

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

EDUARDO LUIZ MEDEIROS

**DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL E A (IN)EFETIVIDADE DAS
GARANTIAS PROCESSUAIS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS MILITARES
PÓS-1988: Estado Democrático de Direito ou Estado de Exceção?**

SÃO LEOPOLDO

2012

EDUARDO LUIZ MEDEIROS

DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL E A (IN)EFETIVIDADE DAS GARANTIAS
PROCESSUAIS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS MILITARES PÓS-1988:
Estado Democrático de Direito ou Estado de Exceção?

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
Área de concentração: Sociedade, Novos
Direitos e Transnacionalização

Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo

2012

M488d Medeiros, Eduardo Luiz

Devido processo constitucional e a (in)efetividade das garantias processuais nos processos administrativos militares pós-1988: Estado democrático de direito ou Estado de exceção? / Eduardo Luiz Medeiros -- 2012. 120f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

Orientadora: Profa. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha.

1. Direito. 2. Estado Democrático. 3. Estado de Exceção. 4. Justiça de Transição. 5. Instituição militar. 5. Direito e Garantia Constitucional - Processo. I. Título. II. Saldanha, Jânia Maria Lopes.

CDU 34

Catálogo na Publicação:

Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Devido Processo Constitucional e a (IN)Efetividade das Garantias Processuais nos Processos Administrativos Militares Pós 1988: Estado Democrático de Direito ou Estado de Exceção?**”, elaborada pelo mestrando **Eduardo Luiz Medeiros**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de março de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

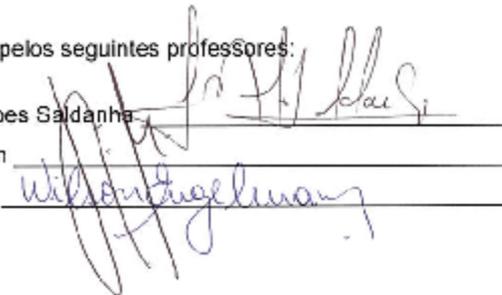
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. Jeferson Dytz Marin

Membro: Dr. Wilson Engelmann



A meu pai Luiz Rodrigues Medeiros e
minha mãe Cleusa Aparecida Sette
Medeiros.

Agradeço à professora Jânia Maria Lopes Saldanha, orientadora deste trabalho, pela paciência, compreensão, dedicação, carinho e pela orientação até a conclusão deste trabalho.

Ora, é preferível que um homem seja julgado por Deus do que pelo homem, porque os julgamentos de Deus são sempre justos, mas os julgamentos do homem nem sempre são justos.

O Livro de Mórmon: Mosias 29:12.

RESUMO

As arbitrariedades nos processos administrativos disciplinares militares são um fenômeno que vem se manifestando nas instituições militares pós-Constituição de 1988. Violações a princípios como devido processo legal, legalidade, estado de inocência, ampla defesa e contraditório, proporcionalidade da punição, respeito à dignidade da pessoa humana, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros, são comuns nas casernas. Este estudo analisa abusos decorrentes nos processos disciplinares nas Forças Armadas e Forças Auxiliares, demonstrando violações constitucionais do processo em casos concretos pós-redemocratização por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Tal fato torna-se um enigma, ou seja, o enigma da legalidade autoritária, invertendo-se o Estado Democrático de Direito pelo Estado de Exceção. Resposta disso é fruto de um militarismo conservador, com a mesma tradição do período ditatorial (1964-1985) em pleno século XXI, soçobrando direitos e garantias constitucionais do processo assegurados pela Carta Magna. Seria a falta de uma justiça de transição? A saída dessa “legalidade” autoritária passa pela conscientização e pelo respeito aos direitos humanos, inerentes ao homem. O que se busca é justamente a transição do Estado de Exceção para o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos, não existe democracia; sem democracia não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos e entre grupos.

Palavras-chave: Estado democrático. Estado de exceção. Justiça de transição. Instituições militares. Respeito aos direitos e garantias constitucionais do processo.

ABSTRACT

The arbitrariness in administrative disciplinary military proceedings are a phenomenon that has manifested itself in military institutions after the Constitution of 1988. Violations as: due process of law, legality, state of innocence, legal defense and contradictory, disproportionate punishments, lack of respect for human dignity, fairness and proportionality, among others, are common in the barracks. This study examines abuses in disciplinary proceedings in the Armed Forces and Auxiliary Forces, showing constitutional violations of the process in individual cases after (re) democratization through doctrinal and jurisprudential research. This fact becomes a puzzle, the puzzle of authoritarian legality, reverting the Democratic State of Law to a State Exception. The answer to that is the result of a conservative militarism, with the same tradition of the dictatorship period (1964-1985) in the XXI century, capsizing constitutional rights and guarantees of the process provided by the Constitution. Would it be a lack of transitional justice? The output of this authoritarian "legality" is awareness and respect for human rights inherent in man. What is sought is precisely the transition from the State of Exception by the Democratic State of Law, considering that without human rights recognized and effectively protected there is no democracy, and without democracy there is no minimum conditions for the peaceful settlement of conflicts that arise between individuals and between groups.

Keywords: Democratic state, State of exception, Transitional justice, Military institutions, Respect to constitutional rights and guarantees of the proceedings.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART	Artigo
CIA	Companhia
DES	Desembargador
FLS	Folhas
N.º	Número
REL	Relator
SD	Soldado
V.G	<i>Verbi gratia</i>

LISTA DE SIGLAS

AI-1	Ato Institucional 1
AI-2	Ato Institucional 2
AI-5	Ato Institucional 5
ALI	Agência Local de Inteligência
AMAN	Academia Militar das Agulhas Negras
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
BARF	Base Aérea do Recife
BPM	Batalhão da Polícia Militar
CEMDP	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos
CF	Constituição Federal
CGI	Comissão Geral de Investigações
CJUST	Conselho de Justificação
COPOM	Centro de Operações Policiais Militares
DJU	Diário da Justiça
FATD	Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MNDH	Movimento Nacional de Direitos Humanos
OM	Organização Militar
PMPR:	Polícia Militar do Paraná
PNDH	Programa Nacional de Direitos Humanos
PNEDH	Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos
QPM	Quadro Policial Militar
RDAER	Regulamento Disciplinar da Aeronáutica
RDE	Regulamento Disciplinar do Exército
RE	Recurso Especial
REO	Remessa <i>Ex Officio</i>
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RISG	Regulamento Interno e dos Serviços Gerais
RMS	Recurso de Mandado de Segurança
RPA	Radiopatrulha
RSE	Recurso em Sentido Estrito

SJD	Seção de Justiça e Disciplina
STF	Supremo Tribunal Federal
STM	Superior Tribunal Militar
TRF1	Tribunal Regional Federal 1ª Região
TRF2	Tribunal Regional Federal 2ª Região
TRF3	Tribunal Regional Federal 3ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal 4ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ENIGMA DA “LEGALIDADE” AUTORITÁRIA	19
2.1 Democracia: construindo os pressupostos históricos de uma nova concepção de Estado	22
2.1.1 Do Estado Absolutista ao Estado Liberal	22
2.1.2 Esboços do Estado Democrático de Direito	27
2.2 Justiça de Transição: o percurso para o resgate da memória e da verdade	29
2.2.1 O Desafio de Implantar a Justiça de Transição.....	29
2.2.2 Memória e Verdade	35
2.3 Um Olhar aos Crimes Ocorridos na Ditadura Militar Brasileira	39
2.3.1 Uma Análise sobre as Arbitrariedades na Ditadura Militar	39
2.3.2 A Suspensão-violação das Garantias Processuais	41
3 O RESQUÍCIO AUTORITÁRIO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS MILITARES E A SAÍDA PELAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	48
3.1 Garantias Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar	54
3.1.1 Garantias e Decisionismos.....	54
3.1.2 Direitos Humanos e o PNDH-3.....	67
3.2 Instituições Militares no Brasil: soberania e constituição.....	77
3.2.1 Hierarquia e Disciplina.....	77
3.2.2 Sanções Disciplinares e Violações aos Princípios do Processo	83
3.3 Estado de Exceção(?) em Plena Época Pós Constituição de 1988.....	100
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, de início, discorrer sobre aspectos concernentes à Ditadura Militar brasileira (1964-1985) para, na sequência, adentrar o tema objeto central deste estudo, qual seja, o Estado de Exceção em pleno Estado Democrático, de modo a demonstrar que a “ditadura militar”, pelo menos nas instituições militares, não se acabou com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

A história do período entre 1964 e 1985 é de conhecimento notório, muito embora haja ainda muitas pendências não resolvidas em relação ao período, quiçá por falta de uma justiça de transição no Brasil. Nesse sentido, a questão ora objeto de investigação científica refere-se à análise e exposição pós-1988, especificamente nas casernas, com ênfase nos processos administrativos militares e a apresentação de uma realidade que poucos conhecem.

As arbitrariedades nos processos administrativos militares são fenômenos que vêm se manifestando nas instituições militares pós-Constituição de 1988. Violações ao devido processo legal, presunção da inocência, ampla defesa e contraditório, igualdade, legalidade, punições desproporcionais, perseguições, falta de respeito e dignidade da pessoa humana são comuns dentro das casernas.

O presente estudo propõe-se a analisar, por meio de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, certos abusos ocorridos nos processos disciplinares, seja das Forças Armadas, seja das Forças Auxiliares, demonstrando violações constitucionais em casos concretos ocorridos em processos administrativos militares após a redemocratização, nos quais autoridades militares, com desejos subjetivos, frutos da tradição, conduzem processos administrativos sem o devido zelo e respeito aos acusados e, conseqüentemente, aos direitos constitucionais do processo, ficando evidente, no decorrer de todo o estudo, que não se trata de casos isolados mas, sim, cotidianos.

A abordagem ora empreendida busca demonstrar que tais abusos não se caracterizam meramente por violações tais como lesões corporais, torturas físicas ou psicológicas ou outras do gênero, que vêm sendo constantemente divulgadas pela mídia, mas, sim, que os princípios constitucionais é que são violados, não respeitados por parte da administração militar, ante a falta de democracia e a

inexistência da aplicação efetiva da Constituição nas instituições militares, em que a discricionariedade é convertida em arbitrariedade.

Para uma melhor compreensão, com fins didáticos, questiona-se não o Direito Militar como um todo, tendo em vista que este divide-se em ramificações como o Código de Processo Penal Militar, Código Penal Militar, Direito Disciplinar Militar e Direito Previdenciário Militar; busca-se, isto sim, trabalhar tão-somente com o Direito Disciplinar, com olhar nos processos administrativos disciplinares, sindicâncias e inquéritos militares.

No Brasil são milhares de milicianos que compõem as Forças Armadas, as Polícias e Bombeiros Militares. Todavia, constantemente se observam abusos decorrentes de interesses pessoais em desacordo com a Constituição da República, usando-se o subterfúgio da discricionariedade administrativa, hierarquia e disciplina, que são convertidas em arbitrariedades.

O direito brasileiro hodierno é norteado pela Constituição Federal, a qual, quando promulgada, em 1988, disponibilizou ferramentas para a efetivação dos direitos fundamentais a todos, protegendo os cidadãos contra as arbitrariedades do Estado, em especial na forma dos direitos constitucionais do processo. Essa garantia encontra-se, entretanto, ameaçada pelo Estado de Exceção, que restringe os direitos e garantias constitucionais assegurados aos acusados.

É importante deixar claro que não se pretende aqui defender militares acusados por transgressões disciplinares nem, muito menos, perder de vista as peculiaridades das instituições militares. O militar, diante de um processo administrativo, deve ter seus direitos constitucionais assegurados conforme outorga a Constituição Federal. Também não se pretende questionar a constitucionalidade das legislações infraconstitucionais que disciplinam o militarismo, mas refletir sobre as formas de atuação em processos disciplinares, o corporativismo por parte dos oficiais e os princípios constitucionais do processo violados.

Muitas vezes, em especial no ambiente das casernas, assevera-se que o melhor remédio para se corrigir alguém é apenas por meio da sanção. O que acaba por colocar, erroneamente, sentimentos e desejos pessoais acima dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

O desafio que se impõe é: como superar o paradigma daqueles militares que desde o princípio são adeptos de “chibatadas”? Como colocar a Constituição acima de tudo e realmente fazer valer direitos conquistados com luta e suor? Como fazer

com que o militar subordinado possa ser tratado como pessoa humana, dotada de direitos e não como inimigo? Ademais, como lutar contra esse sistema exacerbado de corporativismo?

A presente dissertação encontra-se dividida em dois capítulos, de acordo com os objetivos buscados para a melhor compreensão das ideias ora tratadas, a saber:

No capítulo primeiro pretende-se examinar a evolução do Estado até chegar ao Estado Democrático, compreendendo a importância da existência de uma efetiva Constituição Federal que realmente garante os direitos constitucionais do processo, neste caso, exclusivamente dos militares em geral, pois a Constituição Federal de 1988 tutela – no seu Título II – dos direitos e garantias fundamentais – valores incalculáveis e indiscutíveis. Delas são inerentes e dependentes a liberdade, a igualdade, a paz e a segurança, a dignidade da pessoa humana, dentre outros. Esses mesmos valores, hoje determinados como direitos fundamentais, foram, em algum momento da história, objeto de grandes disputas e conquistas. Trata-se de uma abordagem geral dos princípios de direitos constitucionais do processo ao longo de todo o trabalho com fito no respeito ao militar quando parte de processos administrativos.

Neste sentido, afirma-se a existência do enigma da legalidade autoritária em pleno Estado Democrático, onde as exacerbadas e constantes violações de direitos e garantias constitucionais do processo, em pleno século XXI, apontam com exatidão que as instituições militares encontram-se em Estado de Exceção, *v.g.*, um período em que o ordenamento jurídico, especificamente neste caso, e os direitos e garantias fundamentais do processo são suspensos com o objetivo de atender às necessidades específicas. O que não é o caso, vindo a ser cada vez mais comum nas democracias estabelecidas, tornando menos nítida a distinção entre regimes autoritários e regimes democráticos, solidificando um Estado autoritário e abusivo.

Democracia ou Estado de Exceção? Falta de justiça de transição? Como é demonstrado ao longo de todo o estudo, o Estado de Exceção apodera-se do Estado Constitucional, isto é, prevalece, de forma arbitrária, sob os direitos fundamentais da pessoa, gerando o enigma da legalidade autoritária.

O enigma da legalidade autoritária é um paradigma do governo repercutindo no Estado Constitucional. As exacerbadas e constantes violações de direitos humanos, especificamente nas instituições militares brasileiras, trazem vários questionamentos que serão discorridos ao longo do texto.

Para a consolidação dos direitos fundamentais a investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer seus acontecimentos caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva.

A história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada e que, com o resgate da memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre a sua própria identidade, a democracia se fortalece e o acesso a todos os arquivos e documentos produzidos durante o regime militar é fundamental no âmbito das políticas de proteção dos direitos humanos.

Anthony W. Pereira afirma que a justiça de transição no Brasil foi simbólica, porque o Judiciário e as Forças Armadas, sob a democracia, continuam a funcionar basicamente da mesma maneira como funcionavam sob o regime militar, em que, mesmo depois do retorno da democracia, continuam como um grupo corporativo altamente isolado e privilegiado. Reformar o Judiciário e as Forças Armadas era também um tópico premente da justiça de transição, pois as organizações conservadoras dessas instituições mantiveram-se praticamente incólumes, lançando suas sombras sobre a democracia.

Os altos índices de arbitrariedades nas casernas não estariam ligados à falta de realização da justiça de transição no Brasil, com a punição dos culpados pelos crimes praticados na ditadura? Tratar da violência passada é atenuar a violência presente, e a justiça de transição seria uma base para ampliação dos direitos humanos.

É ainda tratado, de forma empírica, sobre a ditadura militar brasileira nos períodos de 1964 a 1985 demonstrando alguns fatos arbitrários e importantes, vinculando-a a herança arbitrária atual, apresentada ao longo de todo este estudo sem, contudo, aprofundamento ao tema e, tampouco, descrição de suas origens remotas, sejam elas, ideológicas, políticas ou econômicas. Serve apenas para lembrar as arbitrariedades realizadas por militares que estavam no comando da nação brasileira, demonstrando que este período do regime militar perdura até hoje nas instituições castrenses e nos processos administrativos disciplinares.

Destacar o nexos causal entre Estado Democrático, legalidade autoritária, justiça de transição e ditadura militar brasileira é o primeiro passo que será abordado em todo o capítulo primeiro, pois são eles os protagonistas deste estudo.

O capítulo segundo expõe os resquícios autoritários nos processos administrativos militares e a saída pelas garantias constitucionais do processo, discorrendo sobre as instituições militares, seus princípios basilares: hierarquia e disciplina demonstrando, num contexto genérico, suas atribuições e legitimidade consoante a Constituição Federal outorga, bem como sua importância dentro da Nação brasileira.

São as Forças Armadas fundamentais para a proteção da Nação, por defender a Pátria contra ameaças externas, assegurando a convivência pacífica e o respeito internacional, além de garantir a integridade territorial e a paz interna. Já as Polícias e Bombeiros Militares possuem a responsabilidade da preservação da ordem pública e defesa civil, combatendo na prevenção e patrulhamento preventivo e ostensivo.

Os princípios da hierarquia e disciplina possuem previsão constitucional, pressupondo o dever de obediência do subordinado em relação a seu superior, sendo esses princípios rigorosamente aplicados e respeitados, de modo que sua quebra implica desestabilização da estrutura militar. Motivo que, com a intenção de garantir a estabilidade da instituição castrense, tem-se o processo administrativo disciplinar, com o objetivo de analisar a conduta do militar acusado da prática de uma transgressão. Neste sentido, a Constituição Federal dispõe de princípios que devem nortear o administrador na condução de processos administrativos disciplinares com o intuito de evitar arbitrariedades.

Os princípios constitucionais do processo são mandamentos de um sistema, um alicerce que se irradia sobre diferentes normas. O desrespeito ao princípio implica ofensa a todo o sistema de comandos, representando uma insurgência aos valores fundamentais, não se admitindo, também, que uma norma infraconstitucional se sobreponha à Lei Fundamental.

Todavia, grande parte das sanções disciplinares são ilegais e arbitrárias em desrespeito às garantias constitucionais do processo. Violações como: devido processo legal, estado de inocência, contraditório e ampla defesa, direito de recurso, legalidade e outros são constantemente violados nos processos administrativos disciplinares como será demonstrado ao longo da dissertação.

A Pátria, defendida por meio de compromisso das instituições militares, é a mesma Nação que possui uma Constituição Federal, garantidora de direitos constitucionais do processo que está vivendo, em pleno século XXI, um verdadeiro

Estado de Exceção, fruto de um militarismo conservador. Verifica-se que, no Preâmbulo e no Artigo 5º da Carta Magna, não há qualquer exceção aos militares, pois a Constituição Federal de 1988 proporcionou novos direitos, criando-se uma democracia sem discriminação, visando à figura do “homem”, ser humano dotado de direitos e deveres, pois a Carta Cidadã é fertilizada e inspirada pela concretização de valores supremos para qualquer ser humano, não ficando de fora os militares, tornando-se inadmissível que os mesmos tenham seus direitos constitucionais do processo tolhidos.

Discorre também sobre a importância do Poder Judiciário e Tribunais Internacionais, *v.g.*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, como alternativas de socorrer os militares quando possuem seus direitos tolhidos diante de um processo administrativo arbitrário.

As violações nos processos administrativos devem acabar de modo a efetivar e afiançar a todos os milicianos as garantias constitucionais do processo que a Carta Magna assegura. Devido que, a não aplicação dos princípios constitucionais do processo e o desrespeito aos subalternos acusados é andar na contramão do Direito.

Nesta esteira, as violações constantes nos processos administrativos e a impunidade dos administradores costumam causar sérios danos aos administrados, existindo, nos quartéis, um Estado de Exceção, desta forma, as arbitrariedades nas casernas devem acabar para que se assegurem aos militares todos os direitos que a ordem constitucional certifica, caso contrário, surge o Poder Judiciário como interventor dos direitos violados, apresentando-se à jurisdição constitucional como uma alternativa para a efetividade constitucional.

Assim, ninguém pode ser tratado com menos respeito do que qualquer outra pessoa, implicando, ao menos, o cumprimento dos direitos, que está ligado à dignidade em questão, havendo uma Constituição democrática.

Expõe-se também sobre o PNDH-3, no sentido de fomentar os direitos humanos em toda a sociedade, mas, principalmente, nas instituições de segurança pública, como exemplo a proposta, dentre várias, de orientar a educação e cultura em direitos humanos, pois, estão em defesa do indivíduo contra os abusos do exercício do poder, principalmente do Estado. Sendo os direitos humanos exigências nascidas da Constituição e das Convenções Internacionais, exigindo seu reconhecimento e respeito,

O que se pretende é o respeito ao Estado Democrático de Direito, pois, sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos, não há democracia. Almejando-se a perspectiva de que o tema “Devido Processo Constitucional e a (in)efetividade das garantias processuais nos processos administrativos militares pós 1988: Estado Democrático de Direito ou Estado de Exceção?” possa responder, à altura, os objetivos aqui elencados, dando uma resposta ao problema alinhavado quando do projeto do presente trabalho, porque o objetivo primordial é contribuir para uma sociedade mais justa e digna pautada no respeito e na compreensão da dignidade humana.

