

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO MILITAR

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa¹

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios e garantias que alcançam não apenas os brasileiros, natos ou naturalizados, mas também os estrangeiros residentes no país ou mesmo no exterior que estejam de passagem pelo território nacional. A Convenção Americana de Direitos Humanos complementou as garantias que foram estabelecidas pelo texto constitucional, que se aplicam tanto aos civis como aos militares.

O direito militar ainda é um ramo da ciência jurídica pouco divulgado, mas com o advento da nova CF vem passando por várias modificações. O militar, que é um cidadão que integra a sociedade, é responsável pela preservação da segurança, externa e interna, sem a qual um país não se desenvolve e não realiza os seus objetivos nacionais.

A especialização desse ramo do direito que se divide em direito administrativo militar ou disciplinar militar, direito penal militar e direito processual penal militar, em nenhum momento afasta a aplicação dos princípios constitucionais, que devem ser observados e respeitados, sob pena da prática do crime de abuso de autoridade.

O militar, devido às particularidades de sua profissão está sujeito a diversos regramentos, que são rigorosos, mas ao mesmo tempo deve e necessita que seus direitos e garantias fundamentais sejam observados. As acusações apresentadas pela administração pública militar devem permitir o exercício da ampla defesa e o contraditório, sem os quais os atos processuais são nulos de pleno direito, como vem decidindo os Tribunais superiores.

Atualmente, por força da CF/88, a palavra militar possui um significado mais amplo que deve ser distinguido. Os integrantes das forças armadas, Exército, Marinha e Força Aérea, são denominados de militares federais, e são responsáveis pela preservação da segurança nacional em todo o território brasileiro. Os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são os militares estaduais, sendo responsáveis pela preservação da ordem pública em seus três aspectos : segurança pública, salubridade pública e tranquilidade.

As nações organizadas e desenvolvidas possuem as suas forças policiais que observam e respeitam a Constituição Federal, as autoridades constituídas e a lei. O mesmo ocorre com a República Federativa do Brasil, onde as forças armadas são as responsáveis pela defesa da ordem estabelecida e da

¹ Advogado em Ribeirão Preto, professor de Direito Penal e Processual Penal, Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Moura Lacerda (Ribeirão Preto), mestre em Direito pela UNESP-Câmpus de Franca, Membro Titular da Academia Ribeirãopretana de Letras Jurídicas.

Constituição Federal. *Mas será que os princípios constitucionais têm sido aplicados de forma efetiva aos militares ?*

Segundo o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção de raça, cor, ou credo religioso. A democracia tem como fundamento o cumprimento da lei e das garantias constitucionais. O militar é o responsável pela preservação da segurança e deve ser tratado como profissional, sendo-lhe asseguradas todas as prerrogativas necessárias ao exercício de suas funções como ocorre com as demais pessoas que vivem em solo brasileiro.

A não observância das regras, as quais está sujeito, poderá levar o militar a um processo-crime, ou a um processo administrativo. No primeiro caso, o militar poderá perder a sua liberdade, como ocorre com qualquer pessoa que venha a praticar um ilícito previsto no Código Penal e nas Leis Especiais. No processo administrativo, o militar fica sujeito a perda do posto ou da graduação, mas em qualquer situação, até que se prove o contrário, será considerado inocente. Assim preceitua a Constituição Federal.

2. Processo administrativo e princípios constitucionais

Segundo o art. 5º., inciso LV, *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são asseguradas o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. *Mas será que os princípios da ampla defesa e do contraditório são uma realidade nos processos que os militares respondem pela prática de uma transgressão disciplinar militar, leve, grave ou gravíssima ?*

Antes do advento do novo texto constitucional, ao praticar *em tese* uma transgressão disciplinar, o militar em regra apresentava apenas uma justificativa, que era analisada pela autoridade militar. Com base nas informações prestadas, a autoridade decidia pela punição ou não do infrator. Atualmente, esse procedimento foi modificado, ou deve ser afastado por contrariar os princípios da ampla defesa e do contraditório.

