração!

posto/graduação: 3º Sgt; t.serviço: 10; idade: 29; sexo: M; e. civil: C; OPM: C. Musical — AJD. Geral (Q.C.G.)

JOILSON FERNANDES DE GOUVEIA — TEN. CEL. PM
oficial-aluno CSP-II/96 — CAES/PMESP

APENSO "B"

Ao ser punido com prisão ou detenção no xadrez, sentiu-se:

Alternativas	Oficial	Sargento	Cabo	Soldado	Soma	%
Humilhado	-	06	28	30	64	30,2
Revoltado	-	03	04	05	12	4,8
Igual ao marginal que prende	03	21	49	89	162	64,8
Consciente do erro	02	-	-	-	02	0,8
Não Opinaram	02	03	03	02	10	4
Total	07	33	84	126	250	100%

ANEXO "A"

Dados extraídos da monografia do Cap. PMAC Felizberto (citada)

Qual o seu estado de espírito após o cumprimento da punição?

Alternativa	N.º de Pessoas	%
Aliviado com quem paga uma dívida	8	12%
Encabulado Pelo vexame que foi Submetido	7	10%
Revoltado	32	46%
Indiferente	13	19%
Não manifestou opinião	9	13%
Total	69	100%

ANEXO "B"

Na sua opinião, a punição atinge também a família do PM?

Alternativa	N.º de pessoas	%
Sim	67	98%
Não	1	1%
Não manifestou opinião	1	1%
Total	69	100%

ANEXO "C"

Na sua opinião, a punição imposta pela prisão:

Alternativa	N.º De pessoas				Total	%
	3 Ano BPM	APM	CAO	1º		
Recupera plenamente o punido	2	1	1	4	8	11%
Humilha o Policial Militar	3	3	5	11	12	16%
Não Produz o Efeito Recuperador	12	2	19	11	44	59%
Não Manifestou opinião	2	2	6	1	11	14%
Total	19	8	31	17	78	100%

NOTAS

[1] — César Bonesana Beccaria. “Dos delitos e das penas”. Tradução de Terrieri Guimarães Hemus, São Paulo, 1971. p.p.10/13. [Volta]

[2] — Id. ibid. [Volta]

1.1. Breve aceno histórico

[1] — Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. “Comentários à Constituição de 1946, p.61 [Volta]

[2] — Op., Cit., idem, ibidem, p. 61 [Volta]

[3] — Idem, ibidem, p. 61 [Volta]

[4] — idem, ibidem, p. 71/72. [Volta]

[5] — op. cit., p. 61 [Volta]

[6] — op. cit., p. 63 [Volta]

[7] — id, ibid., op. cit., p. 76 [Volta]

[8] — José Cretella Júnior, “Comentários à Constituição de 1988”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p.179 [Volta]

[9] — idem, ibidem, op. cit., p. 180 [Volta]

1.2. A Constituição Federal de 1988 e os Direitos e Garantias Fundamentais.

[1] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de direito constitucional. 22^a Ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 251/ 252 [Volta]

[2] — id, ibidem, ob. cit. [Volta]

[3] — id, ibidem. [Volta]

[4] — Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, preâmbulo. [Volta]

[5] — Flávia Cristina Piovesan. — Dra. em Direito Constitucional e Prof^a. Direito Internacional Humanitário no CSP/II-96 [Volta]

[6] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., p. 38/33. [Volta]

[7] — Paulo Lúcio Nogueira. “Instrumentos de tutela e direitos constitucionais — teoria, prática e jurisprudência”. São Paulo, Saraiva, p. VIII. [Volta]

2.1. Princípio da igualdade jurídica — isonomia

[1] — José Cretella Júnior, op. cit., p.191 [Volta]

[2] — Celso Antonio Bandeira de Melo. “Conteúdo jurídico do princípio de igualdade”. 3ªed. 3ºtiragem, São Paulo,1995. p.18 [Volta]