Convém destacar que o tema ora abordado carece de certa fragilidade quanto à abordagem dispensada pela doutrina, tendo em vista se tratar da área Direito Militar, especificamente com relação ao tema das transgressões disciplinares, assunto escassamente tratado pelos doutrinadores, o que justifica por vezes o uso de bibliografia pouco conhecidas.

No que concerne à apresentação do presente trabalho, empreendeu-se pesquisa descritivo-analítica e bibliográfica, utilizando-se da fenomenologia hermenêutica, o que enquadra a presente dissertação na linha de pesquisa da Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, do Programa de Pós Graduação em Direito – Nível em Mestrado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, permitindo a demonstração do papel importante sobre a eficácia dos direitos e garantias constitucionais do processo administrativo militar brasileiro.

2 ENIGMA DA “LEGALIDADE” AUTORITÁRIA

Identificar o enigma da legalidade autoritária e combatê-la no Estado Democrático constitui, para tomar de empréstimo o conceito kantiano, um *imperativo categórico* para uma sociedade do século XXI fundada no Estado de Direito e na diversidade de direitos fundamentais¹, especialmente quando se trata de instrumentalizarem-se as garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo militar.

O enigma da legalidade autoritária ainda repercute, nesta época pós-redemocratização, no Estado Constitucional de Direito. As exacerbadas e constantes violações de direitos constitucionais do processo, especificamente nos processos administrativos disciplinares nas instituições militares² brasileiras, neste século, trazem o questionamento: vive-se hoje em um Estado Democrático ou Estado de Exceção?

O presente trabalho apresenta um breve contexto histórico da evolução do Estado, bem como o advento da Constituição Federal de 1988, demonstrando que em pleno Estado Constitucional existe o Estado de Exceção nas instituições militares, tornando-se o enigma da legalidade autoritária. Seria a falta de uma justiça de transição?

Pois, infelizmente, nos dias atuais, ainda encontram-se traços fortes de uma linha conservadora da ditadura que vem se mantendo no meio militar, o que é um retrocesso, isto é, antagônico em uma transição para a democracia.

O Estado conquista a democracia, todavia traz consigo a herança da legalidade autoritária, criando a figura do Estado de Exceção, onde as autoridades com “poder legal”, ou melhor, arbitrário, suspendem a validade da lei, nascendo o Estado antagônico daquele guardião da Constituição Federal, um Estado autoritário, arbitrário e abusivo.

Na passagem do Estado de Exceção (ditadura militar) para o Estado Democrático, mantiveram-se em vigor resquícios alimentados pelo sistema político

¹ Enquanto os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias constitucionais, por isto, garantias fundamentais, diversamente compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 72.

² Ao longo do trabalho muito será abordada a expressão “instituições militares”. O leitor deve compreender que este estudo se refere às Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e às Polícias e Bombeiros Militares.

ideológico atual, oriundos de práticas de regimes anteriores que permanecem e se refletem no comportamento da polícia, das autoridades e de funcionários do Executivo, ficando viciados nas práticas de tortura e do autoritarismo³.

O legado autoritário dos anos de repressão para a transição democrática apresenta as seguintes perguntas: qual a influência da ditadura no século XXI? É possível desprezar os abusos do passado e agir em prol de um futuro democrático?

Os interesses para as autoridades do Estado não têm lei, e, quando a exceção se torna regra, o Estado não pode mais funcionar, tornando-se uma máquina perigosa face às supressões de direitos constitucionais do processo, o que vem se tornando uma prática no Estado Democrático brasileiro.

O Estado não se encontra apto (embora haja mudanças significativas) de ter o privilégio, nas instituições militares, de se conceituar como Democrático de Direito, pois este conceito somente pode ser utilizado onde os valores humanitários estão acima de tudo e de todos. Após longo período de evolução o Estado conquistou a democracia. Mas, qual a sua efetividade nos processos administrativos militares?

Conforme Glenda Mezarobba ensina, permanece em aberto o dever de o Estado brasileiro de reformar as instituições, tornando-as democráticas e responsáveis. A autora, ao tratar da legalidade autoritária pós-1988, enfatiza que nas instituições, a prática da tortura, anterior ao regime militar e constituinte da própria história brasileira, aprimorou-se nos porões do arbítrio e se mantém até hoje, confirmando a noção de que a transição para a democracia não constitui condição suficiente para que se coloque um fim definitivo em um passado repressivo. Além da impunidade e da ameaça que ela representa em relação a abusos futuros, está claro que até o momento o país não conseguiu se desfazer de todo legado autoritário construído ou mantido ao longo do arbítrio⁴.

Neste sentido, ao longo do texto, especificamente no capítulo primeiro, é abordada, sem preensão de que o tema seja esgotado, a ditadura militar brasileira nos períodos de 1964 a 1985, relembando alguns momentos históricos e autoritários daquela época, *v.g.*, os Atos Institucionais. Como, ainda que parcialmente, pode ser constatado no presente século, o período da ditadura militar

³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes et al. **A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades**: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. p. 15. (Artigo fornecido gentilmente pela autora).

⁴ MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 07, n. 13, p. 20, 2010.

é caracterizado pela falta de democracia, supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão àqueles que se opunham ao regime militar, inaugurando um novo regime político o qual concentrou o poder do Estado em representantes da alta hierarquia militar, desrespeitando os direitos fundamentais com a suspensão e violações de garantias, como o acesso à informação, a imprensa livre, o *habeas corpus*, a liberdade de expressão, o devido processo legal e também a inafastabilidade da jurisdição, com as cláusulas de exclusão.

Assim, mister é conhecer e rememorar o passado por meio da justiça de transição, trazendo e traçando um comparativo analógico com a finalidade de demonstrar que, com o advento da Constituição Federal em 1998, as arbitrariedades persistem, constituindo-se assim um Estado de Exceção, isto é, uma legalidade autoritária.

Embora houvesse alguns esforços para a implantação da Comissão Nacional da Verdade⁵ como logo será abordada, no Brasil a justiça de transição caminha a passos lentos. Todavia, merece ser lembrada a orientação do Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, atualizado pelo Decreto n. 7.177, de 12 de maio de 2010, Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), o qual estabelece que a história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada e, que, com o resgate da memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre a sua própria identidade, a democracia se fortalece e o acesso a todos os arquivos e documentos produzidos durante o regime militar é fundamental no âmbito das políticas de proteção dos direitos humanos.

Portanto, pode-se afirmar que os direitos violados no período ditatorial parecem ser os mesmos em pleno século XXI, vinculando-se, portanto, a uma atual herança arbitrária, “legalidade” autoritária em pleno Estado Democrático de Direito.

⁵ Um importante instrumento da justiça de transição são as Comissões Nacionais da Verdade, que viabilizam o esclarecimento e apuração dos abusos e violações aos direitos humanos, dá voz às vítimas, e ao mesmo tempo dá lugar a que se conheça o grau de violência e abusos cometidos pelo Estado. São órgãos temporários de assessoramento a governos e são oficialmente investidas de poderes para identificar e reconhecer todos os fatos ocorridos e as pessoas que participaram, tanto agressores como agredidos, do processo da ditadura, porém não possuem o poder de processar e julgar. SALDANHA, Jânia Maria Lopes et al. **A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades**: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. p. 11. (Artigo fornecido gentilmente pela autora).

2.1 Democracia: construindo os pressupostos históricos de uma nova concepção de Estado

Para iniciar a abordagem sobre democracia, justiça de transição e Estado de Exceção dentro do Estado de Direito, necessário fazer um breve regresso histórico permitindo ao leitor a reflexão e questionamentos pertinentes sobre o que se propõe, tratando-se de início da evolução do Estado Absolutista ao Estado Liberal, para na seqüência traçarem-se alguns esboço do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, faz-se incursão acerca da evolução do Estado absolutista até o Estado Democrático de Direito, lembrando alguns marcos históricos de suma importância como exemplo as três fundamentais experiências revolucionárias denominando o chamado Estado Constitucional: a inglesa, a norte-americana e a francesa.

Neste sentido, após longa evolução, conquista-se no século XXI o Estado de Direito, fruto de duradoura luta contra o arbítrio do Estado. No contexto brasileiro, marco histórico importante se dá quando promulgada em 1988 a Constituição Federal brasileira, defensora dos valores democráticos, após um regime ditatorial em que se vivia em um Estado de Exceção.

2.1.1 Do Estado Absolutista ao Estado Liberal

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez⁶.

Segundo Wilson Engelmann, antes da vida em sociedade, as pessoas viviam em num estado natural, em um modelo de grupo social em que imperava a lei do mais forte, onde a vida em grupo tinha seus limites estipulados pela força física⁷.

O Estado nasce da dissolução da comunidade primitiva, fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidade mais amplas, derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

⁷ ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008. p. 33.

externa (a defesa)⁸. Com o nascimento da propriedade individual nasce a divisão do trabalho, conseqüentemente, se dividindo em classes, a dos proprietários e a dos que nada possuem. Com a divisão da sociedade em classes nasce o poder político, o Estado, cuja função é de, essencialmente, manter o domínio de uma classe sobre outra recorrendo inclusive à força, impedindo que a sociedade se transforme em uma anarquia⁹.

Na Idade Antiga, a organização social dos antigos surgiu e alicerçou-se na religião. O caráter do homem antigo, sua alma, seu modo de pensar e agir, foram determinados pelos dogmas e práticas religiosas, infundindo nos gregos e romanos temor constante aos deuses. A religião era tão forte que acabou confundindo o Estado, incidindo nas relações com seus membros, onde a educação era por si dirigida, ante a necessidade de moldar seus corpos e sua alma. Portanto, os antigos não conheceram a liberdade, não se observando até o século XVIII a conquista, pelo homem, da sua liberdade em face do Estado. Não obstante, algumas transformações surgiram, tornado-se o direito progressivamente público¹⁰.

Embora a liberdade do homem não tivesse ainda sido consolidada, pode-se afirmar que o mundo antigo, por meio da filosofia e da religião, deixou um legado de algumas ideias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar no pensamento jusnaturalista e a sua concepção de ser humano, em que a pessoa, pelo simples fato de existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis¹¹.

Em substituição à religião estabeleceu-se o interesse público, acompanhado da democracia, que sucedeu a aristocracia, consagradora de direitos desiguais. Já a filosofia grega, a partir dos sofistas e Sócrates, colocaram em xeque a autoridade da tradição, atribuindo as regras de conduta à consciência humana. Após Sócrates, os filósofos começaram a discutir os princípios e regras da sociedade humana, se afastando da atuação política¹².

A sociedade antiga teve seu fim com o cristianismo, o qual exerceu grande influência sobre o Estado e a sociedade que vieram a ser formar. A religião adotou um caráter universal e espiritual, prescrevendo o amor entre os povos, ensinando ao

⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 73.

⁹ Ibid., p. 74.

¹⁰ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 29.

¹¹ Ibid., p. 29.

¹² Ibid., p. 30.

ser humano seu dever de benevolência e justiça, transformando-se o cristianismo na essência, o governo do Estado¹³. A partir daí teve início a Idade Média.

No fim da Idade Média, iniciou-se, num primeiro momento, o Estado Absolutista, onde a centralização do poder estava presente nas mãos do monarca¹⁴, que era soberano, cabendo a ele todas as decisões que deveriam ser acatadas.

Foi da oposição histórica e secular entre liberdade do indivíduo e absolutismo do monarca que nasceu a noção de Estado de Direito¹⁵. A teoria constitucional contemporânea possui a influência de três fundamentais experiências revolucionárias denominando o chamado Estado Constitucional, a inglesa, a norte-americana e a francesa¹⁶.

Conforme ensina Celso Lafer, a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do *todo* em relação ao indivíduo¹⁷.

Do Estado Absolutista regido pelo monarca, iniciou-se o Estado Liberal, tendo primeiramente como influência a Revolução Gloriosa de 1688 e a obra de John Locke. A Revolução teve uma extensão maior para o alcance das liberdades e uma concepção mais democrática entre vontade popular e exercício do poder, sobretudo através do *Bill of Rights* e do *Act of Settlement*, revelando a Inglaterra ao mundo ocidental, o parlamentarismo dando o modelo das listas-de-direito que estadeiam reivindicações e reestruturam o Estado¹⁸.

Além da Revolução Gloriosa do século XVII, outro fator importante da história constitucional na Idade Média, que antecedeu a Revolução de 1688, foi a Magna Carta *Libertatum*, em 1215, redigida e assinada depois de uma série de lutas e contramarchas dentro de uma sociedade feudal, expressando o poder dos barões e a necessidade que viu o rei de pactuar com eles¹⁹, sendo considerada por alguns, o primeiro documento moderno a outorgar os direitos humanos²⁰.

¹³ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 30.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

¹⁵ SALDANHA, Nelson. **Poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 49-50.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41.

¹⁷ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Schwarcz, 1988. p. 122.

¹⁸ SALDANHA, op. cit., p. 52-53.

¹⁹ Ibid., p. 50-51.

²⁰ CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, op. cit., p. 87.

Nos Estados Unidos a experiência que contribuiu foi a Constituição de 1787. Desse modo, tornou-se a Revolução do século XVIII, gênero de importantíssimas renovações institucionais, içando a favor do homem a tríade da liberdade, igualdade e fraternidade²¹.

Pode-se afirmar que os direitos humanos tiveram seu reconhecimento estatal a partir da Declaração da Independência dos Estados Unidos, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão Francês em 1789²².

As várias dimensões assumidas pelos direitos humanos foram e continuam sendo resultados das transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica, ligadas ao incremento das necessidades básicas, do processo de industrialização e de descolonização²³.

A Revolução Francesa, inspirada pelas teorias liberais e a obra de Montesquieu, serviram de estrutura para o nascimento do novo Estado, onde as obediências não eram mais do súdito para o monarca, mas, sim, do cidadão às leis que advinham de uma assembleia. Esse período era caracterizado pela liberdade da pessoa e pela legalidade das leis, evitando o máximo para não intervir na vida social e econômica dos indivíduos.

Paulo Bonavides explica que o poder já não é das pessoas, mas das leis, pois são elas que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições²⁴.

Com o movimento de renovação, a Filosofia das Luzes refletia o espírito de uma época, isto é, não aceitava mais o poder absoluto da Igreja e não concordava com o governo despótico, opressor, absoluto, rasgando novos horizontes e despertando o gosto pela liberdade. Foi o século XVIII, o século filosófico e político por excelência, o século das luzes, do reexame crítico da autoridade, da contestação da religião, do dissídio entre a razão e o passado²⁵, tendo como principais pensadores Montesquieu, cuja obra *O Espírito das Leis* foi escrita nesse período, e

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

²² CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 27.

²³ *Ibid.*, p. 27.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43.

²⁵ *Ibid.*, p. 190.

Rousseau, autor de Contrato Social. O século XVII, em filosofia política, é inglês ao passo que o século XVIII, é francês²⁶.

Doutrinariamente, a tese de Montesquieu é a mesma de Locke: a salvaguarda da liberdade, o extermínio da tirania²⁷, sustentando a separação entre as funções do Estado e da Igreja, e o conseqüente rompimento entre o direito e a moral. Neste momento, institui-se a tolerância como fundamento dos processos de laicização, identificado como secularização.

Segundo Paulo Bonavides, os castelos, as cortes, os altares são como praças evacuadas de um poder vencido. Em vez de soldados, a reação faz escritores. O absolutismo, fora dos tronos, escreve agora obras-primas de romantismo político²⁸.

Ocorre que, em determinados assuntos, a vida social acabou por excluir grande parte do povo, deixando algumas classes excluídas por vários motivos, que logo veio ser razão de busca pelo Estado Social de Direito, pleiteando, então, algumas prestações públicas a serem realizadas. O Estado Liberal não foi suficiente para efetivar a igualdade, ganhando repercussão a participação da população no processo de formação dos atos governamentais além de ampliar novos direitos, introduzindo, na democracia, a soberania popular, isto é, a igualdade de todos na formação do Estado. A liberdade não é eliminada, mas no sentido de ampliá-la, faz nascer o Estado Social²⁹.

A exploração do homem pelo homem no curso do paradigma do Estado Liberal resultou em enorme desigualdade material. A Revolução Industrial refletiu esse processo indicando que nova ruptura paradigmática emergia: o Estado Social³⁰.

De acordo com José Luis Bolzan de Moraes, são as conquistas relativas às relações de produção, como a previdência e assistência social, o transporte, a salubridade pública, a moradia, que vão impulsionar a passagem do Estado Mínimo, onde lhe cabia apenas assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado caracterizado por vínculos intersubjetivos a

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 268.

²⁷ Ibid., p. 269.

²⁸ Ibid., p. 195.

²⁹ Ibid., p. 43.

³⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 25.

partir de indivíduos formalmente livres e iguais para o Estado Social de caráter intervencionista³¹.

A Constituição Francesa de 1848 reconheceu algumas exigências econômicas e sociais, mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só vieram a ocorrer no século XX, com a Constituição Mexicana, de 1917 e com a Constituição de Weimar, de 1919, esta última trouxe várias inovações sobre os direitos fundamentais³².

2.1.2 Esboços do Estado Democrático de Direito

Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento como absolutistas e depois como liberal, mais tarde o Estado transforma-se, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas variadas faces³³. O Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito³⁴.

A expressão Estado de Direito é construção do idioma germânico (*Rechtsstaat*), ainda na primeira metade do século XIX, resultante da justaposição das palavras *Recht* (Direito) *Staat* (Estado), surgindo em oposição à idéia do Estado de Polícia, também chamada de Estado Iluminista ou Estado-providência, cujas características gerais eram o predomínio da idéia de soberania centrada no monarca. A doutrina alemã não idealizou o Estado de Direito como forma especial de Estado ou como forma de governo, mas sim como o Estado da razão ou o Estado do entendimento, isto é, com o objetivo de alcançar o melhor para todos os indivíduos³⁵.

O Estado de Direito é um Estado constitucional, uma decorrência do constitucionalismo desenvolvido a partir dos processos constituintes americano e francês, concebendo a partir do século XIX a Constituição como a lei do Estado e do seu poder. Portanto, não se pode mais pensar em um Estado sem as modernas e

³¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises**: a crise do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

³² CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 37-38.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em)crise**: uma exploração da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21-22.

³⁴ *Ibid.*, p. 36.

³⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 48-49.

importantes qualidades identificadas pelo constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito³⁶.

Daury César Fabriz afirma que na sociedade contemporânea, os direitos fundamentais são cada vez mais importantes para atingir uma sociedade livre e igual, tornando-se pedra angular da comunidade os valores em torno da preservação da vida e da dignidade da pessoa humana³⁷.

A Constituição Federal de 1988 provocou uma ruptura na história jurídica brasileira ao propor uma ressignificação dos direitos fundamentais e uma promessa democrática. A Constituição brasileira é um deslocamento para o futuro. É abrir um novo caminho, rompendo com o passado da ditadura militar, permitindo que a sociedade trilhe em busca de uma utopia possível³⁸.

Democracia é jurar um direito entre iguais sem violência³⁹. Um Estado que se diz democrático não pode nunca considerar-se em guerra com seus cidadãos⁴⁰. Com a Constituição Cidadã, conquistou-se o direito de eleger representantes, manifestar livremente o pensamento, proteção aos direitos civis, políticos e sociais⁴¹. O Estado Democrático de Direito positiva valores que garantem direitos fundamentais que estão tutelados na Constituição Federal de 1988, mesmo assim, a luta contra a ditadura ainda é prioridade número um em muitos países, inclusive no Brasil⁴².

³⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 53-54.

³⁷ FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 155.

³⁸ COSTA JUNIOR, Ernane Salles da; GALUPPO, Marcelo Campos. A democracia como promessa entre a imprescindibilidade do cálculo e a experiência aporética da justiça. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 428-429.

³⁹ VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia: liberdade, igualdade e poder. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

p. 189.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Tradução João Ferreira. Brasília: UNB, 1990. p. 99.

⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33-34.

⁴² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 325.

2.2 Justiça de Transição: o percurso para o resgate da memória e da verdade

Para a consolidação dos direitos fundamentais a investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania, ou seja, estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva⁴³. Nesse sentido, a presente seção abordará o desafio de se implantar a Justiça de Transição e questões concernentes a memória e verdade a partir dos crimes da ditadura militar.

2.2.1 O Desafio de Implantar a Justiça de Transição

Segundo a orientação do PNDH-3⁴⁴, a história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada. O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade⁴⁵, o País adquire consciência superior sobre a sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns

⁴³ BRASIL. **Decreto n. 7.037 de 21 de dezembro de 2009, atualizado pelo Decreto n° 7.177 de 12 de maio de 2010**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. p. 170. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.

⁴⁴ A apresentação do PNDH-3 diz que o Brasil fez uma opção definitiva pela democracia; diálogo permanente entre o Estado e sociedade civil; transparência em todas as esferas de governo; primazia dos direitos humanos nas políticas internas e nas relações internacionais; caráter laico do Estado; fortalecimento do pacto federativo; universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais; opção clara pelo desenvolvimento sustentável; respeito à diversidade; combate às desigualdades; erradicação da fome e da extrema pobreza. [...]. op. cit., p. 1.