O direito administrativo militar recebeu um aspecto de processualidade, ou seja, as garantias observadas em juízo também devem ser aplicadas ao processo administrativo. O militar não mais pode ser apenas um objeto de investigação, a não ser que exista um inquérito policial militar em andamento, mas mesmo assim por meio de um advogado constituído o acusado poderá acompanhar as provas produzidas, indicar testemunhas, ter acesso aos autos, sob pena de cerceamento das garantias que foram asseguradas a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

A prisão administrativa militar cautelar deve ser usada com moderação pelas autoridades militares. Não basta uma mera justificativa para que o militar seja encarcerado, sendo necessária a existência de indícios que indiquem autoria e materialidade. A prisão indevida do militar traz como consequência a obrigação do Estado de indenizar o administrado pelos danos morais e materiais

que foram suportados em atendimento ao art. 37, § 6º, da CF, responsabilidade objetiva do Estado.

O princípio da inocência também se aplica ao processo administrativo militar, por mais que se afirme que a administração pública possui poderes especiais e que na dúvida o princípio a ser aplicado é o *in dubio pro administração*. A punição caso fique configurada a falta deve ser aplicada de forma justa, não se permitindo meros juízos de valor ou de especulação. Os bens, a vida das pessoas, e a liberdade, não podem ser limitados com meros indícios. As provas devem ser concretas, seguras, caso contrário não se alcançará a Justiça, mas a iniquidade, que é incompatível com a democracia.

No curso de um processo administrativo, o militar não perde a sua dignidade como profissional ou como pessoa, e portanto tanto o acusado como o seu advogado devem ser tratados com urbanidade e respeito. O advogado é essencial para a efetiva aplicação da Justiça. Como ensina Piero Calamandrei em sua obra, "*Eles os juízes vistos por um advogado*", o primeiro juiz da causa, que conhece o sofrimento da pessoa é o advogado.

A observância do *princípio da legalidade* é uma outra questão que tem sido motivo de controvérsia no direito administrativo militar, mesmo com o advento da CF/88. *As acusações relativas às transgressões disciplinares não podem ser genéricas como se pretende nos termos acusatórios. O princípio da legalidade é específico e impede a existência de uma acusação que não esteja previamente estabelecida antes do fato delituoso em tese.*

O direito administrativo militar possui particularidades que o afastam do direito administrativo aplicado aos funcionários civis. A possibilidade de cerceamento da liberdade do militar traz como consequência a necessidade da existência de normas claras e precisas, que possam permitir o exercício da ampla defesa e o conhecimento prévio das faltas os quais acusado se encontra sujeito, afastando a possibilidade do arbítrio.

A justiça deve ser exercida com imparcialidade em respeito às garantias que estão asseguradas aos administrados. O princípio da imparcialidade também se aplica ao direito administrativo militar, mas sofre limitações quando a mesma pessoa é a responsável pela colheita e julgamento da prova. O acusado é submetido a um parecer que é elaborado por pessoas que participaram ativamente da instrução processual, o que fere o sistema da livre apreciação das provas que é adotado no direito penal. Mesmo este sistema não admite meros juízos de valor para a imposição de uma penalidade ou sanção.

Por fim, pode-se afirmar que os regulamentos militares estão se adequando ao texto da CF. Não mais se admite que qualquer alteração seja feita por meio de decretos. *Somente a lei que seja proveniente do Poder Legislativo é que poderá estabelecer quais são os atos considerados como ilícitos administrativos.* O Estado de São Paulo, buscando se adequar ao disposto na Constituição Federal, editou uma Lei Complementar que substitui o Regulamento Disciplinar, até então vigente na Polícia Militar.

Os princípios constitucionais estão se incorporando às normas administrativas militares, o que tem permitido o exercício da ampla defesa. O militar deve ser punido e até mesmo afastado de suas funções quando fique comprovado que este praticou um ilícito, mas deverá ser julgado em conformidade com a lei fundamental de seu país.

3. Princípios constitucionais e inquérito policial militar

O inquérito policial tem por objetivo apurar a autoria e a materialidade de um ilícito (contravenção ou crime) para que o titular da ação penal pública, Ministério Público, ou o titular da ação penal privada, ofendido ou seu representante legal, tenham os elementos necessários para o oferecimento da ação penal ou a propositura de pedido de arquivamento em atendimento à lei processual.

Por força do art. 144, § 4º, da CF, a Polícia Civil é o órgão responsável pela apuração das infrações penais comuns, excetuadas àquelas que sejam de competência da Polícia Federal. Com base no texto constitucional, não cabe a Polícia Civil ou à Polícia Federal apurar as infrações criminais de natureza militar.