[3] — Pimenta Bueno. “Direito público brasileiro e análise de constituição do Império”, Rio de Janeiro,1857, p.425. apud Celso Antonio Bandeira de Melo. op. cit. id. ibidem. [Volta]

[4] — Antônio Pereira Duarte. “Direito administrativo militar”. Rio de Janeiro. Forense. 1995 p.p.13/14. [Volta]

2.2. Princípio da legalidade — reserva legal

[1] — op. cit. p. 78/80. [Volta]

[2] — Hely Lopes Meirelles in Dir. Administrativo brasileiro, 14^a. ed. p.55 [Volta]

[3] — José Cretella Júnior, op. cit., p.195 [Volta]

2.3. Outros princípios constitucionais.

[1] — id, ibidem, op. cit., p.201. [Volta]

[2] — id. ibid., op. cit., p. 261/262. [Volta]

[3] — op. cit., id, ibidem, p.66 [Volta]

[4] — José Raimundo Gomes da Cruz. “O Controle jurisdicional do processo disciplinar” — Monografia de doutorado, São Paulo, 1995. p. 254. [Volta]

[5] — José Cretela Júnior. et Di Pietro, apud José Raimundo Gomes Cruz., op. cit., id., ibidem. [Volta]

[6] — Charles Chaplin. apud Carlos Alberto Moreira da Silva Cap. PMDF, “Qualidade e Produtividade na Polícia Militar do Distrito Federal”. Monografia — CAO-II/95 — CAES PMESP. São Paulo. 1995, p. 79. [Volta]

[7] — César Beccaria, op. cit., apud José Raimundo Gomes Cruz , op. cit., p. 249 [Volta]

3.1. Conceito.

[1] — Hely Lopes Meirelles. “Direito administrativo brasileiro”. 21^a edição atualizado por Eurico de Andrade de Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo. Malheiros. 1996. p. 429. [Volta]

[2] — J. Motta Maia, op. cit., apud Diógenes Gasparini in ob. cit., p. 182. [Volta]

[3] — Diógenes Gasparini. id. ibidem [Volta]

[4] — Diogo Figueiredo Moreira Neto, apud Antonio Pereira Duarte, op.cit, p.33 [Volta]

3.3. Estabilidade — Vitaliciedade

[1] — Álvaro Lazzarini. “Da perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças (Art. 125 § 4º da Constituição da República): Vitaliciedade dos servidores públicos militares estaduais” in conferência n.º 6º Congresso Nacional de Direito Penal e Processual Penal Militar e Justiças Militares Estaduais: 27 de junho, Belém — PA — 1996, p.23. [Volta]

[2] — Antonio Pereira Duarte , Direito Administrativo Militar, p. 64. 3.4. Vedações constitucionais expressas ao PM. [Volta]

[1] — op. cit., p.39. [Volta]

[2] — op. cit., p.185 [Volta]

[3] — id, ibidem.. [Volta]

[4] — José Cretella Júnior. apud Diógenes Gasparini, op. cit., id, ibidem. [Volta]

3.5. Direitos trabalhistas extensivos aos servidores públicos militares.

[1] — STJ, RDA 188/78, apud Hely Lopes Meirelles, op. cit., p.429. 3.6. Acumulação de cargos [Volta]

3.6. Acumulação de cargos

[1] — ob. cit, p. 184. [Volta]

[2] — Pinto Ferreira, ob. cit apud Diógenes Gasparini, ob. cit., p. 185 [Volta]

[3] — Diogo Figueiredo Moreira Neto, apud Antonio Pereira Duarte, ob. cit. [Volta]

[4] — STF, decisão de Recurso Extraordinário, cit. apud Antonio Pereira Duarte, ob. cit. p. 42 [Volta]

4.2 Transgressão militar ou transgressão disciplinar militar.

[1] — Antonio Pereira Duarte, ob. cit., p. 52. [Volta]