⁴⁵ As ações programáticas do eixo orientador Direito à Memória e à Verdade têm como finalidade assegurar o processamento democrático e republicano de todo esse período da história brasileira, para que se viabilize o desejável sentimento de reconciliação nacional. E para se construir consenso amplo no sentido de que as violações sistemáticas de direitos humanos registradas entre 1964 e 1985, bem como no período do Estado Novo, não voltem a ocorrer em nosso País, nunca mais. Parte que chama atenção é a diretriz 25: Modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia. Onde consta no Objetivo Estratégico I: Suprimir do ordenamento jurídico brasileiro eventuais normas remanescentes de períodos de exceção que afrontem os compromissos internacionais e os preceitos constitucionais sobre direitos humanos. Como: a) Criar Grupo de Trabalho para acompanhar, discutir e articular, com o Congresso Nacional, iniciativas de legislação propondo: - revogação de leis remanescentes do período de 1964-1985 que sejam contrárias à garantia dos Direitos Humanos ou tenham dado sustentação a graves violações [...]. op. cit., p. 173 e seguintes.

resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda persiste no cotidiano brasileiro⁴⁶.

Portanto, enfatiza o PNDH-3⁴⁷ que a compreensão do passado, por intermédio da narrativa da herança histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos, possibilitam aos cidadãos construir os valores que indicarão sua atuação no presente. O acesso a todos os arquivos e documentos produzidos durante o regime militar é fundamental no âmbito das políticas de proteção dos direitos humanos⁴⁸.

No Brasil não ocorreu uma justiça de transição⁴⁹ com o advento da Constituição Federal de 1988, não havendo a Comissão da Verdade⁵⁰ e muito

⁴⁶ BRASIL. **Decreto n. 7.037 de 21 de dezembro de 2009, atualizado pelo Decreto n° 7.177 de 12 de maio de 2010**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. p. 170. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.

⁴⁷ Segundo Vicente de Paula Barreto pode-se avaliar como é perigoso para os direitos humanos o espírito que permeia o PNDH – 3. Expressa esse documento uma ilusão, qual seja, a de que, em primeiro lugar, tudo pode ser considerado como presente na categoria dos direitos humanos, e, em segundo, o de que se necessita no Brasil para que se torne realidade a promessa dos direitos humanos basta emparedá-las nas leis, treinar os juízes e doutrinar os policiais. O uso e abuso da expressão “direitos humanos”, que na sua abrangência podem tudo abarcar, pois todos os direitos da pessoa são necessariamente humanos, corre o risco de enfraquecer o sentido moral dessa categoria superior de direitos, e sua função política, no seio de uma sociedade democrática. Essa proliferação de direitos parte da pueril suposição de que a codificação irá resolver o caráter volátil dos direitos e a atividade legiferante febril, por sua vez, suprirá a demanda de mais leis e mais direitos em busca de um direito dos direitos. Assim, por exemplo, o Programa Nacional de Direitos Humanos no lugar de valorizar aqueles direitos básicos da pessoa face ao Estado, à injustiça social, à violência, à fome, à miséria e à doença, perdeu-se num emaranhado de reivindicações, muitas delas justas e necessárias para a construção de uma sociedade democrática. Outras, ao contrário, que sob o manto dos direitos humanos, podem provocar a sua própria negação. BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 16.

⁴⁸ BRASIL. op. cit., p. 170.

⁴⁹ Transitional justice, at its core, is a range of choice that regimes, often with the support of the UN, regional organizations, or bilateral donors, make about whether and how to address the crimes of the recent past. But, as I have elsewhere, transitional justice involves more than these specific choices: it also involves broader strategies to address the sources of past and potential future violence. Specifically, transitional strategies need to be understood more broadly as including reform of the justice sector, and reform of the security sector, including both the police and the military. This may entail a range of activities that are not obviously about justice for past crimes, but are more or less essential to it. These may include judicial training, institutional reform of judiciaries, reformation of military and other security institutions themselves, which are indistinguishable from peacebuilding efforts. Further, they are necessarily connected with activities essential to peacebuilding but not at first blush at all related to justice: inclusion of former rebels in new security structures, and disarmament, demobilization, and reintegration (DDR) of ex-combatants. SRIRAM, Chandra Lekha. **Justice as peace? liberal peace building and strategies of transitional justice**. Scotland: University of St Andrews, [2012?]. Disponível em: <http://www.st-andrews.ac.uk/intrel/media/Sriram_justice_as_peace.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁵⁰ A cerimônia de repartição do acervo “Brasil Nunca Mais”, na sede do Ministério Público Federal de São Paulo foi transformada em defesa da instalação da Comissão da Verdade para apurar violações de direitos humanos cometidos pelo Estado durante a ditadura militar. Eles deixaram claro que o material extraído do Superior Tribunal Militar (STM) ainda durante o regime autoritário é apenas uma parte do processo de reestabelecimento da verdade sobre o período. O arquivo foi trazido de Chicago, nos Estados Unidos, no Center for Research Libraries, onde vinha sendo

menos julgamentos, isso se deu pela influência da natureza da legalidade autoritária brasileira⁵¹.

Para Mário Pessoa, a comissão de justiça e a instauração de processos não foram as únicas questões de justiça transicional. Reformar o Judiciário e as Forças Armadas era também um tópico premente, onde as organizações conservadoras dessas instituições mantiveram-se praticamente incólumes. No Brasil, padrões de justiça de transição produziram legados autoritários, que são configurações institucionais que sobrevivem à transição democrática e intervêm na qualidade e na prática das democracias pós-autoritárias⁵².

A polêmica em torno da justiça de transição centrou-se nas possibilidades de reformar o Judiciário e as Forças Armadas para que a repressão não voltasse. Após a redemocratização, essas instituições resistiram à implantação de reformas que pudessem afetar as suas organizações, não havendo reformas significativas. Sustenta Glenda Mezarobba ainda que, embora a criação do Ministério da Defesa tenha propiciado algum tipo de controle civil sobre as Forças Armadas, nenhuma reforma significativa foi feita no sistema de segurança nacional, que também não foi submetido a qualquer tipo de expurgo, ao término da ditadura⁵³.

Roberson Luiz Bondaruk e César Alberto Souza afirmam que, na ditadura, a Polícia Militar serviu como parte do instrumento repressivo, ficando, ainda hoje, estereotipada como órgão puramente repressivo dos interesses dos governantes, e não como órgão a serviço da comunidade. A isso, soma-se o fato de vários

mantido havia 26 anos. São 543 rolos de microfilme, que totalizaram 1 milhão de páginas de 707 processos. Há informações sobre 1.843 vítimas, incluindo mortos e torturados que sobreviveram. Por serem documentos da instância mais elevada da Justiça Militar, apenas processos que alcançaram a última instância estão incluídos. [...] Paulo Vannuchi acredita que [...] sendo aprovada (a comissão), o primeiro trabalho será um mergulho nesse material e, a partir desse mergulho, programar uma série de audiências. [...] Outro lote de documentos, este inédito, será remetido de Genebra, na Suíça, do CMI. No total, são 3.500 documentos com bastidores do projeto “Brasil Nunca Mais” [...]. O processo de digitalização e de publicação na internet deve demorar um ano e será conduzido pelo Arquivo Público do Estado de São Paulo, pelo Arquivo Nacional e pelo Armazém Memória. Após esse período, o acervo ficará integralmente à disposição para consulta na internet. PERES, João. **Arquivos repatriados da justiça militar reforçam necessidade de Comissão da Verdade**. [S.l.], 14 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/artigos-e-boletins/artigos/arquivos-repatriados-da-justica-militar-reforcam-necessidade-de-comissao>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁵¹ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 238.

⁵² Ibid., p. 239.

⁵³ MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 07, n. 13, p. 20-21, 2010.

indivíduos anteriormente tidos como contrários à segurança nacional, estarem hoje ocupando cargos com autoridade⁵⁴ sobre as Polícias Militares⁵⁵.

No Brasil a herança da legalidade autoritária lançou suas sombras sobre a democracia⁵⁶. A penumbra é o espaço da ditadura⁵⁷. O poder oculto não transforma a democracia, a perverte⁵⁸. Esquecer o que houve na época dos regimes totalitários é a negação de um ser vivo⁵⁹.

O Brasil foi o país que, após a transição democrática, apresentou o menor grau de justiça de transição, comparado com a Argentina e Chile, porque sua

⁵⁴ Não só as autoridades militares, mas também as autoridades do judiciário possuem uma linha conservadora do arbítrio no interior das casernas. Mario Pimentel Albuquerque, Procurador da República, em parecer no *habeas corpus* n.º 2.217-RJ – TRF-2ª Região, pronunciou a respeito da vida militar: *A hierarquia e a disciplina constituem, por assim dizer, a própria essência das forças armadas. Se quisermos, portanto, preservar a integridade delas devemos começar pela tarefa de levantar um sólido obstáculo às pretensões do Judiciário, se é que existem, de tentar traduzir em conceitos jurídicos experiências vitais da caserna. Princípios como os da isonomia e da inafastabilidade do Judiciário têm pouco peso quando se trata de aferir situações específicas à luz dos valores constitucionais da hierarquia e da disciplina. O quartel é tão refratário àqueles princípios, como deve ser uma família coesa que se jacta de ter à sua frente um chefe com suficiente e acatada autoridade. E seria tão desastroso para a missão institucional das forças armadas que as ordens de um oficial pudessem ser contraditadas nos tribunais comuns, como para a coesão da família, se a legitimidade do pátrio poder dependesse, para ser exercido, do plebiscito da prole. Princípios democráticos são muito bons onde há relações sociais de coordenação, mas não em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles, filhos, soldados ou monges. Se o Judiciário, por uma hipersensibilidade na aplicação dos aludidos princípios constitucionais, estimular ou der ensejo a feitos como os da espécie, pronto: os quartéis se superpovoaram de advogados e despachantes; uma continência exigida será tomada como afronta à dignidade do soldado e, como tal, contestada em nome da Constituição; uma mera advertência, por motivo de desalinho ou má conduta, dará lugar a pendengas judiciais intermináveis, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina. Da mesma forma que a vocação religiosa implica o sacrifício pessoal e do amor próprio – e poucos são os que a têm por temperamento – a militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores, sem o que vã será a hierarquia, e inócuo o espírito castrense. Se um indivíduo não está vocacionado à carreira das armas, com o despojamento que ela exige, que procure seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre-iniciativa constituem virtudes. Erra rotundamente quem pretende afirmar valores individuais onde, por necessidade indeclinável, só os coletivos têm a primazia. Comete erro maior, porém, quem, colimando a defesa dos primeiros, busca a cumplicidade do Judiciário para, deliberadamente ou não, socavar os segundos, ainda que aos nossos olhos profanos, lídimo possa parecer tal expediente e constitucional a pretensão através dele deduzida.* Mario Pimentel Albuquerque, Procurador da República, em parecer constante do HC 2.217-RJ – TRF-2ª Região – Rel. Des. Federal Sérgio Correa Feltrin – j. em 25.04.2001. VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 02.

⁵⁵ BONDARUK, Roberson Luiz; SOUZA, César Alberto. **Polícia comunitária**: polícia cidadã para um povo cidadão. Curitiba: Comunicare, 2003. p. 77-78.

⁵⁶ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 251-252.

⁵⁷ HERKENHOFF, João Batista. Direito ao silêncio. **Espaço Vital**, Porto Alegre, 10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-22083-direito-ao-silencio-artigo-joao-baptista-herkenhoff>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁵⁸ ROMANO, Roberto. De ditadores a imperadores com pés de barro. **Revista IHY Online**, São Leopoldo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁵⁹ CULLETON, Alfredo. Ninguém aceita a morte por suposição. **Revista IHU Online**, São Leopoldo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

legalidade autoritária gradualista e conservadora contava com a participação dos sistemas estabelecidos, tanto o Judiciário quanto militares, que continuam a desfrutar de legitimidade na democracia⁶⁰.

Houve alguns avanços no Brasil para uma justiça de transição, por exemplo, no governo Fernando Henrique Cardoso⁶¹ no ano de 1995. Sob sua liderança o Congresso Brasileiro autorizou a criação de uma comissão responsável de apurar as acusações de mortes e desaparecimentos cometidos pelo Estado no regime militar e sancionou a Lei 9.140/1005 ou Lei dos Desaparecidos, sendo a primeira vez, no Brasil, que se admitiu, independentemente de sentença judicial, a responsabilidade objetiva do Estado pela atuação ilícita de seus agentes de segurança⁶². Foram examinados 360 casos de pessoas, indenizando 284 delas⁶³. O Brasil também abriu ao público parte dos arquivos do aparato repressivo autoritário; ocorreu uma legislação de *habeas data* no sentido de estabelecer ao cidadão o direito de acesso aos dados constantes contra ele nos arquivos oficiais⁶⁴.

Todavia, afirma Anthony W. Pereira, a justiça transicional brasileira foi simbólica, pois, o Judiciário e as Forças Armadas, sob a democracia, continuaram a funcionar basicamente da mesma maneira como funcionavam sob o regime militar.

⁶⁰ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 290.

⁶¹ Veja-se a entrevista de Roberto Romano concedida à Revista do Instituto Humanitas Unisinos: IHU On-Line - Todos os presidentes brasileiros negaram-se a abrir os arquivos da ditadura. Como esse fato influencia e interfere na construção da democracia brasileira? Roberto Romano - O fato confirma que ainda não somos uma república democrática. Somos herdeiros melancólicos do absolutismo clássico, no qual os *arcanos* seriam privilégio do rei. Em nosso caso, em vez de presidentes, temos imperadores com pés de barro. Todos eles são eleitos de maneira plebiscitária, daí sua arrogância sem limites. Mas, todos dependem do apoio das regiões, dirigidas pelas oligarquias. Qualquer presidente nosso precisa vender ou comprar apoio do Congresso, sempre na bacia das almas do orçamento federal. Como os arquivos trarão os atos dos oligarcas civis, e não apenas os desvios dos militares, não interessa às oligarquias e a seus dirigentes que seja destruído o mito de uma ditadura com base apenas militar. Os militares teriam efetivado uma ditadura menos virulenta, se não tivessem o apoio dos coronéis políticos que parasitam o Estado nacional. ROMANO, Roberto. De ditadores a imperadores com pés de barro. **Revista IHY Online**, São Leopoldo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁶² MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 07, n. 13, p. 12-13, 2010.

⁶³ Segundo Glenda Mezarobba houve ao término de onze anos de atividades, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) havia desembolsado cerca de 40 milhões de reais – 475 casos passaram pela comissão. *Ibid.*, p. 13

⁶⁴ *Ibid.*, p. 242.

O Judiciário e as Forças Armadas, mesmo depois do retorno da democracia, continuam como um grupo corporativo altamente isolado e privilegiado⁶⁵.

Pode-se questionar se os altos índices de arbitrariedades nas casernas não estariam ligados à falta da realização da justiça de transição no Brasil, com a punição dos culpados pelos crimes praticados na ditadura. A história, não discutida, como se não tivesse existido, mantém os militares no cerco da proteção da rigidez militar e do silêncio.

Não se deve confundir o perdão com o esquecimento, pois seria uma nova forma de violência à memória das vítimas. Não é acobertando um passado que se fará a história melhor. Na realidade, isso incidiria de um modo mais forte, tal como uma doença não tratada ou tratada de modo secundário; volta a atingir o organismo pretensamente. Funciona como efeito bumerangue, retorna a chicotear a face da nação um passado simplesmente olvidado e a democracia para se consolidar precisa se emancipar dos seus tempos sombrios⁶⁶.

São reflexões como essas que podem avaliar se houve uma justiça de transição pós Constituição de 1988, no que tange aos abusos decorrentes do período a partir do “golpe” de 1964 e se nos dias de hoje as instituições militares vivem em um Estado de Exceção, pois um Estado em guerra move-se pelo princípio não da proporcionalidade entre crime e castigo, mas, sempre que for necessário, pelo princípio oposto da desproporção⁶⁷.

Para Wilson Engelmann a caminhada histórica procura resgatar a memória da tradição que ensina e mostra determinadas atitudes como inaceitáveis, posto que atentam contra princípios humanos mais essenciais. Neste sentido, sustenta o autor que para haver uma efetividade dos direitos humanos, devem-se verificar as experiências do passado evitando que os abusos de direitos humanos se repitam. Portanto, não se busca reavivar a memória com o intuito do mero resgate. Pelo contrário, trazer os fatos à memória tem como objetivo sua não reprodução, isto é, um ponto de retorno que deverá ser evitado⁶⁸.

⁶⁵ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 242-243.

⁶⁶ PIRES, Cecília. Não se deve confundir o perdão com o esquecimento. **Revista IHY Online**, São Paulo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Tradução João Ferreira. Brasília: UNB, 1990. p. 101.

⁶⁸ ENGELMANN, Wilson. A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da Declaração universal dos direitos humanos de 1948. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI,

Gadamer abaliza que é no presente que se deve dar continuidade à história. Rememorar o passado não consiste em ampliar indefinida e arbitrariamente o horizonte do passado, mas em formular perguntas e encontrar respostas do que foi descoberto, a partir do que o homem é como possibilidades para o futuro⁶⁹.

Segundo Marcos Zilli e Maria Thereza Rocha de Assis Moura a justiça de transição almeja superar mediante um processo de transição rumo à consolidação de valores da democracia e do Estado de Direito, sendo um projeto de reconciliação de modo a compatibilizar os ideais de justiça e de paz⁷⁰.

O passado nunca poderá ser alterado, mas são suas lembranças que definirão o futuro. Buscar o passado para que as arbitrariedades não sejam cometidas novamente é buscar a efetivação dos direitos humanos.

2.2.2 Memória e Verdade

Anthony W. Pereira enfatiza que foram deixadas para trás uma série de consequências pelas instituições no regime militar brasileiro, sendo uma delas, após 1985, dando a muitas pessoas incentivos para preservar o *status quo* e minimizar as medidas de instauração de uma justiça de transição⁷¹. Ressalta, ainda, que tratar da violência passada é atenuar a violência presente, onde a justiça de transição seria uma base para ampliação dos direitos humanos⁷².

Nesse sentido, aspectos passaram a ser cruciais a partir das grandes guerras mundiais deflagradas no século XX: 1) o direito à verdade e à memória – que é a necessária apuração dos fatos ocorridos em períodos repressivos e autoritários,

18., 2009, Maringá. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

⁶⁹ “Graças ao passado possuir essa natureza de esquecido, podemos reter e recordar algo. Todo o transitório mergulha no esquecimento, e é este esquecer que permite reter e conservar o que se perdeu e mergulhou no esquecimento. É aqui que se enraíza a tarefa de dar continuidade à história. Para o homem que vive na história, a recordação capaz de conservar algo quando tudo parece constantemente não é a atualização de um sujeito cognoscente, mas a realização vital da própria tradição. Sua missão não consiste em ampliar indefinida e arbitrariamente o horizonte do passado, mas em formular perguntas e encontrar as respostas que descobrimos, a partir do que nos tornamos, como possibilidade de nosso futuro. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução: Enio Paulo Giachini. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 172-173, [145].

⁷⁰ ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A justiça de transição na América Latina. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 187, p. 10, 2008.

⁷¹ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 27.

⁷² *Ibid.*, p. 28.

demarcando a necessidade de um amplo acesso aos documentos públicos, pois, o apelo à memória indica a necessidade de que o Estado empreenda políticas de memória, para reforçar a ideia da não repetição; 2) a reparação – refere-se ao direito de indenização das vítimas pela ação repressiva do Estado; 3) justiça – direito da sociedade para que sejam investigados e apurados criminalmente os crimes de lesa-humanidade cometidos pelos agentes públicos e seus mandantes; 4) fortalecimento das instituições democráticas – isto é, a imperiosidade da reforma das instituições públicas que, durante o regime de exceção, permitiram e se amoldaram à prática sistemática de crimes contra a humanidade, especialmente as instituições relacionadas à justiça e à segurança pública⁷³.

Paralelamente à imposição de políticas de silêncio e de soterramento dos eventos ocorridos na ditadura, militares e outros setores conservadores preocupados têm difundido que o desenterramento do passado seria apenas um ato de revanche dos perdedores. Não obstante, militares justificam o golpe de 1964 como uma necessidade de conter movimentos sociais que não lutavam por democracia, mas sim para impor uma ditadura do proletariado⁷⁴.

Algumas tentativas recentes de trazer o passado são dignas de nota. Em 2005, o governo Lula⁷⁵ criou o Centro de Referências das Lutas Políticas no Brasil,

⁷³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor (Org.). **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 30.

⁷⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes et al. **A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades**: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. (Artigo fornecido gentilmente pela autora). p. 13.