Os militares dividem-se em duas categorias: a. os militares federais, que são os integrantes das Forças Armadas; b. os militares estaduais, que por força de lei (art. 42, da CF) tornaram-se militares e são integrantes das Forças Auxiliares e reserva do Exército. No exercício de suas funções os militares encontram-se sujeitos ao Código Penal Militar, Leis Penais Especiais, Código de Processo Penal Militar, e Estatuto do Militares (militares federais).

Em tempo de guerra, o Código Penal Militar permite em determinados crimes, como por exemplo a espionagem, a aplicação da pena de morte. A Constituição Federal veda a aplicação da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, art. 5º, inciso XLVII. Essa pena somente será aplicada aos militares em tempo de guerra e em determinados crimes, devendo ser assegurado ao acusado a ampla defesa e o contraditório na forma do art. 5º, inciso LV, do texto constitucional.

As forças policiais, civil e federal, não possuem competência para apurar os crimes militares, sendo esta atribuição exercida pela Polícia Judiciária Militar, que é constituída por autoridades militares e seus auxiliares. Ao tomar conhecimento da prática de um ilícito, o Comandante da Unidade, a qual pertence o militar, por meio de portaria, determinará a abertura de Inquérito Policial Militar (IPM) nomeando um oficial para apurar a autoria e a materialidade do fato. Caso o autor do ilícito seja conhecido, o oficial nomeado deverá possuir posto ou patente acima do indiciado.

No caso de prisão em flagrante delito, o acusado deverá ser apresentado à autoridade militar que esteja no exercício da função de Polícia Judiciária Militar, o qual lavrará o auto de prisão na forma do Código de Processo Penal Militar, que é semelhante ao auto de prisão em flagrante lavrado pela Polícia

Civil, ouvindo-se o condutor, as testemunhas, e o militar (federal ou estadual) acusado da prática do ilícito em tese.

O inquérito policial militar serve como peça informativa ao promotor de justiça, para que este, se assim o entender, possa propor perante a autoridade judiciária a competente ação penal militar. No Estado de São Paulo, os promotores que atuam perante a Justiça Militar são oriundos do Ministério Público Estadual. Na Justiça Militar Federal, a acusação é exercida pelos Procuradores da República que pertencem ao quadro do Ministério Público Militar Federal.

A Justiça Militar Estadual destina-se ao julgamento dos policiais militares e dos bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, art. 125, § 4º, da C F. Com base neste artigo, um civil não mais poderá ser julgado perante a Justiça Castrense Estadual. Caso seja processado, poderá propor um *habeas corpus* para trancamento da ação penal militar. Os militares federais são julgados perante a Justiça Militar Federal, que poderá julgar civis caso estes venham a praticar qualquer crime militar, próprio ou impróprio, no interior de uma Organização Militar (OM), em uma área sujeita à administração militar ou em co-autoria com outro militar.

Com o advento da nova Constituição Federal, o inquérito policial militar, que também é sigiloso encontra-se sujeito aos preceitos constitucionais sob pena da prática do crime de abuso de autoridade previsto na Lei Federal n.º 4898/65. Segundo o art. 133 do texto constitucional, o advogado é indispensável à administração da Justiça, seja dos Estados, da União ou das Justiças Especializadas, entre elas a Justiça Militar Estadual ou Federal.

A autoridade que preside o inquérito policial militar não poderá cercear o direito do advogado de ter acesso aos autos, *inclusive fotocopiar as peças que considere essenciais para a defesa do seu constituinte*. O IPM não pode e não deve ser um procedimento administrativo onde seja vedado ao advogado acompanhá-lo. O sigilo que se menciona no Código de Processo Penal Militar passou a ser relativo, e *encontra-se sujeito aos dispositivos constitucionais e ao Estatuto da Advocacia*.

No mesmo sentido, caminha a disposição do art. 17 do Código de Processo Penal Militar, que permite a autoridade militar decretar durante o inquérito policial a incomunicabilidade do acusado. Com o advento da CF/88, essa disposição foi revogada e a autoridade militar que não respeitar o direito do advogado de comunicar-se reservadamente com o seu cliente estará praticando o crime de abuso de autoridade.