4.3 Punições disciplinares militares (sanção, pena)

[1] — Dec. est. 4598/81, de 21 de janeiro. art. 23.
[Volta]

[2] — Lei Estadual n.º 3696, de 28 de dezembro de 1976, publicado no Diário Oficial do Estado, de 30 de dezembro, antigo Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Alagoas, que tinha o Dec. Estadual n.º 4598, de 23 de Janeiro de 1981, como legislação complementar e regulamentava o Art. 46, cuja lei foi revogada expressamente pela Lei Estadual n.º 5346, de 26 de maio de 1992, conforme o Art. 135. — cf. se verá mais adiante nesta tese. [Volta]

[3] — José Cretella Júnior, ob. cit., p. 553/554. [Volta]

[4] — Univaldo Corrêa. “A transgressão militar, o Habeas Corpus e a Justiça Militar” in Revista de Direito Militar, Edição n.º 1, Agosto/Setembro, 1996, p. 19. [Volta]

5.1 Considerações preliminares e gerais.

[1] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “ Curso de direito constitucional”, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 206. [Volta]

[2] — Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 95. [Volta]

[3] — STF-RDA 42/227 e no mesmo sentido: TJSP-RT 206/114, 254/247, apud Hely Lopes Meirelles, op. cit., p.97. [Volta]

5.2. Poder hierárquico

[1] — Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 100. [Volta]

[2] — op. cit., p. 100/101 [Volta]

[3] — Veja-se nesse sentido artigo do autor “Hierarquia e disciplina”, publicado em o “Jornal de Alagoas”, de 02nov.91 [Volta]

[4] — op. cit., id, ibidem [Volta]

5.3 Poder disciplinar

[1] — Sobre poder disciplinar vejam-se: Caio Tácito, Poder disciplinar e direito de defesa, in RDA 37/354; Egberto Maia Luz. “Direito administrativo disciplinar”, São Paulo, 1977; Hely Lopes Meirelles, op. cit., etc. [Volta]

[2] — Álvaro Lazzarini. “Estudos de direito administrativo. R.T. São Paulo: 1996. p. 398/9 [Volta]

[3] — Álvaro Lazzarini, op. cit., p.400 [Volta]

[4] — Diógenes Gasparini, op. cit., p.573 [Volta]

[5] — op. cit, ibidem. [Volta]

5.4. Poder regulamentar

[1] — op. cit., p. 106/107. [Volta]

[2] — op. cit., p. 104. [Volta]

5.4.1.1 Regulamento

[1] — id, ibidem, p.108. [Volta]

[2] — op. cit., p. 19. [Volta]

[3] — id, ibidem, p. 105/106. [Volta]

5.4.1.2 Lei

[1] — Hely Lopes Meirelles, op. cit., p.108. [Volta]

[2] — op. cit., p. 33/34 [Volta]

[3] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 26.
[Volta]

[4] — id, ibidem, op. cit. [Volta]

[5] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho, op. cit., p. 163
[Volta]

[6] — idem [Volta]

5.5.1. Conceito (aspectos preliminares)

[1] — Apud Diógenes Gasparini, op. cit., p. 5. [Volta]

[2] — Constituição do Estado de Alagoas, de 05 de outubro de 1989. (Art. 2º, I) [Volta]

[3] — Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 126. [Volta]

[4] — Diógenes Gasparini, op. cit., p. 62. [Volta]

[5] — Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. apud Antonio Pereira Duarte, op. cit., p. 17. [Volta]

5.5.2. Ato administrativo militar (Policial-Militar).

[1] — Antonio Pereira Duarte. “Direito administrativo militar” p. 11. [Volta]

[2] — op. cit., p. 11. [Volta]

[3] — Celso Antônio Bandeira de Melo. “Curso de direito administrativo”; p.420, apud op. cit., p. 13. [Volta]

[4] — Vide nesse sentido, STJ, Autos de M. Seg. n.º 535-DF. [Volta]