⁷⁵ Observa-se a pergunta e resposta de Cecília Pires em entrevista a Revista do Instituto Humanitas Unisinos: IHU On-Line – Como entender a postura do governo Lula em relação a não abertura dos arquivos da ditadura, a não resolução das buscas dos corpos no Araguaia? Cecília Pires – Uma postura recuada, que não faz jus ao seu passado de luta, especialmente porque ele sentiu, como sindicalista, o peso do braço de ferro da ditadura militar, nas greves do ABC, em 1978. Talvez essa atitude seja uma consequência das alianças realizadas para composição de seu governo. Há longo tempo, os governos anteriores já foram pressionados para uma definição face aos mortos no Araguaia e nada foi conquistado. Havia uma expectativa de que no governo Lula pudessem ocorrer alguns avanços nesse sentido, mas, como referi, não há no governo uma compreensão definida sobre o evento da guerrilha e os familiares dos mortos e desaparecidos permanecem nesse cone de sombras, aguardando uma decisão de governo para a abertura desses arquivos. Seria estratégica a abertura desses arquivos, para começar a romper os segredos de Estado no Brasil, como é o caso dos arquivos da Guerra do Paraguai. O Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) lançou uma *Campanha pela Memória e a Verdade como Direitos Humanos*, fruto do Seminário Nacional Memória da Luta dos Direitos Humanos no Brasil, que se realizou em Brasília, em agosto de 2007. Essa campanha quer envolver a sociedade civil organizada em todas as suas especificidades. A proposta é que não haja esquecimento do que ocorreu na ditadura militar. Há um documento chamado *Carta de Brasília: pelo direito à memória e à verdade como direitos humanos*, que expressa de modo veemente essa questão. Parece paradoxal, portanto, que haja esse recuo do Presidente da República, na medida em que o MNDH é recebido nas instâncias da governabilidade. Penso, então, que essa atitude de recuo pode aparecer como uma

ou Memórias Reveladas, no Arquivo Nacional do Rio de Janeiro. O arquivo de Memórias Reveladas consiste de documentos provenientes de três órgãos de informações da época do regime militar: o Conselho de Segurança Nacional, a Comissão Geral de Investigações e o Serviço Nacional de Informações. Em 2007, a Secretaria Especial para os Direitos Humanos publicou *Direito à memória e à verdade* sobre o trabalho da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, do Ministério da Justiça. Naquele mesmo ano, Glenda Mezarobba defendeu sua importante tese de doutoramento, *O preço do esquecimento: as reparações pagas às vítimas do regime militar – uma comparação entre Brasil, Argentina e Chile*, na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP). Nos primeiros meses de 2009, o Estado de São Paulo publicou o *Dossiê ditadura mortos e desaparecidos políticos no Brasil, 1964-1985*, um livro que também tenta memoriar as vítimas de repressão do regime militar e examinar de forma crítica – e muitas vezes demolidora – a versão oficial sobre as mortes de muitas dessas vítimas. No final de 2009, o governo Lula anunciou a intenção de criar uma Comissão da Verdade para investigar os crimes cometidos pelas forças de segurança do regime militar, entre 1964 e 1985⁷⁶.

Por fim, a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição Federal (art. 1º). Os objetivos da Comissão Nacional da Verdade (art. 3º) são: I – esclarecer os fatos e circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do artigo 1º; II – promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; III – identificar e tomar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à práticas de violações de direitos humanos mencionadas no caput do artigo 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

recusa em enfrentar a lógica dos torturadores, que busca construir um discurso auto justificador, acerca das atrocidades cometidas, em nome da razão de Estado. PIRES, Cecília. Não se deve confundir o perdão com o esquecimento. **Revista IHY Online**, São Paulo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁷⁶ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 28.

IV – encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos; V – colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos; VI – recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; VII – promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações. Para a execução dos objetivos acima mencionados, a Comissão Nacional da Verdade poderá (art. 4º): I – receber testemunhos, informações, dados e documentos que lhe forem encaminhados voluntariamente, assegurada a não identificação do detentor ou depoente, quando solicitada; II – requisitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, ainda que classificados em qualquer grau de sigilo; III – convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados; IV – determinar a realização de perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; V – promover audiências públicas; VI – requisitar proteção aos órgãos públicos para qualquer pessoa que se encontre em situação de ameaça em razão de sua colaboração com a Comissão Nacional da Verdade; VII – promover perícias com órgãos e entidades, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, para o intercâmbio, dados e documentos; VIII – requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos [...]; §3º É dever dos servidores públicos e dos militares colaborar com a Comissão Nacional da Verdade; §4º As atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório. Importante destacar que esta Comissão terá o prazo de 2 (dois) anos, contado da data de sua publicação, para a conclusão dos trabalhos, devendo apresentar, ao final, relatório circunstanciado contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e as recomendações (art. 11)⁷⁷.

Neste sentido, a Comissão Nacional da Verdade sofreu limitações por parte da direita legislativa com o intuito de fragilizá-la e torná-la incapaz de alcançar sua finalidade última, isto é, a devida apuração dos fatos, o esclarecimento da verdade, o

⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

reconhecimento por parte do Estado brasileiro dos crimes que cometeu e a reconciliação nacional que possibilite a instauração e consolidação de um regime político democrático no país além do fim do autoritarismo que impregna as instituições públicas⁷⁸.

2.3 Um Olhar aos Crimes Ocorridos na Ditadura Militar Brasileira

Antes de discorrer sobre a falta de democracia e a inexistência da aplicação efetiva da Constituição nas instituições militares, com olhar específico em processos administrativos, onde a discricionariedade é convertida em arbitrariedade, é necessário comentar e vincular, como ponto de partida, lembrando, de forma empírica, a ditadura militar brasileira e como suas práticas abusivas refletem hoje em pleno Estado Democrático de Direito.

2.3.1 Uma Análise sobre as Arbitrariedades na Ditadura Militar

A Ditadura Militar, período da política brasileira em que os militares governaram o Brasil, com início em 01 de abril de 1964⁷⁹ e término no ano de 1985, com o pretexto da existência de uma crise econômica e política no país, cuja superação seria impossível sob o governo de João Goulart⁸⁰, assumindo a presidência de Jânio Quadros, num clima político tenso, sofreu golpe do Estado promovido pelas Forças Armadas. A posse de João Goulart na presidência foi recebida com grande alarmismo. Sua herança política e suas ligações com os sindicatos faziam com que fosse tido, por determinados estratos de conservadorismo político, por “esquerdista”⁸¹. O mandato de Goulart teve o forte argumento da abertura às organizações sociais, onde organizações populares,

⁷⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes et al. **A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades**: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. (Artigo fornecido gentilmente pela autora). p. 13-14.

⁷⁹ Em 1º de abril de 1964, é vitoriosa a ação golpista, praticamente sem resistência. Era evidente que todo aquele movimento nacionalista e popular, estruturado em bases essencialmente legais, não tinha condições de enfrentar as forças das armas. A gestação chega ao final e o Brasil entra numa fase de profundas transformações. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil**: nunca mais. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 59.

⁸⁰ SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31.

⁸¹ PRESOT, Aline. Celebrando a “revolução”: as marchas da família com Deus pela liberdade e o Golpe de 1964. *In*: ROLLEMBERG, Denise; QUADRATH Samantha Viz (Org.). **A construção social dos regimes autoritários**: legitimidade, consenso e consentimento no século XX. Brasil e América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 73.

estudantes, e trabalhadores conquistaram espaço, acarretando séria inquietação em outras classes, como banqueiros, classe média, empresários, Igreja Católica, militares e, inclusive, os Estados Unidos, todos com medo de um salto do Brasil para o comunismo. Além do combate ao comunismo, a tortura passou a ser praticada como forma de interrogatório nas unidades militares com o intuito de combater a corrupção e a subversão, tendo como instrumento de combate os inquéritos policiais militares, instaurados em todos os Estados⁸².

Brotou a expressão “linha dura” que designava um grupo de oficiais que, além de serem radicais, eram indisciplinados, usando dos inquéritos policiais militares como forma de afirmação de um poder paralelo ao do Presidente da República⁸³. Em 9 de abril de 1964 é decretado o Ato Institucional Número 1 (AI-1)⁸⁴. Em 27 de outubro de 1965 é decretado o Ato Institucional Número 2 (AI-2)⁸⁵. Em 13 de dezembro de 1968, é decretado o Ato Institucional Número 5 (AI-5)⁸⁶.

⁸² GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das letras, 2002. p. 134.

⁸³ Ibid., p. 135.

⁸⁴ O AI-1, vigente de 09.04.1964 a 31.01.1966, tornava possível, através de investigação sumária, a demissão ou a dispensa de servidores civis ou militares, bem como a sua aposentadoria, transferência para a reserva ou reforma, uma vez suspensas as garantias constitucionais de vitaliciedade e estabilidade (art. 7º). Ficavam também autorizadas, sem a apreciação judicial, a suspensão de direitos políticos e a cassação de mandatos eletivos de quaisquer cidadão (art. 10). SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35. O Ato Institucional de 09 de abril, que deveria ser único e acabou sendo o primeiro de uma série, editado seis dias antes da posse do general Castello Branco, deixou bem claro: “A Revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma”. Quando se encerrou, a 11 de junho de 1964, o prazo que o primeiro Ato havia estabelecido para as cassações, o balanço inicial foi de 378 atingidos: três ex-presidentes da República (Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros e João Goulart); seis governadores de Estado; dois senadores; 63 deputados federais e mais de três centenas de deputados estaduais e vereadores. Foram reformados compulsoriamente 77 oficiais do Exército, 14 da Marinha e 31 da Aeronáutica. Aproximadamente dez mil funcionários públicos foram demitidos e abriram-se cinco mil investigações, atingindo mais de 40 mil pessoas. Castello Branco criou a Comissão Geral de Investigações (CGI) – para coordenar as atividades dos inquéritos policiais militares, que começavam a ser instaurados em todo o país. Foi implantado, em junho, o Serviço Nacional de Informações, cujo poder misterioso cresceria sem interrupção nos anos seguintes. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 61.

⁸⁵ O AI-2, vigente de 27.10.1965 a 15.03.1967, além de estabelecer a eleição indireta para Presidente da República (art. 9º), extinguir os partidos políticos (art. 18) e inaugurar a era dos atos complementares (art. 30), mantinha a possibilidade de demissão, dispensa, suspensão de direitos políticos e cassação de mandatos eletivos (art. 14, 15 e 16), transferia para a competência da Justiça Militar o julgamento de todas as pessoas acusadas de terem praticado crimes contra a segurança nacional (art. 8º), entre outras coisas. Ou seja, todas as pessoas presas pela Polícia política do Estado estavam necessariamente submetidas à jurisdição da Justiça Militar. SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35. Na prática, só poderão existir, daí para a frente, dois partidos políticos: um governista e outro da oposição consentida. São criados a ARENA (Aliança Renovadora Nacional) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro), este último encarregado de fazer oposição, mas sem contestar o regime. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, op. cit., p. 61.

⁸⁶ Quando o AI-5 foi outorgado, em 13.12.1968, outras garantias do indivíduo foram suspensas, só que agora por tempo indeterminado. O AI-5, ao contrário dos Atos Institucionais anteriores, não tinha previsão para o fim da sua vigência. Suspendeu-se, assim o *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem pública e social e a economia popular (AI-5,

O período em que vigorou o AI-5 é caracterizado pela falta de democracia, supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão àqueles que eram opostos ao regime militar⁸⁷, inaugurando um novo regime político o qual concentrou o poder do Estado por representantes da alta hierarquia militar⁸⁸.

Pois bem, o regime militar atacou os direitos fundamentais com a suspensão e violações de garantias, como o acesso à informação, à imprensa livre, ao *habeas corpus*⁸⁹, à liberdade de expressão, ao devido processo legal e, também, à inafastabilidade da jurisdição, com as cláusulas de exclusão⁹⁰.

2.3.2 A Suspensão-violação das Garantias Processuais

Por meio da suspensão das garantias constitucionais na ditadura o Executivo valeu-se da prerrogativa de cassar mandatos eletivos, suspender os direitos políticos de cidadãos e anular o direito à estabilidade dos funcionários públicos civis e militares⁹¹. A título de informação, nas Forças Armadas 421 oficiais foram punidos com a passagem compulsória para a reserva. Estima-se que outros duzentos foram

art. 10), estabeleceu-se que, para esses crimes, quaisquer cidadãos poderiam ser presos pelos encarregados de inquéritos policiais por até cinquenta dias (Dec.-Lei 898 de 29.09.1969, art. 59, §§ 1º e 2º); art. 18 e 20 do Código de Processo Penal Militar de 1970, dez dos quais em regime de incomunicabilidade (Dec.-Lei 898/69, art. 59 § 1º), institui-se a censura etc. SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35. Costa e Silva baixa o AI-5 no dia 13 de dezembro de 1968. A gota d'água foi um discurso do deputado federal Márcio Moreira Alves, considerado ofensivo às Forças Armadas. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**. 13ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 62.

⁸⁷ Isto para não falar do problema econômico que o Brasil enfrentou pós 1964 – A ruptura de abril de 1964 resultou no arquivamento das propostas nacionalistas de desenvolvimento através das Reformas de Base. A partir daí, foi implantado um modelo econômico que, alterado periodicamente em questões de importância secundária, revelou uma essência que pode ser resumida em duas frases: concentração da renda e desnacionalização da economia. ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, op.cit., p. 60.

⁸⁸ Em tal regime, o detentor do poder mostra-se pouco inclinado a respeitar o ordenamento jurídico e a decisão de um órgão estatal, caso contradigam a sua opinião. É ele, Presidente da República, quem afinal decide sobre as questões fundamentais de caráter jurídico e político do país.). SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31-32.

⁸⁹ A constitucionalização dos remédios contra o abuso do poder ocorreu através dos institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo o poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado 'constitucionalismo'). BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 136.

⁹⁰ As cláusulas de exclusão foram previstas nos atos institucionais expedidos pelo Comando Supremo da Revolução e também nas constituições autoritárias de 1967 e 1969. Tais normas declararam infensos ao controle jurisdicional os atos praticados com base nos atos institucionais e complementares, excepcionando o princípio segundo o qual qualquer cidadão lesado em seus direitos pode recorrer ao Poder Judiciário. PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. Revista do instituto de hermenêutica jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.. p. 57.

⁹¹ GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 130.

tirados da ativa através de acertos, pelos quais escaparam do expurgo pedindo uma passagem silenciosa para a reserva⁹². José Carlos Moreira da Silva Filho afirma que, na época, a existência ou não de culpa era totalmente irrelevante, visto que eram inimigos objetivos, para os quais de nada valiam os direitos humanos⁹³.

Marcada pela inexistência de Estado de Direito e constante desrespeito a princípios jurídicos fundamentais e devido a ampla margem de arbítrio de que dispunham as autoridades policiais, a doutrina de Segurança Nacional contava com a ajuda da Justiça Militar para manter-se. Para prática de abusos tinha como “fundamento legal” o Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar e a Lei de Organização Judiciária Militar⁹⁴.

Não é objeto de estudo analisar as torturas no período da ditadura e, muito menos, pós Constituição de 1988. Todavia, trata-se de um fator importante que não pode ser esquecido na história brasileira. Necessário é fazer uma reflexão: aquele que tortura respeita os direitos constitucionais em processos administrativos, inquéritos ou sindicâncias? Quem pode mais, pode menos. Por isso a extrema necessidade de fazer um paralelo empírico entre torturas e supressão de direitos constitucionais nos processos internos.

No dia 13 de abril de 1964 segundo o I Exército, o sargento Edu Barreto Leite pulou do oitavo andar do prédio onde morava, quando se viu na iminência de ser preso. De acordo com o *Correio da Manhã* de 27 de setembro, também de 1964, denúncias relatam que Edu Barreto teria se jogado da janela do prédio da Polícia do Exército. Outros dois militares teriam suicidado enquanto resistiam à prisão. De acordo com o Exército, o sargento Bernardino Saraiva se matou com um tiro na cabeça depois de ferir um soldado da escolta que fora prendê-lo em São Leopoldo, Rio Grande do Sul. Em 9 de maio morreu o sargento Manuel Alves de Oliveira, preso desde abril, “morte natural”. No mês de agosto o tenente da reserva do Exército e veterano da Força Expedicionária Brasileira, Dilermano Melo do Nascimento, após um interrogatório na sede do Ministério da Justiça, jogou-se do

⁹² GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 131.

⁹³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor (Org.). **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 121-122.

⁹⁴ MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 09, 2010.

quarto andar, tendo deixado um bilhete que dizia – “Basta de tortura mental. Basta de desmoralização⁹⁵”.

As práticas abusivas no regime militar criaram uma espécie de pacto do silêncio⁹⁶ na época⁹⁷. Nos presente dias, as práticas abusivas, arbitrárias, o que não se pode confundir com discricionárias, levam todos os coagidos ao silêncio por medo, receio de denunciar e sofrer coerção, como ser perseguido, ser transferido de posto ou até mesmo de cidade, ou ser submetido constantemente a processos administrativos com um único propósito: a sanção⁹⁸.

⁹⁵ GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 131-132.

⁹⁶ Apesar de certas condutas praticadas na repressão política serem contrárias às condutas prescritas no direito penal, nunca existiu a efetiva perseguição dos agentes de tais condutas criminosas. São muito poucas ou quase nenhuma as pessoas que foram presas, submetidas a inquérito policial ou então a posterior denúncia pelo Ministério Público Militar, quando acusadas de tais delitos. Dessa forma, não houve nenhum processo criminal contra os responsáveis da repressão política, não foram produzidas quaisquer provas juridicamente válidas sobre a autoria de tais delitos e, conseqüentemente, nenhuma condenação nesse sentido foi sentenciada. Além da inexistência de inquéritos policiais ou de processos na Justiça que produzissem provas mais seguras sobre quem foram exatamente os agentes de repressão estatal que cometeram crimes durante a repressão política e sobre a culpa das pessoas acusadas, seria hoje muito difícil obter-se esse tipo de informações e de provas. Em primeiro lugar, existe uma espécie de “pacto de silêncio” entre aqueles que participaram da repressão da ditadura. Em segundo lugar, a verdade dos fatos apresentada ao público era comumente omitida ou alterada pelos órgãos do Estado encarregados da repressão. E, como foi dito, as poucas informações oficiais que poderiam incriminar os agentes de repressão foram na maior parte destruídas. Em terceiro lugar, faz muito tempo que esses crimes aconteceram, tornando muito difícil a sua investigação nos dias atuais. SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 57.

⁹⁷ Em 1964 ocorreu uma das primeiras denúncias de tortura ocorrida no Exército. Por dois meses publicaram-se denúncias esparsas na imprensa, até que no dia 1º de setembro o *Correio da Manhã* abriu em suas páginas uma das memoráveis campanhas da história da imprensa brasileira. Num editorial intitulado “Tortura e insensibilidade”, denunciava: “Todos os dias, desde de 1º de abril, o público e as autoridades tomam conhecimento com detalhes cada vez mais precisos e em volume cada vez maior de atentados contra o corpo e a mente de prisioneiros culpados e inocentes. No entanto, desde o dia 1º de abril, o silêncio pesa por sobre esses crimes. Não há uma explicação, uma nota, um protesto oficial sobre as denúncias. Esse silêncio, e a própria frequência com que se toma conhecimento de torturas, provocam uma reação ainda mais sinistra: verifica-se a tendência para cair numa gradual insensibilidade, esgotando-se a capacidade de sentir horror e revolta”. – Não se tratava de um libelo contra os torturadores, mas de uma pressão sobre o governo para que rompesse a silenciosa cumplicidade que oferecia ao crime. GASPARI, op. cit., p. 142-143.

⁹⁸ A ordem que os castigos disciplinares devem fazer respeitar é de natureza mista: é uma ordem ‘artificial’, colocada de maneira explícita por uma lei, um programa, um regulamento. Mas, é também uma ordem, definida por processos naturais e duráveis: a duração de um aprendizado, o tempo de um aprendizado, o tempo de um exercício, o nível de aptidão têm por referência uma regularidade, que é também uma regra. [...] A punição disciplinar é, pelo menos por uma boa parte, isomorfa à própria obrigação; ela é menos a vingança da lei ultrajada que sua repetição, sua insistência redobrada. De modo que o efeito corretivo que dela se espera apenas de uma maneira acessória passa pela expiação e pelo arrependimento; é diretamente obtido pela mecânica de um castigo. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução Raquel Ramalheite. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 150.

Fator interessante é o que estabelecia a Constituição de 1967, no §1º do Artigo 92⁹⁹, onde, segundo José Mário Dias Soares Júnior¹⁰⁰, a mudança textual em relação às outras Constituições é quase imperceptível porém, com grande significância, deixando as Forças Armadas de garantir os poderes constitucionais.

Anthony W. Pereira relata que na ditadura militar havia um consenso entre civis e militares nos tribunais militares que criavam obstáculos para advogados de defesa, em que os defensores se confrontavam com juízes, que, em geral, acreditavam que o país estava enfrentando uma grave emergência política, que exigia uma resposta judicial de exceção, não se vendo obrigados a serem consistentes em suas decisões¹⁰¹. Um dos obstáculos que os advogados enfrentavam era não terem acesso aos presos na primeira fase de detenção. Quando conseguiam contato com seus clientes, muitas vezes já haviam “confessado” sob tortura e assinado documento incriminando a si próprio e a outros¹⁰².

Segundo Lorena Godoi de Faria Vieira Pinto, a transição do Estado Autoritário para o Democrático veio por meio de muita negociação, recuperação da autonomia do movimento sindical, novos movimentos sociais e populares que significaram a emergência por reclamação de direitos de diversas ordens a amplos segmentos sociais, além de desgaste das próprias bases sustentadoras do governo¹⁰³.

A realização das eleições diretas para os governos estaduais em 1982 consolidou o caminho para a redemocratização. Concluiu o ciclo iniciado com a extinção do AI-5 e a anistia dos perseguidos pelo regime militar¹⁰⁴.

Conforme Anthony W. Pereira, nenhum esforço de imaginação é capaz de transformar o governo militar brasileiro num regime genuinamente constitucional, baseado em algo semelhante ao Estado de Direito. Um grau elevado de

⁹⁹ “Art. 92 [...] §1º Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os Poderes constituídos, a lei e a ordem.” BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm>. Acesso em: 28 fev. 2011.

¹⁰⁰ SOARES JÚNIOR, José Mário Dias. **Exército na segurança pública: uma guerra contra o povo brasileiro!** Curitiba: Juruá, 2010. p. 42.

¹⁰¹ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 212.

¹⁰² Ibid., p. 214-215.

¹⁰³ VIEIRA PINTO, Lorena Godoi de Faria. A inversão do Estado democrático de direito em Estado de exceção permanente: a supressão de direitos a criminalidade. **Revista Jurídica NAP**, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<http://revistajuridicanap.webdone.com.br/direitoconstitucional/ain-versaodoestado>> Acesso em: 27 mar. 2012.