A *hierarquia e a disciplina* continuam sendo os preceitos basilares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, que são responsáveis pela manutenção da ordem e da segurança pública. Mas, quando se trata de processo administrativo ou penal, deve-se observar os preceitos constitucionais, que são direitos e garantias fundamentais assegurados aos cidadãos (civil ou militar).

Durante a colheita das provas no inquérito policial militar, o indiciado poderá estar presente em todos os atos com o seu advogado, que não

poderá interferir na presidência do procedimento administrativo, mas não permitirá que os princípios constitucionais sejam violados e caso seja necessário usará da palavra na forma do Estatuto da Advocacia.

O indiciado não está obrigado a responder às perguntas que lhe sejam feitas na fase do inquérito policial, e a sua recusa não poderá ser entendida como sendo violação ao preceito de faltar à verdade, que é considerado transgressão disciplinar grave.

O inquérito policial militar continua sendo inquisitivo, mas isso não significa que a autoridade militar que o preside poderá durante o seu curso desprezar os princípios constitucionais que são assegurados a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, em atendimento ao art. 5.º, *caput*, e seus incisos.

4. Processo-crime militar e princípios constitucionais

O processo penal militar, que é regido pelo Código de Processo Penal Militar, vem passando por modificações que tem como fundamento a Constituição Federal de 1988, a denominada constituição cidadã. As garantias processuais e constitucionais têm sido asseguradas de forma efetiva ao militar (federal ou estadual), o que significa a certeza de um julgamento justo que é o fundamento de uma democracia livre e soberana, onde todos devem ser iguais perante a lei.

A ação penal militar, assim como ocorre com a ação no Direito Penal aplicado aos civis, tem como titular o Ministério Público Militar. No âmbito federal, o Ministério Público Militar é constituído por promotores e procuradores que ingressaram na carreira por meio de um concurso de provas e títulos. Esses profissionais exercem de forma exclusiva a função à titularidade da ação penal cabendo a eles decidirem ao final do inquérito policial militar (IPM) a decisão pelo arquivamento, realização de novas diligências ou o oferecimento da ação. Nos Estados-membros da Federação, o titular da ação penal militar também é o Ministério Público em atendimento ao disposto na Constituição Federal, mas existem algumas particulares que se afastam do sistema que vem sendo adotado pela União.

No Estado de São Paulo, os promotores que atuam na Justiça Militar Estadual não prestam concurso de provas e títulos para serem exclusivamente promotores militares. Os promotores que atuam na Justiça Castrense são escolhidos junto aos seus pares do Ministério Público Estadual. Com base na Constituição do Estado e na Constituição Federal a estes profissionais são asseguradas todas as garantias necessárias ao exercício de suas funções, inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos.

O inquérito policial, na área militar, é presidido não por Delegados de Polícia como ocorre na Justiça Comum, mas por oficiais que seguem as mesmas regras na busca da autoria e materialidade que são essenciais para o oferecimento da ação penal. No IPM também não se aplica o princípio da ampla

defesa e do contraditório, sendo o militar, em tese, infrator sujeito de investigação, o que não afasta em nenhum momento as garantias constitucionais.

Por força do texto constitucional, os Códigos Penal e Processual Penal Militar possuem artigos que foram tacitamente revogados, como por exemplo o art. 17 do CPPM, que determinava a incomunicabilidade do acusado, inclusive com o seu advogado. Atualmente, mesmo que se negue esta garantia sob pena de abuso de autoridade, o advogado tem o direito de conversar reservadamente com o seu cliente a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo que este esteja preso em um quartel das Forças Armadas ou Forças Auxiliares acusado da prática de um crime comum ou militar.

No âmbito da Justiça Militar, Estadual ou Federal, os princípios enumerados no art. 5º, da CF, são observados de forma efetiva, sendo assegurado ao acusado a mais ampla defesa, que somente deve ser exercida por um profissional devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e que tenha pleno conhecimento da matéria militar. Na dúvida, ou seja, na ausência de provas seguras que demonstrem a autoria e materialidade dos fatos descritos na ação penal militar, o princípio da inocência é aplicado de forma efetiva. O cerceamento da liberdade não admite juízos de valor, mas apenas a existência de provas concretas. Na dúvida, *como ensina Eliezer Rosa, é melhor absolver o culpado do que condenar o inocente.*

A Lei 9099/95 que institui o Juizado Especial Criminal a princípio foi aplicada na Justiça Militar, e depois por força de Lei Federal foi vedada a sua aplicação. Com o advento da Lei n.º 10259/01, a discussão será reaberta e o militar poderá receber os mesmos benefícios que são concedidos aos civis em respeito ao princípio da igualdade. O art. 2.º, parágrafo único, da Lei n.º 10.259/01, deve ser aplicado tanto na Justiça Comum como na Justiça Militar (Federal ou Estadual) em atendimento ao art. 5º, *caput*, da CF, e também a Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi subscrita pelo Brasil por meio de decreto legislativo e decreto do poder executivo.