5.5.3 Requisitos — elementos — pressupostos (perfeição, validade e eficácia).

[1] — Florivaldo Dutra de Araújo. “Motivação e controle do ato administrativo”, p. 62 [Volta]

[2] — Comentando a classificação elaborada por Celso Antonio Bandeira de Melo, Seabra Fagundes argumenta que esta é acertada do ponto de vista “lógico-filosófico”, mas defende a classificação tradicional, que lhe parece correta “no ângulo propriamente jurídico (1984-p.21-23). Essa separação do “jurídico” em relação ao “lógico-filosófico”, não deve, contudo, prevalecer, a bem do rigor científico, pois Direito, Lógica e Filosofia não são compartimentos estanques do saber. — apud op. cit, id, ibidem. [Volta]

5.5.5. Pressupostos

[1] — Diógenes Gasparini. op. cit. p. 63. [Volta]

[2] — Op. cit. p. 128. [Volta]

[3] — Celso Antônio Bandeira de Melo. apud op. cit. p. 69 [Volta]

[4] — apud op. cit., p. 65. [Volta]

5.5.7 Vícios e defeitos do ato administrativo

[1] — Antônio Pereira Duarte, op. cit., p. 18 [Volta]

[2] — Roy Reis Friede. “Curso de direito administrativo”, p. 22, apud Antonio Pereira Duarte, op. cit., p. 18 [Volta]

[3] — id, ibidem, p. 19. [Volta]

6.2. O RDPMAL face à Constituição Estadual de 1989.

[1] — op. cit., p.33 a 35. [Volta]

7. Controle Jurisdicional das Sanções Disciplinares — Atos Administrativos Ilegais.

[1] — José Cretella Júnior, op. cit., p. 180 [Volta]

[2] — Idem, ibidem , p. 183 [Volta]

[3] — Paulo Dourado de Gusmão. “Introdução à ciência direito — de A a Z “. São Paulo: Forense, 1972 p. 86 [Volta]

[4] — Florivaldo Dutra de Araújo, “Motivação e controle do ato administrativo” — Belo Horizonte:. Del Rey, 1992, p. 11 [Volta]

[5] — Celso Antônio Bandeira de Melo.1986; p. 15/16, apud Florivado Dutra de Araújo, op. cit., p.50. [Volta]

[6] — apud op. cit., p. 50/51 [Volta]

[7] — op. cit., idem, ibidem. [Volta]

7.1 Writs constitucionais — garantias de controle.

[1] — op. cit, 437/440. [Volta]

7.2 Controle jurisdicional do ato administrativo ilegal

[1] — Cf. “Patere legem quam fecisti.” [Volta]

[2] — Marino Pazzaglini Filho, et alii. “Improbidade Administrativa. Aspectos jurídicos na defesa do patrimônio público”. São Paulo: Atlas, 1996. [Volta]

[3] — “Controle do ato administrativo”, Rio de Janeiro, Forense, p. 19/20 [Volta]

[4] — Seabra Fagundes, op. cit., apud José Cretella Júnior, op. cit., p. 435. [Volta]

[5] — id, ibid., op. cit., p. 436. [Volta]

7.3. Ilegalidade e abuso de poder (pressupostos do mandamus et habeas corpus)

[1] — José Cretella Júnior. “Os writs na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletiva, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus e ação popular”. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 5 [Volta]

7.3.1. Ilegalidade

[1] — op. cit., id, ibidem [Volta]

[2] — Apud Diógenes Gasparini, op. cit., p. 55. [Volta]

7.3.2. Abuso de Poder

[1] — op. cit., id, ibidem. [Volta]

[2] — Diógenes Gasparini, op. cit., p. 54/59 [Volta]

[3] — op. cit., p. 90. [Volta]

[4] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “Direitos humanos fundamentais.”, São Paulo: Saraiva;1996, p. 140 e 141. [Volta]