¹⁰⁴ VILLA, Marco Antonio. **A história das Constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio**. São Paulo: Leya, 2011. p. 111.

arbitrariedade no regime militar determinava o tratamento aos presos políticos, havendo pouca separação entre os poderes, permitindo ao Executivo mudar as regras do jogo da forma como bem entendesse¹⁰⁵.

O processo de elaboração da Constituição de 1988 teve vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após a ditadura militar¹⁰⁶. Ademais, o processo constituinte de 1987-1988 resgata os princípios de autonomia e emancipação das revoluções do final do século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade¹⁰⁷.

Ressalta-se que a Constituição brasileira de 1988 foi redigida em um momento peculiar da história ocidental: o desaparecimento da União Soviética; a queda do Muro de Berlim; a derrocada do socialismo do Leste Europeu; o fim da própria ditadura militar brasileira. Assim, foi redigida com grande participação da sociedade civil organizada. O povo apresentou-se como um grande e real fator do poder. É instituído então no Brasil o Estado Democrático de direito, inspirado em textos constitucionais como as Constituições de Portugal, Espanha e a Lei Fundamental de Bonn¹⁰⁸.

A questão é: esta nova Carta do Estado apagou os rastros da ditadura militar e estabeleceu uma nova ordem democrática no Brasil dentro das casernas?

Passado o período arbitrário do regime militar, com a vigência da Carta Constitucional de 1988, os abusos nas instituições militares não cessaram o que é abordado no decorrer de todo o estudo. Porém, não raras vezes violações desproporcionais ocorrem nas casernas, ganhando espaço o uso sistemático de torturas físicas¹⁰⁹ e psicológicas, além de outras violações contra seus próprios

¹⁰⁵ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 230.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75.

¹⁰⁷ FABRIZ, Dauri Cesar. Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 377.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 146.

¹⁰⁹ Em novembro de 1991, o então soldado Luiz V Santos, no quartel da Vila Militar (RJ), foi submetido a uma sessão de sete horas de tortura que o deixou incapacitado para o trabalho. Havia sido acusado de furto de um cheque, quando fazia um curso de cabo, preparando-se para a carreira militar. Apesar do soldado Almir Francisco de Sá ter confessado o roubo, três meses depois, Luiz Viana foi desligado do Exército sem direito a tratamento médico. Com pernas, braços e pescoço amarrados com cordas, o soldado foi espancado com chutes e pontapés e jogado contra a parede. Passou a apresentar várias sequelas como problema de coluna e de movimento

integrantes, tais como violações de direito fundamental em processos administrativos.

Conforme é demonstrado ao longo do presente estudo, supressão de direitos e garantias constitucionais do processo continuam a existir com o advento da Constituição da República, em 1988, isto é, os abusos perduram até nos dias atuais. O conservadorismo aristocrático é fato presente desde o início do século XIX¹¹⁰. Fernando Rodrigues abaliza que o autoritarismo tende a ser mais conservador, ligado às tradições do passado. O autoritarismo é um conceito, assim como ditadura e totalitarismo¹¹¹ que surgiram e foram utilizados para contrapor a democracia¹¹². Jorge Zaverucha afirma que no Brasil praticamente nada foi feito para estabelecer um controle democrático sobre os militares¹¹³.

Jorge Zaverucha enfatiza que, com a promulgação da Constituição Federal de 5 setembro de 1988, os capítulos relacionados às Forças Armadas e segurança pública permaneceram praticamente inalterados, sendo estes capítulos presidido pelo Senador Jarbas Passarinho, coronel da reserva, que também foi Ministro durante o governo dos Generais Costa e Silva, Médici e Figueiredo. Jarbas Passarinho também subscreveu o Ato Institucional n.º 5¹¹⁴.

Eliezer Pereira Martins preconiza que a severidade em todos os tempos foi o traço comum da Justiça Castrense e, na medida que campeou o rigor, cresceu o abuso de autoridade, e que, o excesso de autoridade, culminou em abuso de

no pulso esquerdo, devido às múltiplas fraturas que sofreu. Em novembro de 1992, o Capitão de Cavalaria Delano Bastos de Miranda e o 3º Sargento George Carlos Rincon Baldessani foram condenados a 1 ano e 9 meses de prisão na 1ª Auditoria do Exército, mas foram beneficiados por sursis e estão em liberdade. A família foi pressionada para desistir do processo. COIMBRA, Cecília Maria Bouças. **Direitos humanos no Brasil**. Relatório da Rede social de justiça e direitos humanos em parceria com Global Exchange. São Paulo: 2001. p. 16.

¹¹⁰ RODRIGUES, Fernando. **Indesejáveis**: instituição, pensamento político e a formação profissional dos oficiais do exército brasileiro (1905-1946). Jundiaí: Paco Editorial. 2010. p. 23.

¹¹¹ Celso Lafer ensina que “O totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. Encarna, nesse sentido, o processo de ruptura com a tradição, pois não se trata de um regime autocrático, que em contraposição dicotômica a um regime democrático busca restringir ou abolir as liberdades públicas e as garantias individuais. Trata-se, em verdade, de um regime que não se confunde nem com a tirania, nem com o despotismo, nem as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar este objetivo, o isolamento destrutivo da possibilidade de uma vida pública – que requer a ação conjunta com outros homens – e a desolação que impede a vida privada”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Schwarcz, 1988. p. 117.

¹¹² RODRIGUES, op. cit., p. 45.

¹¹³ ZAVERUCHA, Jorge. **Rumor de sabres**: tutela militar ou controle civil? São Paulo: Ática, 1994. p. 10.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 192-193.

autoridade, contribuindo, para isso, outros fatores, a obsolescência da legislação aplicável quer nas Forças Armadas que nas Forças Auxiliares, onde leis e regulamentos não foram adaptados ao princípio jurídico do Estado de Direito¹¹⁵.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. Mais do que uma classificação do Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais¹¹⁶. Pablo Lucas Verdú enfatiza que o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito, o Estado Democrático de Direito se configuraram e se impuseram em meio a fortes resistência de combates¹¹⁷.

¹¹⁵ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes. Direito, 1996. p. 26-27.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração da construção do direito**, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

¹¹⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 135.

3 O RESQUÍCIO AUTORITÁRIO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS MILITARES E A SAÍDA PELAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Foi na Antiguidade, por meio da religião e da filosofia, que se assentaram alguns entendimentos primários no sentido de que o ser humano, pelo simples fato de existir, seria titular de alguns direitos naturais inalienáveis. Os valores da dignidade da pessoa humana¹¹⁸, da liberdade e da igualdade encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana e no pensamento cristão. A partir do século XVI, mais precisamente nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista, por meio das teorias contratualistas, chegam ao ponto culminante de desenvolvimento, ocorrendo um processo de laicização do direito natural, que atinge seu apogeu no Iluminismo¹¹⁹, passando pelo Estado Social, chegando no atual Estado Constitucional.

Assim, após significativa evolução, o Estado afinal alcança no século XXI o Estado Democrático de Direito. Todavia, por falta de uma justiça de transição e devido ao conservadorismo das autoridades militares, existem hoje resquícios autoritários nos processos administrativos militares, ocasionando um estado de exceção¹²⁰, havendo no Brasil um vínculo entre a violência passada e a violência presente¹²¹.

De acordo com o filósofo italiano, como se vê, o Estado de Exceção é tanto mais nocivo quanto mais em que se imiscui com a democracia. Afirma ele que a criação voluntária de um estado de emergência permanente, embora não declarado

¹¹⁸ Vicente de Paula Barreto faz uma distinção dos direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana. “Enquanto os direitos humanos representam a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade da pessoa humana significou a marca da humanidade diante da barbárie. [...] Os direitos humanos têm a ver com a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades [...] do poder do Estado. [...] A dignidade da pessoa humana situa-se no cerne da luta contra o risco da desumanização [...]. A dignidade da pessoa humana encontra-se referida à questão não do indivíduo, mas da humanidade. BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 60-61.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45.

¹²⁰ Para Giorgio Agamben o estado de exceção tende sempre mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 7.

¹²¹ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 28.

de maneira expressa, acabou por se tornar uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos que se consideram democráticos.

Segundo ele, “o sistema político do Ocidente parece ser uma máquina dupla, fundada sobre a dialética entre dois elementos heterogêneos e, de certo modo, antitéticos: o ‘nomos’ e a anomia, o direito e a violência pura, a lei e as formas de vida, cuja articulação o estado de exceção tem por vocação garantir¹²²”. Não haveria maiores anomalias enquanto esses elementos permanecerem separados, restando no entanto crítica a situação em que ambos se fundem em um poder único de duas faces, tornando-se o Estado de Exceção a regra e transformando-se o sistema político em um aparelho de morte.

Ultimamente muito vem sendo discutido sobre uma maior democracia nas instituições militares e o respeito das garantias fundamentais do processo. Não raro, a forte mídia relata casos de abusos nos cursos de formações de militares, como torturas¹²³, espancamentos, excesso de treinos físicos, falta de alimentação adequada, rituais militares para ser o candidato aceito no grupo, dentre outros.

Grande movimentação também vem ocorrendo sobre a falta de uma justiça de transição, a criação da Comissão da Verdade, a falta de democracia nos quartéis, a descriminalização de homossexuais assumidos nas tropas, transparência nos concursos internos etc.

Este capítulo aborda a existência de resquícios autoritários nos processos administrativos disciplinares, comentando sobre alguns abusos e violações de princípios constitucionais, bem como entendimento de autoridades militares que comprova o conservadorismo das instituições, havendo severas críticas sobre o efeito suspensivo ou quando os militares socorrem-se ao Judiciário, por exemplo.

As instituições militares possuem, em seus princípios basilares: hierarquia e disciplina. A hierarquia no militarismo é muito rigorosa e a sua quebra implica desestabilização institucional. A disciplina é a obediência às funções que deve desempenhar o miliciano, sendo fundamental para o desenvolvimento regular das atividades, devendo todo militar ser disciplinado, tanto na vida privada quando na

¹²² PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 23.

¹²³ O uso sistemático da tortura teve seu início a partir do século XI na Europa e atingiu seu ápice entre os séculos XII e XVII, com o advento da inquisição. A mitigação das penas e a condenação da tortura só vão ocorrer em finais do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do capitalismo industrial. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, 2006. p. 293.

órbita funcional, devendo manter elevado padrão de disciplina e dignidade, cumprindo com exatidão todos os deveres para com a sociedade.

Abusos, tais como é abordado ao longo do texto, não condizem com os princípios da hierarquia e disciplina e, muito menos, com os princípios constitucionais. Atitudes reprováveis, tratando os subordinados sem qualquer respeito à dignidade da pessoa humana¹²⁴, aplicando sanções contrárias aos ditames constitucionais.

Diógenes Gomes Vieira afirma que, no meio militar é muito comum que superiores, a fim de não instaurarem processos disciplinares, decretem detenções ou prisões disciplinares, dando castigos verbais aos militares, serviços extras, trabalho após horário do expediente, dentre outros¹²⁵.

Nesta esteira, com o intuito de garantir a estabilidade da estrutura militar, tem-se o processo administrativo com o intuito de apurar faltas administrativas dos militares. Todavia, deve estar ele de acordo com os princípios constitucionais do processo. Infelizmente, como demonstrado, esses princípios não são respeitados.

São abordadas, também, num contexto genérico, as atribuições das Forças Armadas, sua legitimidade outorgada pela Constituição Federal, bem como sua importância dentro da Nação brasileira, assegurando a convivência pacífica, o respeito internacional, garantindo a integridade territorial e a paz interna, bem como a responsabilidade da preservação da ordem pública e defesa civil, combatendo com a prevenção e patrulhamento preventivo e ostensivo.

Este capítulo versa, também, sobre as Forças Armadas e Auxiliares e a divisão entre duas classes internas: oficiais e praças, tendo sua origem no Exército português do século XIX. Bem como, a criação de Tribunais Militares Estaduais no Brasil, sendo eles: Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

¹²⁴ Sobre a dignidade da pessoa humana, Immanuel Kant discorre: No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim, em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 65.

¹²⁵ VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica. 2009. p. 30.

Argumenta-se também que a Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre militares e civis, ou seja, um militar não possui menos ou mais direitos que um civil, mas é, isto sim, possuidor dos mesmos Direitos e Garantias Fundamentais. Marcelo Cattoni frisa que a Constituição é da cidadania, como projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais; se não, não é Constituição¹²⁶.

Com a edição da sétima Constituição, desde o início formal das instituições militares, várias normas internas sofreram mudanças, sendo que a legislação atualmente em vigor deve estar em perfeita sintonia com a Constituição Federal, respeitando os Direitos e Garantias Fundamentais dos militares, o que não é novidade.

A questão é: são esses direitos respeitados dentro das casernas? Esses direitos são estendidos aos militares? Depois das modificações paradigmáticas, o Estado e a sociedade continuam enfrentando diversas crises: diferenças sociais, exclusão, violência, discriminação, dentre outras questões próprias da dignidade da pessoa humana¹²⁷. O respeito às diferenças humanas e sociais, principal caminho para a implantação do efetivo princípio da igualdade, é um compromisso que sustenta o Estado Democrático de Direito¹²⁸, até porque, conforme afirma John Finnis, uma pessoa tem direito à igualdade de consideração e respeito, e, se esse direito é negado está em má situação¹²⁹.

Resquícios autoritários nos processos administrativos militares existem, e é isso que, ao longo de todo o estudo, se pretende demonstrar ao leitor, como as garantias constitucionais são suprimidas, por meio de pesquisa jurisprudenciais e doutrinárias realizadas, demonstrando que a redemocratização, em 1988, não é respeitada nos processos administrativos disciplinares, perdurando no século XXI um estado de exceção. Demonstrativo disso é que princípios como devido processo

¹²⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 386.

¹²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de, NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

¹²⁸ ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008. p. 54.

¹²⁹ FINNIS, John Mitchell. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 216.

legal¹³⁰, contraditório¹³¹ e ampla defesa, legalidade¹³², presunção de inocência, igualdade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, fundamentação¹³³, entre outros¹³⁴, são corriqueiramente desrespeitados.

Diz Eliezer Pereira Martins que o abuso de poder é revestido corriqueiramente por elementos de legalidade, só podendo ser visualizado no aspecto subjetivo, no

¹³⁰ O primeiro texto que veio fazer menção ao devido processo legal foi a Magna Carta de 1215 de João Sem Terra, que trazia a essência do princípio no art. 39 – “law of the land” – julgamento de acordo com a lei do país: “Art. 39 – Nenhum homem livre será preso ou privado de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destituído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal, feito por seus pares ou pela lei do país”. A famosa expressão “due process of law” teve origem em 1354 pelo rei Eduardo III. Dizem que a Carta de João Sem Terra foi expedida em latim, e o rei Eduardo III teria se aproveitado de tal fato, dela copiando a essência do instituto, expedindo a sua Carta em inglês. ÁLVARES, Silvio Carlos. **Garantias constitucionais do processo: o devido processo legal.** [S.l.], 2011. Disponível em: Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19909/Garantias%20constitucionais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2012.

¹³¹ Ementa: Processual penal. Recursos de *habeas corpus*. Militar. Punição disciplinar. Cerceamento do direito de defesa. Ocorrência. I – **A punição imposta ao militar depende de prévio processo administrativo, em que lhe seja assegurado direito de defesa e ao contraditório** (grifo meu), o que provou não ter ocorrido. II – Existência de vícios formais no procedimento. III – Remessa desprovida. (TRF1 – Recurso em Habeas Corpus nº 200541000019375-RO – Rel. Juiz Federal Rubens Rollo, j. 02.08.05, DJ de 12.08.2005, pág. 71). VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar.** Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 32.

¹³² Diógenes Gomes Vieira relata o caso verídico de um sargento da Aeronáutica que foi submetido a um Conselho Disciplinar por trabalhar com equipamentos de informática em uma empresa, no qual era cotista minoritário, o que é perfeitamente legal. A acusação diz que o Sargento dava mais importância à sua atividade extra embora estivesse no excelente comportamento e cumprisse com todas as suas obrigações funcionais. Porém, sabia-se do verdadeiro motivo da instauração do Conselho: perseguição por um Tenente que não aceitava o fato de que o Sargento ganhava mais dinheiro do que ele na condição de oficial. VIEIRA, op. cit., p. 311.

¹³³ A motivação, elemento do ato administrativo, constitui garantia de sua legalidade e veracidade. A motivação viabiliza ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa e garante o controle judicial do ato. Por conseguinte, a ausência de motivação do ato administrativo que agrava a punição disciplinar originalmente imposta ao militar o invalida. Nesse sentido: “Ao agravar a sanção aplicada ao recorrido, sem declinar as razões por que operava a alteração da pena disciplinar originalmente imposta (de 2 dias de detenção), a autoridade militar descurou da observância de um dos requisitos do ato administrativo, qual seja, a motivação. Tal circunstância tornou a punição, e, por conseqüência, o cerceamento à liberdade de ir e vir do recorrido, ilegal”. (TRF4, SER 2001.71;02.000271-0, Segunda Turma, Relator Vilson Darós, publicado em 13-06-2001). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar.** São Paulo: Método, 2010. p. 341.

¹³⁴ Constitucional. Administrativo. Militar. Atividade científica. Liberdade de expressão independente da censura ou licença. Garantia constitucional. Lei de hierarquia inferior. Inafastabilidade. Processo administrativo disciplinar. Transgressão militar. Inexistência. Falta de justa causa. Punição anulada. Recurso provido. I – A Constituição Federal, à luz do princípio da supremacia constitucional, encontra-se no vértice do ordenamento jurídico e é a Lei Suprema de um País, na qual todas as normas infraconstitucionais buscam o seu fundamento de validade. II – Da garantia de liberdade de expressão de atividade científica, independente da censura ou licença, constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros (art. 5.º, IX), não podem ser excluídos os militares em razão das normas aplicáveis especificamente aos membros da Corporação Militar. Regra hierarquicamente inferior não pode restringir onde a Lei Maior não o fez, sob pena de inconstitucionalidade. III – Descaracterizada a transgressão disciplinar pela inexistência de violação ao Estatuto e Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina, desaparece a justa causa que embasou o processo disciplinar, anulando-se em conseqüência a punição administrativa aplicada. IV – Recurso conhecido e provido. (STJ. RMS 11.587-SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16-09-2004, DJ 03-11-2004, p. 206). ABREU, op. cit., p. 255-256.

ânimo do agente que excede no poder emprestado pelo Estado¹³⁵. E mais, segundo o autor, a autoridade militar acaba por utilizar-se de recursos ilegítimos, ilegais em sua atuação, incide em abuso de autoridade¹³⁶.

Conforme os ensinamentos de Vicente de Paula Barreto, com a Constituição Cidadã, a dignidade da pessoa humana passou a fazer parte da cultura jurídica brasileira como referência obrigatória na cultura cívica e nas lides judiciais. Entretanto, falta-lhe uma reflexão que delimite sua conceituação própria e mostre em que medida se insere no sistema jurídico¹³⁷.

Neste diapasão, o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana pode desdobrar-se em duas máximas: não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana¹³⁸.

Militares com desejos subjetivos¹³⁹ e positivistas, frutos da tradição, conduzem processos administrativos sem a devida importância e respeito aos direitos fundamentais, o que causa uma verdadeira desordem e tortura psicológica nos administrados, ocasionando graves feridas a dignidade da pessoa humana. Conforme ensina Lenio Luiz Streck, o direito não é e não pode ser aquilo que o intérprete quer que seja. O direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes diz o que é¹⁴⁰.

Vicente de Paula Barreto preconiza que, na acepção moral, a dignidade representa, ou encontra-se vinculada, ao respeito a si mesmo, à autoestima. O indivíduo não pode considerar-se como desqualificado, sem poder olhar-se no espelho a cada manhã e sentir vergonha daquilo que se tornou¹⁴¹.

¹³⁵ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes. Direito, 1996. p. 29.

¹³⁶ Ibid., p. 31.

¹³⁷ BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 58.

¹³⁸ Ibid., p. 70.

¹³⁹ Mauro Cappelletti diz que é inegável de que em muitas ocasiões a motivação verdadeira, real, efetiva de uma sentença não é completamente revelada na fundamentação do julgador, encontrando-se oculta em seu animo: “O *sentimento* do juiz: a simpatia, a antipatia por uma parte ou por uma testemunha; o interesse, o desinteresse por uma questão ou argumentação das leis, antes que para uma interpretação rigidamente formal; o interesse ou o enfado frente a um conjunto de eventos – e assim discorrendo. Sentimentos: afetos, tendências, ódios, rancores, convicções, fanatismos; todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível que é o espírito humano, refletidas com ou sem véus nas frias expressões dos repertórios de jurisprudência: paixões desencadeadas, paixões contidas [...]. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução: Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2, p. 30.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 25.

¹⁴¹ BARRETO, op. cit., p. 63.

A pesquisa discorre sobre as garantias constitucionais, sua aplicação e respeito nos processos administrativos, demonstrando que o mal deve ser ferrenhamente combatido, pois as instituições militares devem obedecer e respeitar a Constituição Federal. Os militares não são menos e mais que um civil, são pessoas com os mesmos princípios e valores que a Lei Maior assegura. No atual Estado Democrático de Direito, não é possível aceitar qualquer tipo de manifestação que dê ensejo à discriminação.