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais Federais que não fez qualquer ressalva quanto a sua aplicação na Justiça Estadual ou mesmo na Justiça Militar (Federal ou Estadual) não há que se falar em uma interpretação diversa da pretendida pelo legislador. O direito penal assegura que a Lei não poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu. A nova Lei é muito mais benéfica e portanto possui aplicação imediata. Não é justo que um civil que tenha praticado, em tese, o crime de desacato em área sujeita à administração pública militar federal não tenha direito ao benefício da transação, enquanto que um outro civil que tenha praticado o mesmo crime de desacato, tendo como vítima um funcionário da Justiça Federal, possa receber este benefício.

Portanto, o respeito aos princípios constitucionais é assegurado a todos os militares em qualquer lugar do território nacional. A construção de um país livre e soberano tem como fundamento o cumprimento da lei, sem a qual o Estado não tem condições de exercer as suas funções. Todos devem respeitar a lei, que foi o sistema adotado pelo Brasil, que segue a tradição da família romano-germânica.

5. Princípio da inocência como garantia constitucional

O devido processo legal que deve ser observado no processo-crime e no processo administrativo não se limita apenas à observância do disposto na lei na busca da efetiva aplicação da justiça. Somente em um julgamento onde todas as garantias são asseguradas é que se poderá afirmar que no caso sob análise a Justiça foi feita. A lei é uma das principais conquistas da sociedade no decorrer dos anos, que deve ser respeitada pelo Estado, juntamente com a administração pública.

O acusado deve estar em igualdade com a acusação na instrução probatória, caso contrário estará sendo negado o direito ao devido processo legal, e as ordálias ou juízos de valor estarão retomando o seu lugar na história. Essa espécie de prova foi afastada em nome dos princípios que foram defendidos por Beccaria em sua obra “Dos Delitos e das Penas”.

A legalidade é um princípio que se aplica à administração pública, art. 37, *caput*, da C. F, e também à administração pública militar. As normas administrativas militares (decretos, portarias, resoluções e outras) foram recepcionadas pela CF de 1988, mas existem dispositivos (artigos, incisos, alíneas) que não foram recepcionados por contrariarem as garantias estabelecidas no art. 5º, da CF.

A defesa da aplicação do princípio da inocência no direito administrativo militar ainda é uma novidade em uma área em que existe o entendimento segundo o qual a autoridade administrativa militar possui discricionariedade no julgamento dos seus subordinados. Na dúvida, quando da realização de um julgamento administrativo onde o conjunto probatório é deficiente, não se aplica o princípio *in dubio pro administração*, mas o princípio do *in dubio pro reo*, previsto na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos que foi subscrita pelo Brasil.

No direito penal, ninguém pode ser condenado sem a existência de provas concretas que demonstrem a autoria e a culpabilidade. O *jus libertatis* é um direito fundamental do cidadão, não admitindo meras ficções ou suposições para ser cerceado. A prova é feita de forma dialética, devendo existir igualdade entre defesa e acusação na busca da verdade dos fatos. No campo disciplinar, assim como ocorre no direito penal, vige o princípio da verdade real, e não formal, como ocorre no processo civil.

O direito administrativo militar é um ramo autônomo do direito, possuindo seus próprios fundamentos e princípios, mas estes possuem estreitas relações com o direito penal, sendo que muitas faltas administrativas podem levar a um processo crime perante as auditorias militares. O militar que cometer uma transgressão disciplinar poderá ter o seu *jus libertatis* cerceado por até 30 dias em regime fechado, devendo permanecer no quartel até o cumprimento da punição.

No processo administrativo, a prova da acusação é feita pelo próprio órgão julgador, o que lhe retira a imparcialidade necessária para a realização da Justiça. Para aplicação do devido processo legal, seria necessária a instituição da figura do oficial acusador, que ficaria responsável pela colheita dos elementos de prova, o que permitiria ao oficial julgador ter isenção no momento do julgamento.