7.4. Do mandamus — mandado de segurança.

[1] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho., op. cit., p.142.
[Volta]

[2] — Veja-se nesse sentido: José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo, 9^o.Ed. 2^a tiragem, São Paulo, Malheiros, 1993. p. 401/3; Paulo Lúcio Nogueira. Instrumentos de tutela e direitos constitucionais — teoria, prática e jurisprudência, São Paulo, 1994, p. 73/5; Hely Lopes Meirelles. Mando de Segurança, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, 14^a Ed. 2^a tiragem, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 25/7 et in Direito administrativo brasileiro, 21^o Ed., atualizado por Eurico de Andrade Azevedo et alii; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos humanos fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144/7.; José Cretella Júnior, “Os “writs” na Constituição de 1988: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção habeas data, habeas corpus, ação popular, 2^o Ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 75/94, etc [Volta]

[3] — ob. cit., id, ibidem, p. 143. [Volta]

[4] — id, ibidem [Volta]

[5] — Pontes de Miranda, “Comentários à Constituição de 1946”, cit. t. s, p. 289, apud Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit., id, ibidem. [Volta]

[6] — ob. cit., p. 29. [Volta]

[7] — Carlos Mário Velloso. “Do mandado de segurança”, RDP 55-56/333; e, na jurisprudência, V. nesse sentido, STF, RDA 130/186, RTJ 108/1.317; TJES, RT 394/396, apud Helly Lopes Meirelles, ob. cit., p. 34/35. [Volta]

[8] — Coqueijo Costa. “Mandado de segurança e controle constitucional”, cit. p. 47, apud Paulo Lúcio Nogueira, ob. cit., p. 56. [Volta]

[9] — id, ibid., op. cit. [Volta]

[10] — ob. cit., id, ibid. [Volta]

7.5. Do Habeas Corpus

[1] — Fundação Projeto Faria Lima. Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal. “breves anotações à constituição de 1988. — CEPAM — São Paulo: Atlas 1990. [Volta]

[2] — op. cit., p. 101. [Volta]

[3] — op. cit. p. 192 [Volta]

[4] — Brandão Cavalcanti. “A constituição federal comentada”; 2^a ed. VIII, 1952, p. 79, apud José Cretella Júnior, op. cit., p. 192. [Volta]

[5] — id. ibidem, p.195 [Volta]

8.1. Considerações preliminares e doutrinárias

[1] — Univaldo Corrêa, ob. cit., p. 19. [Volta]

[2] — Vide nesse sentido, Capítulo 6 [Volta]

[3] — Rogério Laura Tucci et José Rogério Cruz Tucci, “Constituição de 1988 e processo: regramento e garantias constitucionais do processo”, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 132. apud Univaldo Corrêa. ob. cit. p. 19/20. [Volta]

[4] — Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. “História e prática do habeas corpus”, 22º Ed. José Konfino Editor. Rio de Janeiro, 1951, p. 178. [Volta]

[5] — idem, ibidem, ob. cit. [Volta]

8.2. Inadmissibilidade e admissibilidade de concessão nas punições disciplinares militares ilegais — doutrina.

[1] — Pinto Ferreira. “Comentários à constituição brasileira”, Art. 22 a 53, São Paulo: Saraiva, 1990, 2º v, p. 201. [Volta]

[2] — idem, op. cit., v. 5, 1992. p. 227. [Volta]

[3] — José Cretella Júnior. “Comentários à constituição brasileira de 1988”, v. VI, Arts. 92 e 144, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 3406 e 3407. [Volta]

[4] — Edgar Maia Luz. “Direito administrativo disciplinar — teoria e prática”. Brushatsky, São Paulo: 1977, p. 94/95. [Volta]

[5] — Antonio Pereira Duarte, ob. cit., p. 53/54. [Volta]

[6] — Mauro Cunha et Roberto Geraldo Coelho da Silva. “Habeas Corpus no direito brasileiro”. Rio de Janeiro: 2ª Ed. AIDE, 1990. [Volta]