3.1 Garantias Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar

Esta seção discorre sobre os direitos e garantias constitucionais do processo, pois a Constituição Federal garante aos militares esses direitos fundamentais como inalienáveis e que se constituem na espinha dorsal do Estado Democrático de Direito no que diz respeito à atuação do sistema de Justiça.

3.1.1 Garantias e Decisionismos

Combater o mal na fonte é retirar um dos ingredientes que explica a arbitrariedade contra a sociedade. Para que isso ocorra, em muito pode contribuir a sociedade civil com soluções simples, como a instituição de matérias jurídicas ministradas por civis, sobretudo profissionais da área jurídica (advogados, juízes, promotores), ou por militares de notório saber jurídico, nos cursos de formação, aperfeiçoamento e atualização das corporações militares, desde que seja dada especial atenção aos direitos e garantias individuais ou seu disciplinamento constitucional e infraconstitucional¹⁴², inclusive aos direitos humanos.

Como já explorado, as instituições militares não são um mundo a parte. Não são intocáveis, e muito menos estão acima da Constituição brasileira. O paradigma da superioridade de militares tiranos¹⁴³ que abusam dos subordinados usando processos administrativos como meio de coerção, violando os princípios constitucionais do processo, com decisões arbitrárias, empregando a

¹⁴² MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Direito, 1996. p. 31-32.

¹⁴³ Para Hannah Arendt o governo tirano governa de acordo com seu próprio arbítrio e interesse. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 134.

discricionariedade para sustentar interesses pessoais deve ser rompido, efetivando e garantindo a todos milicianos as garantias que a Carta Magna assegura.

Enquanto o Direito Constitucional encontra-se em evolução, há nas instituições militares a mesma linha conservadora da ditadura militar. Pouco se modificou. A não aplicação dos princípios constitucionais do processo e o desrespeito com os subalternos acusados é andar na contramão do Direito.

Eliezer Pereira Martins discorre que não se concebe que os quartéis sejam um “mundo a parte”, mesmo porque a vida moderna impõe cada vez mais a participação da comunidade nas instituições e uma transparência absoluta em tudo que diga respeito à coisa pública¹⁴⁴.

Élio de Oliveira Manoel e Edwayne A. A. Arduin frisam, ao enumerar as garantias e direitos individuais, que a Constituição Federal não distingue as pessoas em sujeitos de direitos civis ou militares, existindo apenas diferenças ontológicas entre ambos. A ação discricionária do administrador não pode ser confundida com arbitrariedade, estando a liberdade de ação dentro dos limites permitidos pela Lei. O papel social desempenhado pelo militar é diferente, mas este não é mais ou menos cidadão do que ninguém, pois esta é a condição básica para ter a investidura militar. Não se tem perda ou diminuição de cidadania só pelo fato de ser militar e, sim, limitações pessoais, renúncias a algumas liberdades, mas não aos direitos e garantias individuais estabelecidos na Constituição Federal¹⁴⁵.

A vida militar é diferente da vida civil, assim como qualquer profissão é diferente das outras, porque cada qual possui seu dever ético e moral. Todavia, tolher direitos, seja qual for o trabalho, lugar, seja qual for a pessoa, é ignorar a Constituição Federal e retornar ao Estado Absoluto. Luigi Ferrajoli preconiza que os direitos fundamentais são subjetivos e dizem respeito universalmente a todos os seres humanos¹⁴⁶.

No atual Estado Democrático de Direito, não é possível aceitar qualquer tipo de manifestação que dê ensejo à discriminação, em qualquer de suas formas: cor,

¹⁴⁴ MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar**. São Paulo: Editora de Direito, 1996. p. 29-31.

¹⁴⁵ MANOEL, Élio de Oliveira. ARDUIN, Edwayne A. **A polícia militar do Paraná: direito disciplinar militar: teoria, prática e doutrina**. Curitiba: Comunicare, 2004. p. 24.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9.

procedência nacional, opção sexual¹⁴⁷. Inclui-se também a categoria dos militares. O Estado-Nação não pode existir quando o princípio da igualdade perante a lei é quebrado¹⁴⁸.

Para Ingo Wolfgang Sarlet os direitos fundamentais podem ser considerados garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades)¹⁴⁹.

Segundo Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, a observância da hierarquia e disciplina não pressupõe o descumprimento dos direitos fundamentais assegurados ao cidadão, e, a Constituição Federal em nenhum momento diferenciou o cidadão militar do civil no tocante às garantias fundamentais¹⁵⁰. O princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando. Pois, quem segue a concepção centrada nos direitos não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal e sua jurisdição¹⁵¹.

As violações constantes nos processos administrativos nas casernas e a impunidade dos administradores costumam causar sérios danos aos administrados, parecendo existir nos quartéis um estado de exceção, imune à Constituição Federal, como se fosse um mundo excluído, parecendo inexistir uma Lei Fundamental, decorrente muitas vezes do corporativismo entre os próprios oficiais.

Elogios devem ser dados àqueles que respeitam as garantias constitucionais do processo, muito embora seja a minoria. Essa parcela de militares tradicionalistas viola a Constituição Federal como se fosse imune ao respeito dos direitos fundamentais, prevalecendo uma única lei: a lei da parcialidade, dos interesses, da vontade, do orgulho, da tradição.

¹⁴⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 86.

¹⁴⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo imperialismo totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 323.

¹⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72-73.

¹⁵⁰ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo administrativo disciplinar Militar**. Forças Militares Estaduais e Forças Armadas: aspectos legais e constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 113.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 16.

Assim, de acordo com o princípio da impessoalidade, a Constituição Federal visa obstacularizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimento diversos¹⁵².

Jânia Maria Lopes Saldanha critica os decisionismos dos julgadores, em que se distanciam dos casos, negando suas condições de hermenêuticas, por resultar a decisão apenas de sua visão pessoal do mundo e de seus preconceitos, ignora o que é faticidade e temporalidade – no contexto do caso – que devem ser tomadas como fonte de julgamentos¹⁵³.

Ademais, um dos padrões da hermenêutica é justamente garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada¹⁵⁴.

Ovídio Baptista da Silva destaca que as ideologias políticas formadoras da modernidade procuram submeter o direito à epistemologia da matemática e das ciências experimentais, com a eliminação da hermenêutica e da retórica enquanto arte de argumentação forense¹⁵⁵.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que na concretização da função jurisdicional do Estado quaisquer pronunciamentos decisórios como provimentos, acórdãos, provimentos mandamentais, provimentos judiciais, sentenças ou decisões interlocutórias emanadas dos órgãos prestadores da jurisdição, são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, exercido em nome do povo. Continua o autor dizendo que este poder nunca poderá ser arbitrário ou exercido sob a referência hermenêutica inconstitucional ou fundado em considerações subjetivas dos agentes públicos decisores¹⁵⁶.

¹⁵² ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 50.

¹⁵³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 97.

¹⁵⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 01.

¹⁵⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 74.

A manifestação (decisão) do poder do Estado, exercida em nome do povo (Artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal) é realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional)¹⁵⁷.

Segue o autor afirmando ainda que o julgador não pode decidir de modo abstrato, desordenado, ilógico, irracional, discricionário e arbitrário. Sua decisão não pode ser formulada ao influxo de ideologias, do sentimento de justiça, do livre espírito de equidade e das convicções pessoais¹⁵⁸.

Formas autoritárias de exercício do poder são incompatíveis com a ideia de democracia, na qual o julgador, muitas vezes, decide de forma autoritária utilizando-se de procedimentos que se revestem de falsas democracias. Por isso, ela se garante com o respeito às regras constitucionais pré-estabelecidas e com a luta perene para a realização dos direitos fundamentais¹⁵⁹. A Constituição deve ser ressaltada como uma barreira a qualquer forma autoritária do exercício do Poder, devendo o Estado Democrático observar como limite ao exercício do poder a fim de evitar golpes institucionais, solapando a democracia constitucional¹⁶⁰.

O papel do julgador passa a ser sempre discutido e reavaliado, tendo em vista que a democracia está sempre a se realizar, pois quando pensa em atingi-la ela já está a frente¹⁶¹.

Nenhum juiz ou tribunal, muito menos administrador, pode orientar suas decisões ao largo da Constituição. A principiologia processual presente na Constituição, implícita ou explicitamente, é justamente o que implica reduzir ou eliminar, as práticas decisórias solipisistas e discricionárias.

Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o “interprete sempre atribuiu sentido ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos

¹⁵⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 74.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 128.

¹⁵⁹ FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 143.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 149.

¹⁶¹ COSTA JUNIOR, Ernane Salles da; GALUPPO, Marcelo Campos. A democracia como promessa entre a imprescindibilidade do cálculo e a experiência aporética da justiça. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 429.

de forma arbitrária aos textos¹⁶². A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária¹⁶³.

Wilson Engelman, ao tratar sobre o positivismo jurídico, ensina que a discricionariedade é reconhecida pelo positivismo jurídico, a partir do momento em que a situação da vida não está respaldada pela regra, ou quando permite a escolha da forma da mesma, dentre várias possibilidades¹⁶⁴. Nesse sentido, a hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionárias e ou decisionismos¹⁶⁵.

Lenio Luiz Streck ao tratar sobre a discricionariedade enfatiza que em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo¹⁶⁶ e positivismo, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se *interpreta*, como se *aplica* e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma *resposta constitucionalmente correta*¹⁶⁷. Não é papel deste trabalho responder isso, mas, sim, demonstrar e propor alternativas possíveis de mudança à luz do sistema constitucional para que haja efetividade na apuração de qualquer processo administrativo

Lenio Luiz Streck, guerreando o positivismo jurídico, destaca a problemática de resolver os *easy cases* e *hard cases*, onde os primeiros seriam mera deduções-subsunções, enquanto os segundos exigiriam a construção de uma racionalidade

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em)crise**: uma exploração da construção do direito. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 112.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 113.

¹⁶⁴ ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

¹⁶⁶ O neoconstitucionalismo procura explicar um conjunto de Constituições surgidas na segunda metade do Século XX que asseguram em seus textos dever a atuação do Estado nortear-se por determinados fins e objetivos e estabelece outro patamar de relação entre o Estado e os cidadãos, impondo ao primeiro garantir e efetivar os direitos fundamentais. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” do processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: Anuário n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. . p. 126.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (em)crise**: uma exploração da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 340.

discursiva que assegurasse condições para uma universalização do processo de atribuição de sentido, partindo de uma marca zero, ignorando à pré-compreensão¹⁶⁸.

Ou seja, quem detém o poder para julgar e desloca o problema da atribuição de sentido para a consciência, no individualismo do sujeito que constrói em seu próprio conhecimento é igual acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estado de experiências e interiores pessoais, o que tornou-se comum no âmbito do imaginário dos juristas¹⁶⁹.

Ovídio Baptista da Silva explica bem isso, afirmando que quem julga deve atender aos fatos e circunstâncias da causa, isto é, dos autos, não as circunstâncias presentes no momento em que o legislador formulou o preceito, isso se dá em virtude de um vício da formação jurídica, onde, costuma-se trabalhar com conceitos, com regras, fugindo das circunstâncias, necessariamente individuais do caso concreto¹⁷⁰.

A proporcionalidade¹⁷¹ e razoabilidade acerca das punições disciplinares, muitas vezes geram atos administrativos que podem ser confundidos e camuflados invertendo a discricionariedade com arbitrariedade. A maioria dos regulamentos disciplinares deixa à discricionariedade da autoridade militar a classificação das transgressões, assim como a escolha da penalidade aplicada¹⁷².

A discricionariedade exacerbada gera abuso de poder, que é invariavelmente dissimulado, escuso, sub-reptício e ademais, a cotio acobertado pelo corporativismo, favoritismo, nepotismo e pelo próprio poder da autoridade que o pratica¹⁷³. Falta de fundamentação, consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema¹⁷⁴. Basta fundamentar o julgado, pois quando a autoridade disser que julga de tal ou qual modo porque esse

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (em)crise**: uma exploração da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 245-246.

¹⁶⁹ Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) juízes deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Ibid., p. 20.

¹⁷⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 05.

¹⁷¹ O princípio da proporcionalidade está previsto na Constituição Federal. Ao se aplicar este princípio, busca-se uma perfeita relação entre meio e fim, ou seja, utilizando-se aquele (o meio), imediatamente será alcançado este (o fim). ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008. p. 62.

¹⁷² ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples Transgressão ao Processo Administrativo. Curitiba: Juruá. 2008. p. 172.

¹⁷³ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Editora Direito, 1996. p. 29.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 27.

é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido à sentença. Escolhendo “livremente” o sentido que lhe apareceu adequado, sem justificá-lo, conforme argumenta Ovídio Baptista da Silva, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicar os fundamentos da decisão. Na verdade, os julgadores, não decidem, apenas julgam¹⁷⁵. Embora o julgamento apareça com vistosa roupagem, na maior parte das vezes, depara-se com hipóteses de sentenças arbitrárias¹⁷⁶.

Jamais se deve confundir fundamentação das sentenças com a maneira como o julgador, costuma explicar os motivos de seu convencimento. Deve o julgador num primeiro momento que ele se persuade racionalmente, formando seu convencimento a partir dos fatos e circunstâncias constantes dos autos, depois, deve explicitar seu convencimento, por meio da análise crítica do conjunto da prova, bem como se justifique também a interpretação do direito aplicável¹⁷⁷.

O militar que abusa da autoridade ou é mal intencionado que colima fins diversos do bem público, sendo portanto, um agente que atua por dolo; ou alguém, que, por desconhecedor dos recursos que lhe outorga a administração, por culpa,

¹⁷⁵ O trecho a seguir trata-se de um recurso administrativo, onde a defesa postula nulidade por ter sido o militar punido em um processo administrativo disciplinar sem qualquer fundamentação: [...] Apresentado Reconsideração de Ato, pleiteando a nulidade por falta de motivação e fundamentação na Solução de Apuração de Transgressão Disciplinar, restou indeferido, alegando o Comandante da 1ª Cia que a decisão foi devidamente motivada e fundamentada, sendo especificado o fato que cometeu e quais as normas e regulamentos deixou de cumprir, justificando, dessa forma, a punição. Portanto, importante citar a solução da Apuração de Transgressão Disciplinar bem como o Enquadramento Disciplinar. [...] 1. Concordar com o parecer apresentado pelo Sr Encarregado em seu relatório de folha nº 045 e 046, reconhecendo que o Sd QPM 1-0 ALEXANDRE DE ARCHANJO-7.869.375-4, transgrediu a Disciplina Policial Militar, por ter em data acima, quando escalado no policiamento de RPA na área norte no horário das 19h00min as 07h00min, fora avistado pelo oficial Chefe da ALI em local diferente do constante no cartão programa, não informando o fato ao COPOM via rádio. **2. Em consequência determino:** a) Publique-se a presente decisão; b) Ao Sggtte da 1ª Cia do 14º BPM para elaborar o respectivo enquadramento disciplinar com DETENÇÃO; c) Dar ciência ao acusado; d) Arquive-se o presente FATD junto a SJD do 14º BPM; e) Cumpra-se. O Enquadramento Disciplinar deu-se da seguinte forma: **1.** SD QPM 1-0 ALEXANDRE DE ARCHANJO-7.869.375-4, atualmente prestando serviços na 1ª Cia do 14º BPM, é culpado por ter em data de 13 de julho de 2009, quando escalado no policiamento do de RPA na área norte no horário das 19h00min as 07h00min, fora avistado pelo oficial Chefe da ALI em local diferente do constante no cartão programa, não informando o fato ao COPOM via rádio, conforme apurado no FATD nº 069-09, caderno 093. **2.** Está incurso nas infrações previstas no item, 7, 9, 17, 23, 28 do Anexo I, com atenuante do Inciso I e II do Art. 19, com agravantes do Art. 20, VI letra a, tudo do RDE, combinado com a letra “B”, “C”, “H”, do Art. 102 da Lei 1943 (Código da PMPR), e no Art. 7º, inciso VIII, do Regulamento de Ética dos Militares Estaduais do Paraná, aprovado pelo Decreto Estadual nº 5.075, datado de 28 de Dezembro de 1998. Transgressão **MÉDIA** fica **DETIDO** por 03 (três) dias, em conformidade com o que prescreve os Arts 482 e 484 do RISG-PMPR, permanece no comportamento **BOM**. (FATD n.º 092-2009. 14º Batalhão da Polícia Militar do Paraná).

¹⁷⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 06-07.

¹⁷⁷ Ibid., p. 08.

elege indevidamente os meios e recursos para o alcance dos desideratos da administração castrense, agindo também com abuso de poder¹⁷⁸. Sentenças insuficientemente motivadas ocultam uma parcela de poder arbitrário. O julgador deve basear o julgamento num juízo de certeza ou, ao contrário, cairá irremediavelmente na arbitrariedade¹⁷⁹.

Para superar esse componente arbitrário, Ovídio Baptista da Silva, abaliza que é indispensável que os julgadores fundamentem adequadamente os atos, explicitando os motivos reais que os levaram a decidir da maneira que lhes pareceu mais justa conforme o direito. Assim, a fundamentação terá de superar o tecnicismo no qual todo dogmático procura refúgio. Afinal, para que teria servido a exigência de fundamentação das sentenças, senão para impedir o arbítrio?¹⁸⁰

Paulo Bonavides, ao tratar do despotismo, enfatiza que nem a honra, nem virtude e moderação se encontra nessa espécie de organização do poder, que faz o Estado uma sociedade de homens escravos¹⁸¹. Assim é nas casernas.

O Estado Brasileiro é o detentor do monopólio da segurança da Nação por intermédio de seus agentes das Forças Armadas, Bombeiros e Polícias Militares e demais órgãos de segurança, de modo a propiciar a todos uma justa democracia, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, justiça, uma sociedade fraterna, sem preconceitos e com harmonia social. A questão se torna mais complexa quando esses valores não são respeitados dentro das próprias organizações do Estado.

Sem a observância dos preceitos constitucionais, ter-se-á uma decisão antagônica à Constituição Federal. Toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais¹⁸². John Finnis afirma que em julgamentos razoáveis não se aplica uma “lógica” de “diretos” ou “indiretos”, de “meios e fins”, ou “premeditados ou impremeditados”, e,

¹⁷⁸ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Editora Direito, 1996. p. 31.

¹⁷⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 09.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 10.

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 288.

¹⁸² ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais**: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54.

sim ao contrário, isto é, respeitando o bem humano na própria existência e aos direitos humanos¹⁸³.

A Constituição da República não é uma lei como as outras, não é uma simples lei, é mais do que isso, é uma lei fundamental da nação, que deve ser qualquer coisa de mais sagrado, firme e imóvel do que uma lei comum¹⁸⁴. E mais, se estende a todos sem distinção, inclusive aos militares. Ora, o princípio da igualdade se aplica a todos, não tendo previsão para algumas pessoas ou categorias¹⁸⁵.

Portanto, os abusos decorrentes dentro das casernas devem ser rompidos, assegurando aos militares todos os direitos plasmados na ordem constitucional, pois, do que adianta a luta passada, com o grande processo de redemocratização após 21 anos da ditadura, se após a conquista de 1988, outorgando a Lei Suprema do Brasil o próprio Estado por meio de seus representantes militares não a respeita? A mudança do Estado absoluto, centrado na pessoa e na vontade do príncipe, passou a curvar-se à Constituição¹⁸⁶, ao menos assim deveria ser.

Segundo José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento, o Direito Constitucional brasileiro, a partir de 1988, passou a simbolizar conquistas e, também, incorporou um papel de mobilização no imaginário de pessoas na perspectiva de busca e demanda pela realização de garantias, direitos e prerrogativas presentes no texto legislado¹⁸⁷.

José Luis Bolzan de Moraes preconiza que o Estado Democrático de Direito, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade¹⁸⁸, e mais, a democracia, é algo em construção que deve acontecer na sociedade, além da perspectiva do cidadão e Estado¹⁸⁹.

Se a Constituição não está sendo observada, surge o Poder Judiciário como interventor dos abusos sofridos e dos direitos violados, porque a Constituição tem a

¹⁸³ FINNIS, John Mitchell. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 220.

¹⁸⁴ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 7-8.

¹⁸⁵ ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008. p. 50.

¹⁸⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19.

¹⁸⁷ Ibid., p. 63.

¹⁸⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 67 e seguintes.

¹⁸⁹ MORAIS; NASCIMENTO, op. cit., p. 83.

relevante função de proteger os direitos já conquistados¹⁹⁰. Ocorre que quando o miliciano socorre-se ao Judiciário clamando por seus direitos, ele sofre a sanção da perseguição¹⁹¹.

José Carlos Moreira da Silva Filho adverte a possibilidade de julgamentos de agentes públicos por violações de direitos humanos e ressalta, inclusive, as violações praticadas em regimes democráticos, que é fundamental para a mudança da cultura organizacional do Estado¹⁹², tem-se o Poder Judiciário como uma das funções do Estado, se apresentando a jurisdição constitucional como uma alternativa para mais efetividade constitucional. Uma das formas de se vencer o liame que separa o povo do sentido material da Constituição é através de decisões democráticas¹⁹³.

José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento esclarecem que não é possível pensar no Direito Constitucional, na Constituição ou Constitucionalismo de forma isolada, pois, de acordo com a (re)definição do Direito Constitucional em uma sociedade globalizada e cosmopolita, quando a jurisdição interna não atender aos anseios democráticos e sociais, poderá recorrer aos organismos internacionais que possam substituir às Cortes locais¹⁹⁴.