No curso da instrução probatória, pode ocorrer a dúvida quanto aos depoimentos colhidos que não levam a certeza da autoria ou materialidade da transgressão disciplinar, o que não autoriza a prolação de um seguro decreto condenatório. A transgressão disciplinar exige a comprovação da autoria e materialidade, sob pena de se estar praticando excesso ou até mesmo uma arbitrariedade. A manutenção da hierarquia e da disciplina deve ser feita em conformidade com os princípios da legalidade e do devido processo legal, para que o Estado democrático de Direito não seja violado.

A ausência de provas seguras ou de elementos que possam demonstrar que o acusado tenha violado o disposto no regulamento disciplinar leva à sua absolvição, com fundamento no princípio da inocência, afastando-se o entendimento segundo o qual no direito administrativo militar vige o princípio *in dubio pro administração*, que foi revogado a partir de 05 de outubro de 1988.

A Constituição Federal no art. 5.º, inciso LVII, diz que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Deve-se observar, que o art. 5.º, inciso LV, preceitua que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Com fundamento nos dispositivos constitucionais fica evidenciado que o princípio da inocência é aplicável ao direito administrativo militar. A ampla defesa e contraditório pressupõem o respeito ao princípio do devido processo legal, no qual se encontra inserido o princípio da inocência. As questões administrativas que envolvem punições (sanções) não são mais meros procedimentos, mas processos. A CF igualou o processo judicial e o administrativo e assegurou as mesmas garantias processuais e constitucionais aos litigantes em questões administrativas (civis ou militares).

A autoridade administrativa militar (federal ou estadual) deve atuar com imparcialidade nos processos sujeitos a seus julgamentos, e quando esta verificar que o conjunto probatório estampado nos autos é deficiente deve entender pela absolvição do militar. A precariedade do conjunto probatório deve levar à absolvição do acusado, para se evitar que este passe por humilhações e constrangimentos de difícil reparação, que poderão deixar suas marcas mesmo quando superados, podendo se refletir nos serviços prestados pelo militar à população, que é o consumidor final do produto de segurança pública e segurança nacional.

Devido à estrutura adotada nos processos administrativos militares, onde existe uma mistura entre a figura do acusador e a do julgador, fica

difícil para a autoridade administrativa entender pela absolvição do acusado com fundamento no princípio da inocência. Além disso, em muitos casos, ainda existe uma confusão entre discricionariedade e arbitrariedade. A primeira fica sujeita ao princípio da legalidade e da moralidade previstos no art. 37, *caput*, da CF. A liberdade do administrador deve se pautar pelo respeito à lei, porque este foi o sistema adotado por nosso país. Para se evitar possíveis arbitrariedades no campo administrativo militar, faz-se necessário a edição de uma lei que trate dos princípios e normas que devem ser observadas nos julgamentos, aos quais ficam sujeitos os militares (federais ou estaduais).

O princípio da inocência é uma realidade do processo administrativo militar e deve ser aplicado pelo administrador quando o conjunto probatório for deficiente e impeça a prolação de um seguro decreto condenatório. A justiça é elemento essencial de qualquer instituição, pois somente com a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais é que se pode alcançar os objetivos do Estado democrático de Direito. O respeito à lei em todos os seus aspectos é condição essencial para a construção de uma sociedade melhor, justa, fraterna e livre da violência e das desigualdades sociais.

6. Aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no Direito Administrativo Militar

O § 2º, do art. 5.º, da CF, que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, diz que, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Segundo o art. 5º, *caput*, da CF, todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza. Esse princípio aplica-se ao cidadão civil ou militar no exercício de suas funções, não podendo existir na lei infra-constitucional limitações que não foram impostas pelo legislador constituinte.

O servidor militar, assim como o civil, é sujeito de direitos e obrigações sendo regido por estatuto próprio, o qual deve obedecer à CF sob pena de inconstitucionalidade. Os militares estaduais continuam sendo regidos por regulamentos disciplinares editados por meio de decretos, que foram recepcionados, mas que não mais podem ser alterados por esse instrumento. Eventuais alterações nos diplomas disciplinares somente podem ocorrer por meio de lei, art. 5.º, inciso LXI, da CF. Ao servidor militar aplicam-se os preceitos constitucionais sob pena de abuso de poder ou arbitrariedade.