[7] — Manoel Gonçalves Ferreira Filho. “Curso de direito constitucional”. 20ª Ed. revisada. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 272/273. [Volta]

[8] — Edgar Silveira Bueno Filho. “O Direito à defesa na Constituição”. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 46/47. [Volta]

[9] — Celso Rodrigues da Silva. “Punição Disciplinar” in Revista a Força Policial, n.º 5 Jan./Mar, São Paulo: PMESP, 1995, p. 114/115. [Volta]

[10] — ob. cit., p. 21 [Volta]

[11] — id, ibidem. [Volta]

[12] — ob., cit. [Volta]

[13] — Eulálio Pereira Filho, ob. cit., apud Antonio Pereira Duarte, ob. cit., p. 53 [Volta]

8.3.1. Aspectos fundamentais, políticos, jurídicos e deontológicos

[1] — ob., cit., p. 12 [Volta]

[2] — id, ibidem. [Volta]

8.3.2. Legitimidade: aspectos jurídico — legal e constitucional das prisões e detenções — punições disciplinares.

[1] — Alagoas, Polícia Militar de. Portaria nº033/96 — CG/EMG, publicada em BGO nº133, de 18 de julho de 1996. [Volta]

[2] — Antonio Carlos Olímpio Felizberto. “Reforma e aplicação do RDPMAL” Monografia CAO/APMSAM, PMAL: 1996. [Volta]

[3] — José Francisco Profício. “Atividade disciplinar e penal militar nas Corporações militares estaduais “in Revista Força Policial, São Paulo, n.º 02, Abr./Jun., 1994, p. 19/20. [Volta]

8.3.3. Aspecto sistêmico — doutrinário e da boa técnica jurídico-legislativa.

[1] — Nelson Freire Terra, Cel PM Res. Instrutor e Professor do CSP/II-96 no CAES/PMESP. [Volta]

8.3.4. Aspecto deontológico policial-militar.

[1] — Vide sobre o tema: Álvaro Lazzarini. “Ética e sigilo profissional” in RDA, Abr./jun. ed. renovar/FGV, Rio de Janeiro 1996 n.º 204 p. 56/64; Paulo Marino Lopes, “Deontologia policial militar” in Rev. Unidade, Associação para Pesquisas Policiais, Porto Alegre, ano XII n.º 20, p.61-77; Marcel le Clère, “Necessité d’une déontologie” in La police, Preces Universitari de France, Paris, 3ª ed., 1986, p. 119-125, idem “Necessidade de uma deontologia”, tradução de Ivette Lodomez, Lycée Pasteur, São Paulo, 8 p.; José Koki Kato “Deontologia PM” monografia CAO/CAES-PMESP, São Paulo, 1995. [Volta]

[2] — Álvaro Lazzarini — 1º. Ten. PM Res. não Remunerada da PMESP, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, autor de ob. cit. e Professor das Disciplinas Direito Administrativo e Deontologia Policial Militar no CSP/II-96 do CAES/PMESP. [Volta]



CRÉDITOS

Direitos Reservados — Distribuição Gratuita

**Publicado pela Biblioteca do UJGOIÁS — O Universo Jurídico
Autorização do autor arquivada na produção.**

Produzido em março de 2001

**DIREITOS RESERVADOS
VENDA PROIBIDA**

**GOIÂNIA — GOIÁS — BRASIL
www.ujgoias.com.br
serrano@cultura.com.br
serrano@ih.com.br**

**Versão para eBook
eBooksBrasil.com**

março 2001

Proibido todo e qualquer uso comercial.
Se você pagou por esse livro
VOCÊ FOI ROUBADO!
Você tem este e muitos outros títulos
GRÁTIS

direto na fonte:
eBooksBrasil.org

Edições em pdf e eBookLibris
eBooksBrasil.org

Abril 2006