Nessa linha, Luigi Ferrajoli ressalta que depois do nascimento da ONU e com a aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos, os direitos fundamentais se tornaram supraestatais, estando os Estados vinculados e subordinados também no nível do direito internacional; não mais como direitos de cidadania, mas direitos das pessoas independentes de suas diferentes cidadanias¹⁹⁵.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em)crise**: uma exploração da construção do direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

¹⁹¹ Diógenes Gomes Vieira cita sua própria experiência: Todavia, conforme meus conhecimentos jurídicos foram se acumulando, comecei a defender meus direitos que antes sequer os conhecia. Ocorreu, todavia, que passei a questionar, juridicamente, alguns procedimentos “irregulares” que aconteciam no quartel e principalmente no Controle de Tráfego Aéreo. Sendo que, obviamente, isso não foi bem aceito por meus superiores hierárquicos, passando, então, a ser visto como um “problema”. VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 21.

¹⁹² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. *In*: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor (Org.). **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 30.

¹⁹³ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 86.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 30.

Esses princípios são alguns exemplos de garantias processuais violadas pela administração militar. Trata-se de violação dos direitos humanos, para cuja resolução os tribunais nacionais já não detêm mais a última palavra¹⁹⁶.

Diante disso o Brasil foi processado¹⁹⁷ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁹⁸ ante a violação da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁹⁹. Muito importante a possibilidade de julgamentos de agentes públicos por violações de direitos humanos em regimes democráticos, cujo ponto central desta pesquisa é justamente a falta de democracia em pleno período democrático nas instituições militares, precisamente em processos administrativos, ante suas violações constitucionais.

Neste grande avanço foi dada uma advertência da Corte Interamericana de Direitos humanos na sentença proferida contra o Brasil, como acima mencionado, em que na letra c) *medidas de satisfação e garantias de não repetição*, item iv) *Formação dos funcionários do Poder Judiciário e da Polícia*, onde consta que foi solicitado à Corte para que ordenasse ao Estado brasileiro a adoção de medidas destinadas à formação dos funcionários da justiça e da polícia, relativamente aos limites de suas funções e investigações em cumprimento ao dever de respeitar o direito à privacidade.

O Estado brasileiro informou que está havendo cursos de captação aos seus agentes, tanto da Magistratura, quanto da Polícia Civil e Militar, todavia, a Corte

¹⁹⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” do processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: Anuário n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 132.

¹⁹⁷ Caso Escher e outros Vs. Brasil, sentença datada em 06 de julho de 2009. O caso trata-se de pessoas envolvidas vítimas de interceptações telefônicas ilegais em desrespeito ao devido processo legal, realizadas entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná. Na decisão, o Brasil foi condenado por unanimidade em ter violado o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação reconhecidos no Artigo 11; o direito à liberdade de associação com previsão no Artigo 16; violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consoante Artigos 8 e 25, todas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), além de ter que cumprir *medidas de satisfação e garantias de não repetição – a) obrigação de publicar a Sentença; b) reconhecimento público de responsabilidade internacional; c) dever de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar os responsáveis pelas violações aos direitos humanos; d) formação dos funcionários do Poder Judiciário e da Polícia*. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher e outros VS. Brasil**. Sentença de 20 de novembro de 2009. São José, Costa Rica, 20 nov. 2009. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2012.

¹⁹⁸ O BRASIL aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de direitos humanos em 1998. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, [2012?]. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista>. Acesso em: 06 abr. 2012.

¹⁹⁹ O Brasil aderiu à Convenção de Direitos Humanos em 1992. OS DIREITOS Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor. [S.l., 2012?]. Disponível em: <www.escoladegoverno.org.br/.../115-direitos-humanos-declaracao-1948>. Acesso em: 06 abr. 2012.

ressaltou que como sistema de formação contínua, deve estender-se por um lapso temporal importante para cumprir os objetivos antes apontados, pelo que o Estado deve continuar desenvolvendo a formação e a capacitação dos funcionários da justiça e da polícia²⁰⁰.

Neste sentido, Humberto Nogueira Alcalá, afirma que la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales, los cuales constituyen límites a la soberanía estatal²⁰¹.

A dignidade da pessoa humana decorre do simples fato de alguém pertencer à espécie humana, isto é, o simples fato de ser humano²⁰². No mesmo sentido a palavra alemã *Menschenwurde* a qual se refere à dignidade que todos os seres têm pelo fato de serem seres humanos, isto é, ninguém pode ser tratado com menos respeito do que qualquer outra pessoa. O respeito implica, pelo menos, um

²⁰⁰ 248. A Comissão solicitou a este Tribunal que ordene ao Estado a adoção de “medidas destinadas à formação dos funcionários da justiça e da polícia, relativamente aos limites de suas funções e investigações em cumprimento ao dever de respeitar o direito à privacidade”. 249. [...]. 250. O Estado informou sobre a implementação de diversos cursos relativos a direitos humanos, com ênfase no direito à privacidade e à liberdade de associação, dirigidos a funcionários da administração, juízes e membros da polícia. Acrescentou que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através da Escola da Magistratura, assumiu o compromisso de incluir o tema dos direitos humanos, com destaque nos tópicos de liberdade de associação e direito à privacidade, nos cursos de formação para magistrados. Igualmente, a Escola de Servidores de Justiça do Estado do Paraná, em cooperação com a Universidade do Paraná, elaborou um disco compacto que funciona com uma aula virtual sobre o tema “Estado e proteção dos direitos fundamentais”, com ênfase nos direitos à privacidade, à honra e à imagem nos processos de investigação. A aula virtual foi enviada a todas as comarcas do Estado do Paraná e destinada a todos os servidores da justiça. Entre julho de 2006 e julho de 2008, o Departamento de Inteligência do Estado do Paraná, atualmente responsável pelo controle das interceptações das comunicações telefônicas autorizadas judicialmente, realizou capacitações sobre o tema, inclusive para magistrados. Finalmente, os cursos de formação da polícia civil e militar do Estado do Paraná contemplam em sua grade curricular disciplinas sobre direitos humanos; a Escola Superior da Polícia Civil realizou cursos de atualização em direitos humanos para 920 policiais civis entre 1997 e 1999, e a Polícia Militar desenvolveu um papel semelhante oferecendo 20 horas-aula da disciplina de direitos humanos e cidadania em cursos de formação e aperfeiçoamento para cabos e sargentos. 251. A Corte considera que a função de capacitação é uma maneira de brindar ao funcionário público novos conhecimentos, desenvolver suas capacidades, permitir sua especialização em determinadas áreas novas, preparar-lhes para desempenhar posições distintas, e adaptar suas capacidades para desempenhar melhor as tarefas designadas. Este Tribunal valora positivamente o esforço do Estado para capacitar a seus agentes por meio de cursos tanto na Magistratura como na Polícia Civil e Militar, a fim de que seus funcionários respeitem os direitos humanos no cumprimento de suas funções. No entanto, a capacitação, como sistema de formação contínua, deve estender-se por um lapso temporal importante para cumprir os objetivos antes apontados, pelo que o Estado deve continuar desenvolvendo a formação e a capacitação dos funcionários da justiça e da polícia. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Escher e outros VS. Brasil. Sentença de 20 de novembro de 2009. São José, Costa Rica, 20 nov. 2009. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2012.

²⁰¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos**: una aproximación desde Chile y América Latina. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, 2010. p. 587.

²⁰² CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 61.

cumprimento dos direitos, que está ligado à dignidade em questão. É o dever que todos possuem de respeitar esses direitos²⁰³.

Ingo Wolfgang Sarlet pondera que os direitos e garantias fundamentais são reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, remontando da ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. O autor destaca – de todas as pessoas!²⁰⁴

Observa-se, de tudo que foi exposto, que há uma Constituição Democrática²⁰⁵, após um longo processo de discussão oportunizada com a redemocratização do País após mais de vinte e um anos de ditadura militar²⁰⁶. Infelizmente, mesmo a Carta Magna de 1988 em vigor não está sendo suficiente para concretizar os direitos constitucionais do processo, constantemente violados nos processos administrativos nas casernas.

3.1.2 Direitos Humanos e o PNDH-3

A noção de direitos humanos é tão antiga quanto a própria civilização. Todavia, é marca indelével do século XX, especialmente após o final da segunda grande guerra em 1945, haja vista as atrocidades e barbáries cometidas pelos regimes nazi-fascistas desmantelados à época, onde a humanidade foi impelida para o reconhecimento e reivindicação de direitos, criando-se um movimento internacional em sua defesa. Por conta, evidenciou-se a preocupação de se incluir um catálogo de proteção aos direitos humanos nos textos e tratados internacionais²⁰⁷ e das Constituições após aquele período²⁰⁸.

²⁰³ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 81.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). **Conflito, jurisdição e direitos humanos**: (des)apontamentos sobre um cenário social. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 178

²⁰⁵ Sem dúvida a mais democrática do mundo. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007. p. 75.

²⁰⁷ Nesse sentido: Os direitos humanos – como a expressão histórica dos direitos naturais – representam um espaço constantemente aberto à discussão e desenvolvimento de um conjunto de condições humanamente necessárias ao pleno desenvolvimento de homens e mulheres. Por isso, no seio da Carta das Nações Unidas, especificamente em seu artigo 55, são estabelecidas as diretrizes gerais para a elaboração de uma declaração universal, preocupada em possibilitar condições de estabilidade e bem-estar, “baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos”, ou seja, “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou

A inefetividade dos direitos humanos em comparação a efetiva aplicação de outros setores normativos, contribui para a sucessão da assincronia do direito, que é caracterizado pela diferença de velocidade dos processos de integração e de efetivação das normas internacionais de direitos humanos, isto é, o tempo de integração de outros direitos são diferenciados, ou seja, são integrados aos ordenamentos jurídicos e efetivados no âmbito interno dos Estados mais rápido do que os direitos humanos²⁰⁹.

Os passos são curtos e lentos, mas caminha-se em direção à democracia, exemplo é o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acima mencionado. Todavia, muito há que se fazer e discutir, modelo disso é a justiça de transição. Pois é nos momentos de prestação de contas com tais crimes que toda a sociedade e a instituição estatal têm a oportunidade de tentar responder como puderem compactuar com tais ações e como devem proceder para que isto não aconteça novamente²¹⁰.

Assim, no Brasil, tanto os crimes da ditadura como os crimes cometidos pelo Estado presente, como foi abordado, a ausência de julgamentos por violações de direitos humanos traz um forte obstáculo para o fortalecimento da democracia²¹¹. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento lembram que todas as pessoas inseridas no contexto social devem pleitear pela efetividade constitucional²¹².

Nesta linha, demonstra o PNDH-3 esforço no sentido de fomentar os direitos humanos em toda a sociedade, mas, principalmente nas instituições de segurança pública, pois, por muito tempo, alguns segmentos da militância em direitos humanos mantiveram distantes do debate as políticas de segurança no Brasil. No processo de

religião". ENGELMANN, Wilson. A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da Declaração universal dos direitos humanos de 1948. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

²⁰⁸ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 69.

²⁰⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes et al. **A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades**: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. (Artigo fornecido gentilmente pela autora). p. 6-7.

²¹⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. *In*: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor (Org.). **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 31-32.

²¹¹ *Ibid.*, p. 30-31.

²¹² MORAIS, José Luis Bolzan de. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 20.

consolidação da democracia, por diferentes razões, movimentos sociais e entidades manifestaram dificuldade no tratamento do tema. Na base dessa dificuldade estavam a memória dos enfrentamentos com o aparato repressivo ao longo de duas décadas de regime ditatorial, a postura violenta vigente, muitas vezes, em órgãos de segurança pública, a percepção do crime e da violência como meros subprodutos de uma ordem social injusta a ser transformada em seus próprios fundamentos²¹³.

Portanto, a cultura arraigada de rejeitar as evidências acumuladas pela pesquisa e pela experiência de reforma das polícias [...] era a mesma que expressava nostalgia de um passado de ausência de garantias individuais, e que identificava na ideia dos direitos humanos não a mais generosa entre as promessas construídas pela modernidade, mas uma verdadeira ameaça. Estavam postas as condições históricas, políticas e culturais para que houvesse um fosso aparentemente intransponível entre os temas da segurança pública e os direitos humanos²¹⁴.

A proposição do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), a modernização de parte das estruturas do PNDH-3 e a aprovação de novos regimentos e leis orgânicas das polícias, a consciência crescente de que políticas de segurança pública são realidades mais amplas e complexas do que as iniciativas possíveis às chamadas “forças de segurança”, o surgimento de nova geração de policiais, disposta a repensar práticas e dogmas, e, sobretudo, a cobrança da opinião pública e a maior fiscalização do Estado, resultante do processo de democratização, têm tornado possível a construção da agenda de reformas na área²¹⁵.

Neste intento, a diretriz 11 do PNDH-3: Democratização e modernização do sistema de segurança pública – tem como objetivo estratégico modernizar o marco normativo do sistema de segurança pública. Algumas das ações programáticas são: a) Propor a revisão da estrutura, treinamento, controle, emprego e regimentos disciplinares dos órgãos de segurança pública, de forma a potencializar as suas funções de combate ao crime e proteção dos direitos da cidadania, bem como garantir que seus órgãos corretores disponham de carreira própria, sem subordinação à direção das instituições policiais; b) Propor a criação obrigatória de ouvidorias de policiais independentes nos estados e no Distrito Federal, com

²¹³ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República **Programa nacional de direito humanos (PNDH-3)**. Brasília, DF: SEDH/Pr, 2009. p. 104.

²¹⁴ Ibid., p. 104.

²¹⁵ Ibid., p. 104.

ouvidores protegidos por mandato e escolhidos com participação da sociedade; c) Assegurar a autonomia funcional dos peritos e a modernização dos órgãos periciais oficiais, como forma de incrementar sua estruturação, assegurando a produção isenta e qualificada da prova material, bem como o princípio da ampla defesa e do contraditório e o respeito aos direitos humanos²¹⁶.

Interessante ressaltar, também, outra política do PNDH-3 disposta no Eixo orientador V a Educação e Cultura em Direitos Humanos²¹⁷, visando à formação de nova mentalidade coletiva para o exercício da solidariedade, do respeito às diversidades e da tolerância, orientando a formação do sujeito de direitos, combatendo o preconceito, a discriminação e a violência, promovendo a adoção de novos valores de liberdade, justiça e igualdade. O PNDH-3, neste sentido, dialoga com o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) com referência à política nacional de Educação e Cultura em Direitos Humanos, estabelecendo alicerces a serem adotados nos âmbitos nacional, estadual, distrital e municipal, o qual se desdobra em 5 áreas: educação básica; ensino superior; comunidade; meios de comunicação em massa e, por fim, em todo o serviço público, especialmente entre os agentes do sistema de Justiça e segurança pública, que são fundamentais para consolidar o Estado Democrático e a proteção do direito à vida e à dignidade, garantindo tratamento igual a todas as pessoas e o funcionamento de sistemas de Justiça que promovam os direitos humanos²¹⁸.

Nesta esteira, a diretriz 21: Promoção da Educação em Direitos Humanos em serviço público²¹⁹ tem como Objetivo Estratégico I: Formação e capacitação continuada dos servidores públicos em direitos humanos, em todas as esferas de governo. Sendo elas: a) Apoiar e desenvolver atividades de formação e capacitação continuadas interdisciplinares em Direitos Humanos para servidores públicos; b) Incentivar a inserção da temática dos direitos humanos nos programas das escolas de formação de servidores vinculados aos órgãos públicos federais; c) Publicar materiais didático-pedagógicos sobre direitos humanos e função pública, desdobrando temas e aspectos adequados ao diálogo com várias áreas de atuação dos servidores públicos. Objetivo Estratégico II: Formação adequada e qualificada

²¹⁶ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República **Programa nacional de direito humanos (PnDH-3)**. Brasília, DF: SEDH/Pr, 2009. p. 106 e seguintes.

²¹⁷ Ibid. p. 149.

²¹⁸ Ibid. p. 150-151.

²¹⁹ Ibid. p. 162.

dos profissionais do sistema de segurança pública. Sendo elas: a) Oferecer, continuamente e permanentemente, cursos em direitos humanos para os profissionais do sistema de segurança pública e justiça criminal; b) Oferecer permanentemente cursos de especialização aos gestores, policiais e demais profissionais do sistema de segurança pública; c) Publicar materiais didático-pedagógicos sobre segurança pública e direitos humanos; d) Incentivar a inserção da temática dos direitos humanos nos programas das escolas de formação inicial e continuada dos membros das Forças Armadas; e) Criar escola nacional de polícia para educação continuada dos profissionais do sistema de segurança pública, com enfoque prático.

Não resta dúvida que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das formas de governo autocrático²²⁰. Daí a importância de ter inserido no seio da sociedade e dos órgãos públicos o respeito à dignidade da pessoa humano por meio dos direitos humanos.

Paulo Bonavides ensina que o Estado de Direito é um *status quo* institucional refletindo nos cidadãos a confiança depositada nos governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais²²¹.

Desde quando a democracia foi elevada à condição de melhor forma do governo possível, o ponto de vista a partir do qual os regimes democráticos são avaliados passou a ser o das promessas não-cumpridas. A democracia não cumpriu a promessa do autogoverno. Não cumpriu a promessa da igualdade não apenas formal, mas também substancial²²².

Pablo Lucas Verdú ressalta que mesmo se o Estado de Direito se encontrar organizado, pode haver circunstâncias em que a força se negue em obedecer ao Direito, atuando como força bruta do poder público (golpe do Estado)²²³. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli lembra que os direitos fundamentais se afirmam como leis do

²²⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 7. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 185.

²²¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 326.

²²² BOBBIO, op. cit., p. 114.

²²³ VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 133.

mais fraco em alternativa à lei do mais forte que vigorava e vigoraria na sua ausência²²⁴.

Os militares estão começando em passos lentos a lutarem pela sobrevivência da justiça, dignidade e democracia. Todavia, sofrem o autoritarismo por parte dos superiores, com represálias e perseguições. Inadmissível aos olhos da democracia quando uma autoridade abusa de seu poder com interesses pessoais e arbitrários, transformando-se em ditadores.

Conforme preconiza Jânia Maria Lopes Saldanha a democracia coloca no centro uma justiça comprometida com os princípios e com os valores republicanos, enquanto o autoritarismo busca manter a justiça distante das conquistas da ação coletiva do povo e da democracia orientada por princípios²²⁵.

José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento enfatizam que os elementos formadores do Estado e a Constituição, têm sofrido intensas modificações nos últimos tempos. As fronteiras se transformaram; a concepção de cidadania foi alterada, deixando o cidadão de confundir-se com o nacional, sendo cidadão do mundo, explicitando e relacionando a diminuição das distâncias entre os países, devido ao desenvolvimento da tecnologia, do meio de transporte e das trocas comerciais, dos intercâmbios culturais²²⁶. Tudo se encontra em plena evolução, mundo globalizado, ao contrário dos quartéis, onde, quando se consegue efetivar um princípio constitucional é uma vitória.

O desrespeito com os inferiores e o descaso com a Constituição Federal são nítidos, abusos à ampla defesa²²⁷, contraditório e devido processo legal, *bis in*

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29.

²²⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” do processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: Anuário n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 125.

²²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 72.

²²⁷ Policial militar. Exclusão. Direito de defesa. A partir do momento em que a exclusão se faz, considerados certos fatos, a macularem a conduta do policial militar, indispensável é a observância do devido processo legal, estabelecendo-se o contraditório e viabilizando-se o exercício do lúdimo direito de defesa. Na dicção sempre oportuna de José Cretella Júnior, a regra da ampla defesa abrange a do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado (*Comentários à Constituição de 1988*, p. 534). Sentença e acórdão prolatados em homenagem a garantia constitucional do inciso LV do art. 5º, da Carta de 1988 no que culminaram na declaração de insubsistência do ato de licenciamento e reintegração do servidor público militar

*idem*²²⁸, falta de competência legal²²⁹, são frequentes nos processos disciplinares, ocorrendo um verdadeiro tormento e a demonstração que as práticas autoritárias perduram.

A lei não é melhor que a fonte da sua autoridade, autoridade cuja tradição pode sustentar conceitos que não visem os direitos humanos e que são, pelo contrário, antidireitos humanos. A lei positiva propaga crença de que a lei deve ser obedecida, não importando quão moral ela possa ser ou o quanto possa desprezar a vida dos indivíduos²³⁰. Nos dizeres de Ovídio Baptista da Silva, a lei, sonhada como o porto seguro de chegada, tornou-se um obrigatório ponto inicial de dúvidas e

com o ressarcimento dos prejuízos havidos. (RE 191.480, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 7-03-1996, *DJ* 26-04-1996). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 483-484.

²²⁸ Administrativo. Militar. Prisão disciplinar. Licenciamento. Dupla sanção. *Bis in idem*. – Por uma única infração disciplinar, o militar não pode sofrer dupla sanção, sob pena de ocorrer *bis in idem*. – tendo sido o militar punido com 30 dias de prisão disciplinar, a sua posterior exclusão dos quadros da corporação a bem da disciplina, em razão do mesmo fato, atenta contra o devido processo legal, por configurar dupla sanção. – Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (RMS 5.802-RJ, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Rel. Acórdão Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 19-11-1996, *DJ* 22-04-1997, p. 14451). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito Administrativo Militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 342. No mesmo sentido: Ementa: Administrativo. Medida cautelar. Militar. Matriculado no curso de aperfeiçoamento de sargentos. Punições disciplinares. Impossibilidade do *bis in idem*. Apelação de sentença, que, em medida cautelar, julgou improcedente o pedido do autor, que objetivava ser matriculado no Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos, da Escola de Especialistas da Aeronáutica. **As penalidades impostas ao impetrante foram devidamente cumpridas em tempo oportuno, não podendo o militar voltar a ser punido, reiteradamente, sob pena de violação ao princípio basilar do non bis in idem. Impossibilidade da Comissão de Promoção de Graduados – CPG, sob a guarida da discricionariedade, estabelecer uma pena ad eternum para o militar, eis que é expressamente proibido pela nossa Carta Magna** (grifo nosso). Recurso provido. (TRF2 – Apelação Cível nº 322.811-RJ - 1ª Turma – Rel. Des. Federal Ricardo Regueira. J. 25.11.03, DJU de 02.04.2004, pág. 145). VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 29.