O Estado democrático de Direito é uma conquista decorrente de anos de lutas, e deve se fazer presente em todos os setores da sociedade. O militar (federal ou estadual) é um cidadão e deve ser tratado como tal. As garantias constitucionais aplicam-se integralmente aos servidores militares.

Nos processos administrativos militares, as garantias constitucionais têm sofrido limitações em nome da hierarquia e da disciplina. Esses princípios fundamentais das corporações militares podem ser observados, não

sendo necessário violar os preceitos esculpido na CF. O administrador deve entender que a partir de 05 de outubro de 1988, o direito administrativo passou por profundas modificações e estas alcançam a área militar.

Em nenhum momento, busca-se suprimir da administração militar seu legítimo direito de punir o militar faltoso, que viola os princípios de hierarquia e disciplina. Mas, a punição não deve ser arbitrária, sendo necessário assegurar ao militar a ampla defesa e o contraditório, em atendimento ao art.5º, inciso LV, da CF.

O Brasil, por meio de decreto legislativo e presidencial, subscreveu a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Com fundamento no art. 5º, § 2º, da CF, esse tratado internacional aplica-se a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, não existindo nenhuma vedação ao fato dos brasileiros serem civis ou militares.

O administrador militar, principalmente o administrador militar estadual, ainda não reconhece nos processos administrativos o *princípio da inocência*, segundo o qual, na ausência de provas seguras, cabais, que possam demonstrar a culpabilidade do acusado, vige em seu favor o princípio do *in dubio pro reo*. Esse princípio encontra-se consagrado na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Não se admite como querem alguns administradores que na dúvida seja aplicado o princípio *in dubio pro administração*.

O ônus da prova como vem entendendo a doutrina pertence à administração pública que é titular do *jus puniendi*. A *administração militar precisa entender que prova da culpabilidade do agente lhe pertence*, o qual será inocente até prova em contrário. Na dúvida, o servidor deve ser absolvido, não cabendo ao administrador suprir provas ou as deficiências da acusação.

O mesmo ocorre com a vedação do cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares. O art. 5º, LXVIII, da C.F, não limita o seu cabimento. *Esse cerceamento constante do art. 142, § 2º, da C.F, é inconstitucional*. Segundo o art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, os direitos e garantias fundamentais assegurados aos brasileiros ou estrangeiros residentes no país não admitem nem mesmo Emenda Constitucional. Como pode um outro artigo da Constituição Federal pretender limitar o cabimento desse remédio ? A Convenção Americana de Direitos Humanos em nenhum momento limitou o cabimento de *habeas corpus* nas questões civis ou militares, devendo essa garantia não sofrer qualquer tipo de vedação em nome do Estado democrático de Direito.

Em respeito ao princípio da legalidade, que também foi consagrado pelo Pacto de São José da Costa Rica, não se pode admitir a amplitude das transgressões disciplinares, que podem levar à prática do arbítrio, da intolerância e do abuso de autoridade. O rigor da disciplina militar não deve afastar a efetiva aplicação dos preceitos constitucionais. O infrator deve ser punido e quando necessário afastado dos quadros militares, mas em conformidade com a lei, com observância do devido processo legal.

As autoridades militares, assim como as autoridades administrativas civis, encontram-se sujeitas aos princípios consagrados no art. 37, *caput*, da CF, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Esses princípios devem reger os processos administrativos na busca da efetiva aplicação da *justiça que é o pilar mais sólido de Deus*.

As normas militares devem respeito à Constituição Federal, que em nosso sistema encontra-se no ápice da hierarquia das leis. Não existe decreto ou lei que possa estar acima da Constituição Federal. O militar infrator deve ser punido em conformidade com a lei, sendo-lhe assegurado as garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, aos acusados deve ser assegurado o direito de ser assistido por um advogado. Os regulamentos militares permitem que o militar possa ser defendido por um oficial ou por uma praça que seja bacharel em direito. Essa previsão fere o princípio da ampla defesa e do contraditório e deve ser modificada. O militar somente poderá ser bem assistido por meio de um advogado, que não esteja sujeito à hierarquia e à disciplina ou ao temor reverencial.

Os julgamentos administrativos militares devem se pautar pelo respeito ao princípio da imparcialidade, com a efetiva aplicação da justiça. O julgador militar não deve esquecer que suas decisões precisam ser motivadas, e que estas poderão ser revistas pelo Poder Judiciário, em atendimento ao art. 5º, inciso XXXV, da CF. A decisão injusta, contrária a prova dos autos, e que venha a causar prejuízos ao administrado poderá motivar uma ação de indenização por danos morais e materiais, na forma do art. 37, § 6º, da CF.

Com o advento da CF/88, os militares acusados da prática de ilícitos penais ou administrativos não podem mais ser punidos sem que lhes sejam assegurados os direitos previstos no texto constitucional. Além dessas garantias, os militares ainda encontram-se amparados pelos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU.

O militar que garante a nossa segurança externa, Forças Armadas, ou a nossa segurança interna, Forças Auxiliares, deve ser julgado por meio de um julgamento justo, onde lhes sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal, o princípio da imparcialidade e o princípio da inocência, além de outras garantias necessárias à efetiva aplicação da Justiça, que fortalece o Estado democrático de Direito.

7. Conclusão

A liberdade é o bem mais precioso que o cidadão civil ou militar possui em sua vida. O Estado como responsável pela preservação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa deve assegurar o respeito à lei e à Constituição Federal, que é a norma fundamental de uma nação.

As infrações penais ou administrativas que possam levar ao cerceamento da liberdade devem estar previamente estabelecidas em respeito ao princípio da legalidade. O cidadão deve conhecer os seus direitos e as suas obrigações para que não fique sujeito a regras, que impeçam o exercício das garantias processuais.

A prática de um ato ilícito traz como conseqüência o direito do Estado por meio de seus representantes legais em buscar a punição do infrator. A impunidade não deve existir no Estado democrático de direito, mas a imposição da pena e o processo deve seguir as regras que foram estabelecidas no texto constitucional.

O direito militar, administrativo ou processual, possui regras próprias que estão previstas nos regulamentos disciplinares e nos códigos militares. O respeito à hierarquia e à disciplina é fundamental nas instituições militares, que são responsáveis pela preservação da ordem pública interna e da soberania do país. Uma nação que não possui forças militares regularmente constituídas poderá sofrer atos que podem ferir a sua autonomia, a *chamada auto-determinação dos povos*.

A observância da hierarquia e da disciplina não afasta o respeito aos princípios constitucionais e às garantias processuais que são asseguradas a todos os acusados e aos litigantes em geral, em processo administrativo ou judicial. Todos possuem o direito de terem uma defesa, com a produção de provas e a presença de um advogado.

A Constituição de 1988 estabeleceu garantias que se aplicam a qualquer ramo do direito. Não mais se admite punições que não respeitem o princípio da legalidade ou que violem os procedimentos previamente estabelecidos. O Supremo Tribunal Federal, de forma reiterada, tem reconhecido a nulidade dos processos administrativos que não asseguram aos acusados a ampla defesa e o contraditório, que somente é exercida de forma efetiva com a presença de um advogado regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

As normas militares anteriores a 5 de outubro de 1988 e que estejam em desacordo com o vigente texto constitucional não possuem mais eficácia. A qualquer momento o militar (federal ou estadual) que tiver um direito constitucional violado poderá buscar a proteção do Poder Judiciário, Militar ou Civil, com base no art. 5º, inciso XXXV, da CF.

A construção de uma sociedade justa, fraterna e igualitária, se faz com a união de todos os seus segmentos civis ou militares. O respeito à lei e à ordem é uma necessidade para que os objetivos nacionais possam ser alcançados. Os infratores devem ser punidos, e quando necessário a sua liberdade cerceada, mas é preciso que as garantias sejam respeitadas para que o processo não esteja marcado por vícios que podem levar à reforma da decisão.

O direito militar, assim como os demais ramos do direito, sofreu modificações com o advento da nova CF/88, que não afastaram a possibilidade da aplicação de punições quando comprovado que o militar praticou um crime ou uma transgressão disciplinar. A punição deve ser justa com base em provas que

demonstrem a autoria e a materialidade do ato imputado ao acusado. Caso contrário, a pessoa deve ser absolvida com fundamento no princípio da inocência, que se aplica a qualquer ramo do direito penal ou administrativo.