²²⁹ Conselho de Justificação. Oficial da marinha. Subdelegação de competência. Nomeação pelo Diretor Pessoal Militar da Marinha. Incompetência de autoridade nomeante. Nulidade do processo 'ab initio'. 1. Nos termos do art. 4º, inciso I da Lei 5.836/1972 compete, privativamente, ao Ministro das Forças Armadas a Lei a que pertence o oficial a ser julgado, a nomeação do respectivo Conselho de Justificação. 2. Inexistindo autorização legal advinda de norma de mesma hierarquia que Lei 5.836/1972, o deslocamento da competência a outra autoridade administrativa, subordinada ao Ministro de Estado, para a nomeação de conselho de justificação, seja por delegação e/ou subdelegação, resulta em ato nulo de pleno direito, portanto, inexistente, ineficaz e impossível de produzir qualquer efeito jurídico. Acolhida a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, declarando nulo o processo 'ab initio', por falta de competência de autoridade que nomeou os membros do conselho de justificação ressalvada a possibilidade de renovação, a juízo de conveniência e oportunidade do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Marinha. (STM. Proc: CJUST – Conselho de Justificação 1997.01.000171-0. UF: DF. Data da Publicação: *DJU* 18/12/1997. Ministro Relator Sergio Xavier Ferolla. Decisão unânime). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 360.

²³⁰ CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 23.

incertezas. Assim, esquecer essa verdade, que o direito dos tribunais, na experiência contemporânea, nos ensina a cada dia, será o caminho que nos sujeitará à condição de vítimas das mais variadas formas de arbitrariedades, cometidas em nome do que se imagina ser a imparcial aplicação da “vontade da lei”, em sentenças que, antes de alicerçarem-se em fundamentos válidos, ocultam as verdadeiras razões de decidir²³¹.

As atrocidades cometidas pela maioria dos sistemas totalitários acontecem dentro da legalidade do sistema. Os nazistas sempre se orgulham de cumprir a lei²³². Assim, os direitos humanos têm a ver com a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades²³³ do exercício do poder, principalmente, do poder do Estado²³⁴.

Assim, os direitos humanos são exigências que nascem da Constituição e das Convenções Internacionais firmadas pelos Estados e por isso, exigem seu reconhecimento, seu respeito e ainda a sua tutela e promoção da parte de todos, especialmente daqueles que estejam instituídos em autoridade²³⁵.

Os direitos humanos figuram em quase todas as Constituições Federais do mundo. É considerada, hoje, uma peça fundamental da democracia contemporânea²³⁶, constituindo um dos temas que suscitam maior interesse em razão da situação de injustiça na qual as relações humanas se encontram atualmente²³⁷.

²³¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 02.

²³² CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 23.

²³³ Ementa: Administrativo E Processual Civil – Mandado De Segurança – Militar – Pleito De Inaplicabilidade De Punição Disciplinar Sem Observância Aos Ditames Do Regulamento Disciplinar Da Marinha – Devido Processo Legal – Reconhecimento Da Procedência Do Pedido Pela Autoridade Administrativa – Sentença Mantida. 1. **A garantia constitucional do devido processo legal exige que a autoridade administrativa, no exercício de suas atividades, atue de maneira não abusiva e não arbitrária, para que seus atos tenham legitimidade ético-jurídica** (grifo meu). 2. Tendo comunicado a autoridade impetrada o reconhecimento da procedência do pedido do impetrante, aplicando as normas previstas no regulamento disciplinar da Marinha, mediante oportunidade de contraditório e ampla defesa e inaplicabilidade prévia de punição disciplinar, decorrente do ajuizamento de ações judiciais sem comunicação ao superior hierárquico, deve ser mantida a sentença concessiva da ordem, porquanto caracterizada a situação fática do artigo 269, inciso II, do Código de Processo Civil. 3. Remessa oficial desprovida. (TRF1 – Remessa em Mandado de Segurança nº 200339000106441-PA – Rel. Des. Federal José Amílcar Machado, j. 29.03.06, DJ de 15.05.2006, pág. 34). VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p.34.

²³⁴ BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 60.

²³⁵ CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, op. cit., p. 13.

²³⁶ Ibid., p. 14-15.

²³⁷ Ibid., p. 13.

Os princípios constitucionais processuais são essenciais para a reconstrução e refundação democrática da jurisdição, sem esvaziar ou superdimensionar o papel do Judiciário ou o papel das partes, valorizando a busca de uma efetividade jurídica e jurisdicional na democratização do direito processual²³⁸. Portanto, os princípios possuem a função de reduzir a possibilidade de normas contraditórias e favorecer a organização aos problemas sociais, sem a necessidade de recorrer a arbitrariedades e subjetivismos. São ferramentas poderosas contra a intervenção do Estado e proteção dos direitos humanos e naturais de cada pessoa²³⁹.

Os princípios constitucionais, no entendimento de Celso Ribeiro Bastos, são aqueles guarda valores fundamentais da ordem jurídica. Sem os princípios a Constituição se parecia mais com um aglomerado de normas que só teriam em comum o fato de estarem juntas no mesmo diploma jurídico, do que com um todo sistemático e congruente²⁴⁰.

Ora, os princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a regra pós-positivista?)²⁴¹.

Os princípios antes fecham do que abrem a interpretação, salvando o decisor do autoritarismo em que todo ser humano está sujeito a recair, mas que um processo democrático e republicano repudia²⁴².

Os princípios que encontram-se no sistema jurídico ou que fazem parte dos bens comuns universais, são os que introduzem a moral no processo e aproximam a jurisdição dos mínimos padrões de democracia. Alguns princípios destacam-se como estrelas guias do que se denomina de processo justo dos quais deriva o dever de os Estados, por seus órgãos jurisdicionais e

²³⁸ ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais**: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.p. 48.

²³⁹ ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008, p. 49.

²⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 114.

²⁴² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” do processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: Anuário n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 125. p. 130.

administrativos com competência decisória, de respeitá-los, sob pena de cometerem violação²⁴³ à Constituição²⁴⁴.

A igualdade segundo Wilson Engelmann, não é apenas a busca do equilíbrio, mas também uma preocupação que deve evitar o excesso, seja para mais ou para menos²⁴⁵.

A igualdade é muito mais uma consideração de respeito à dignidade de cada pessoa do que uma medida exata para conceder alguma coisa a alguém. Trata-se de uma “medida”, por isso um “justo meio de igualdade”, capaz de respeitar as diferenças e construir as aproximações entre as pessoas titulares²⁴⁶.

No contexto da constitucionalização de direitos, dois termos já universais não podem faltar: liberdade e igualdade²⁴⁷. Igualdade significa o acesso e a possibilidade de usufruir todos os valores humanos básicos²⁴⁸. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado²⁴⁹.

O que se busca é a transição²⁵⁰ do estado de exceção pelo Estado Democrático de Direito, pois sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existe condições mínimas

²⁴³ Conselho de Justificação. Vício insanável. Preliminar de nulidade Suscitada pelos advogados do justificante, visando a nulidade do feito, em razão de manifesto cerceamento da defesa, afrontando a Constituição Federal (art. 5º, LV) e a lei do Conselho de Justificação, (Lei 5.836, de 1972) contrariando, ainda, assentes julgados desta corte. Acolhida, a unanimidade, anulando-se o processo, *ab initio*, ressalvada a possibilidade de renovação. (STM. CJUST – Conselho de Justificação 1997.01.000172-8. DJU 18/12/1997, Relator: Domingos Alfredo Silva). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 362.

²⁴⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina**: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” do processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 131.

²⁴⁵ ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008. p. 20.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁷ VIAL, Sandra Regina Martini. **Democracia**: liberdade, igualdade e poder. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 189.

²⁴⁸ ENGELMANN, op. cit., p. 29.

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

²⁵⁰ Neste sentido segundo Norberto Bobbio: Creio firmemente que enquanto os homens não conseguirem encontrar uma forma de desistir da violência para resolver seus conflitos, e não encontrarem uma forma de conviver sem recorrer à violência para resolver seus conflitos, e não encontrarem uma forma de conviverem sem recorrer à violência, quer se trate de violências das instituições, quer da violência daqueles que tentam destruir essas mesmas instituições, o curso da história continuará a ser o que sempre foi, ou seja, uma monótona e quase obsessiva tragédia de lágrimas e de sangue. *Id.*, **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Tradução: João Ferreira. Brasília: UNB, 1990. p. 111.

para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos e entre grupos²⁵¹. Não pode haver regime democrático quando é exigido que os interesses e valores subjetivos sejam aceitos como absolutos²⁵². O futuro das instituições militares depende da urgente reforma constitucional, no que pertine às garantias constitucionais do processo.

3.2 Instituições Militares no Brasil: soberania e constituição

Este tópico possui a finalidade de abordar sobre as instituições militares brasileiras e o papel importante que possuem frente à Nação brasileira conforme estabelece a Constituição da República.

Serão abordados e discutidos também sobre seus princípios basilares, quais sejam: a hierarquia e a disciplina, bem como as violações a princípios constitucionais dos processos administrativos disciplinares.

3.2.1 Hierarquia e Disciplina

Com a chegada da Família Real Portuguesa no Brasil, em 1º de abril de 1808, ocorreu a importação da estrutura militar, que foi mantida após a ruptura política de 1822²⁵³. O Príncipe Dom João VI criou o Conselho Superior Militar e de Justiça, bem como determinou a criação de instituições militares em vários níveis, dentre elas a Polícia Militar brasileira, concedendo à Justiça Militar a condição de primogênita na judicatura nacional, isto é, o primeiro Tribunal do Brasil, que passou posteriormente a se chamar de Superior Tribunal Militar (STM), atualmente com competência para julgar apenas militares da União.²⁵⁴

Fator importante talvez aqui esteja uma das explicações de uma divisão nítida entre duas classes nas Forças Armadas e Auxiliares: oficiais e praças. Fernando Rodrigues explica que o recrutamento dos oficiais do Exército português do século XIX tinha sua origem na condição de sua posição nobiliárquica por terem passado

²⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

²⁵² SILVA, Ovídio Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 01.

²⁵³ RODRIGUES, Fernando. **Indesejáveis: instituição, pensamento político e a formação profissional dos Oficiais do Exército Brasileiro (1905-1946)**. Jundiaí: Paco Editorial, 2010. p. 35.

²⁵⁴ Os policiais militares e os bombeiros submetem-se à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

pelo Colégio dos Nobres de Lisboa, tendo por objetivo favorecer a entrada de nobres no serviço militar pela concessão de privilégios que não eram dados a outros grupos sociais. No Brasil isto permaneceu até 1897²⁵⁵, mas as diferenças de tratamentos perduram até hoje. Portanto, pode-se afirmar que essa divisão de oficiais e praças existe desde a estruturação do Exército português²⁵⁶.

No ano de 1936, a Lei Federal n. 192, de 17 de janeiro, autorizada pelo Artigo 84 da Constituição de 1934, concedeu aos Estados a criação de Tribunais Militares Estaduais, oportunidade em que se instituiu o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais em 1936²⁵⁷, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 1937²⁵⁸ e a Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, que já possuía seu Conselho de Apelação desde 1918²⁵⁹, todos recepcionados pela Constituição de 1988.

É neste sentido que o Artigo 142 da Constituição de 1988 estabelece as Forças Armadas como garantia dos poderes constitucionais, constituída pela sociedade brasileira para defender a Pátria contra ameaças externas, assegurando a convivência pacífica e o respeito internacional, além de garantir a integridade territorial e a paz interna²⁶⁰. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, sob autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, e à garantia dos poderes constitucionais²⁶¹. Embora não conste expressamente no rol das cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, as Forças Armadas não podem ser abolidas, suprimidas ou extintas por meio de emenda constitucional, somente por meio de Assembléia Nacional Constituinte²⁶².

De outro lado, ainda em prol da segurança, todavia, com algumas peculiaridades diferentes, o Artigo 144 da Constituição Federal acresce previsão das

²⁵⁵ RODRIGUES, Fernando. **Indesejáveis**: instituição, pensamento político e a formação profissional dos Oficiais do Exército Brasileiro (1905-1946). Jundiaí: Paco Editorial, 2010. p. 35.

²⁵⁶ Ibid., p. 36-37.

²⁵⁷ BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça Militar. 2ª Instância. **A Justiça Militar de Minas Gerais – Setenta anos de existência**. Belo Horizonte, 15 abr. 2008. Disponível em: <www.tjmmg.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=628&Itemid=66>. Acesso em: 28 fev.2011.

²⁵⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. **Institucional – História do Tribunal de Justiça Militar**. Desde 1892 havia, no Estado de São Paulo, a Auditoria da Força Pública, composta de um Auditor e de Conselhos de Justiça. São Paulo. Disponível em: <tjm.sp.gov.br/i_historia.htm>. Acesso em: 28 fev. 2011.

²⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. **Histórico**: Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <www.tjm.rs.gov.br/institucional/apresentacao.asp> Acesso em: 28 fev. 2012.

²⁶⁰ SOARES JÚNIOR, José Mário Dias. **Exército na segurança pública**: uma guerra contra o povo brasileiro! Curitiba: Juruá, 2011. p. 27.

²⁶¹ ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 125.

²⁶² Ibid., p. 127.

Polícias e Bombeiros Militares, como preservação da ordem pública e a defesa civil. Portanto, fica evidente a necessidade do Brasil dotar-se de forças para garantir a Segurança Nacional, tanto interna como externa.

Para uma justa aplicação e controle interno dessas instituições na vida castrense de cada miliciano a Constituição Federal estabelece, tanto no Artigo 42²⁶³ quanto no Artigo 142, dois princípios basilares de toda a estrutura militar. São eles: hierarquia e disciplina, que são constitucionalmente protegidos, pressupondo um dever de obediência, calcado principalmente na obrigação que tem o subordinado de obedecer ao seu superior, salvo quando a ordem for manifestamente ilegal²⁶⁴.

A hierarquia é toda a cadeia estruturante²⁶⁵ de comando a ser seguida por todos os militares dentro da instituição em que serve, desde o miliciano mais moderno até o mais antigo. Dividindo-se em posto para oficiais e em graduações para praças.

A observância da hierarquia militar é muito rigorosa e a sua quebra implica desestabilização da estrutura institucional²⁶⁶. Já a disciplina é entendida como obediência às funções que se deve desempenhar, é fundamental para o desenvolvimento regular das atividades²⁶⁷.

Fernando Rodrigues discorre que os níveis de competência nas instituições militares são caracterizados pela hierarquia de posto; na organização, os deveres se separam por uma hierarquia de cargo. O posto é inerente ao indivíduo e reflete suas

²⁶³ Consoante Artigo 42 da atual Constituição Federal, Eliezer Pereira Martins faz uma ressalva de que militares são apenas os agentes constantes do referido Artigo 42, não se podendo falar em militares municipais ou de militares ligados a organizações paraestatais (organizações paramilitares). MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Direito, 1996. p. 19.

²⁶⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 91.

²⁶⁵ Essa cadeia estruturante pode ser usada analogicamente com o conceito que Hannah Arendt usa ao conceituar autoridade: Como imagem para o governo autoritário, proponho a forma de pirâmide [...]. A pirâmide, com efeito, é uma imagem particularmente ajustada a uma estrutura governamental cuja fonte de autoridade jaz externa a si mesma, porém cuja sede de poder se localiza em seu topo, do qual a autoridade e o poder se filtram para a base de maneira tal que cada camada consecutiva possua uma autoridade, embora menos que a imediatamente superior, e onde, precisamente devido a esse cuidado processo de filtragem, todos os níveis, desde o topo até à base, não apenas se acham firmemente integrados no topo, mas se inter-relacionam como raios convergentes cujo ponto focal comum é o topo da pirâmide [...]. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 135.

²⁶⁶ CUNHA, Irineu Ozires. **Regulamento disciplinar do exército**: parte geral. 2. ed. Curitiba: Optagraf, 2008. p. 24.

²⁶⁷ Ibid., p. 26.

realizações profissionais medidas em termos de experiência, antiguidade, formação e qualidade²⁶⁸.

Todo militar deve ser disciplinado; v.g., prestar continência é uma manifestação de respeito e apreço do militar aos seus superiores, pares e subordinados, ainda que em horário de folga. A continência é uma saudação prestada pelo militar e pode ser individual ou da tropa. A continência é impessoal; visa a autoridade e não a pessoa. Não deve ser entendida como vexatória, e a omissão em prestá-la ou de correspondê-la quando recebida configura transgressão disciplinar²⁶⁹. Constituem transgressão também as ofensas relativas às atividades de natureza privada que mantêm a ética e a honra pessoal, configuradores do homem honesto e de boa reputação. Em serviço ou fora dele, ativo ou inativo, o militar deve manter elevado padrão de disciplina e dignidade. Todo militar fora dos limites da órbita funcional, deve zelar por uma conduta irrepreensível, cumprindo com exatidão todos os deveres para com a sociedade, como: um bom pai ou mãe, filho ou filha, esposo ou esposa, ou não cumprir compromissos financeiros assumidos, ou manter ligações com pessoas de reputação duvidosa, ou, pelo simples fato de não se trajar adequadamente²⁷⁰.

A disciplina, por tratar-se de um conceito um tanto subjetivo, não é abordada pela Constituição Federal, tão somente os Regulamentos Disciplinares o são. Irineu Ozires Cunha, ao tratar sobre a discussão, leciona que a questão da disciplina militar envolve todo um conceito de ética²⁷¹ e moral²⁷², porque se traduz no perfeito cumprimento do dever para todos²⁷³.

²⁶⁸ RODRIGUES, Fernando. **Indesejáveis**: instituição, pensamento político e a formação profissional dos Oficiais do Exército Brasileiro (1905-1946). Jundiaí: Paco Editorial, 2010. p. 30.

²⁶⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79.

²⁷⁰ VALLA, Wilson Odirley **A natureza dos compromissos e deveres do militar da polícia**. Curitiba, 2012. Disponível em: <www.policiamilitar.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=669>. Acesso em: 05 abr. 2012.

²⁷¹ A ética militar impõe a cada um dos membros das Forças Armadas, mesmo na inatividade, conduta moral e profissional irrepreensíveis, como, também, a estrita observância dos seguintes preceitos: a) amar a verdade e responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal; [...] c) respeitar a dignidade da pessoa humana; [...] e) ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados [...]. ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 317-318.

²⁷² Sobre a moral, necessário salientar que em latim, bem como em grego antigo, não existe nenhuma palavra corretamente traduzida pela nossa palavra 'moral'; ou melhor, essa palavra não existia até que a nossa palavra 'moral' foi traduzida para o latim. É certo que a 'moral' é descendente etimológica de 'moralis'. Mas 'moralis', assim como sua ancestral grega 'éthikos' – Cícero inventou a 'moralis' para traduzir a palavra grega *De Fato* – significa 'pertencer ao caráter', donde o caráter humano nada mais é que suas disposições de comportar-se sistematicamente de determinada maneira, e não de outra, para levar determinado tipo de vida. As primeiras

Nesta esteira, com o intuito de garantir a estabilidade da estrutura militar, tem-se o processo administrativo disciplinar, que, conforme enfatiza Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, tem por objetivo analisar a conduta do militar acusado da prática de uma transgressão disciplinar previamente estabelecida no regulamento disciplinar²⁷⁴.

Direito disciplinar militar é aquele que se ocupa das relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o qual pressupõe uma indissociável relação entre poder de mando dos comandantes, chefes e diretores e o dever de obediência de todos os que lhes são subordinados, relação essa tutelada pelos regulamentos disciplinares quando prevê as infrações disciplinares e suas respectivas punições²⁷⁵.

A Lei n.º 6.880 de 1990 – Estatuto dos Militares, é aquela que de modo geral regula a atuação das Forças Armadas²⁷⁶, embora cada Força singular tenha seu respectivo regulamento, onde se delineiam as diferentes sanções disciplinares e modos de aplicação²⁷⁷. V.g., o Artigo 14 do Regulamento Disciplinar do Exército, Decreto n.º 4.346, de 26 de agosto de 2002, conceitua o que vem a ser transgressão disciplinar – Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensivo à ética, aos deveres e às obrigações militares (é o residual), mesmo na sua manifestação elementar

ocorrências de ‘moral’ em inglês são traduções do latim e evoluem para seu próprio uso como substantivo, donde a ‘moral’ de qualquer trecho literário é a lição prática que ela ensina. Nessas primeiras ocorrências, ‘moral’ não se compara com palavras como ‘prudente’ ou ‘egoísta’, nem com palavras como ‘legal’ ou ‘religioso’. A palavra da qual mais se aproxima em significado talvez seja simplesmente ‘prático’. Em sua história subsequente, é talvez, primeiro, mais usada como parte de expressão ‘virtude moral’ e, depois, torna-se um predicado propriamente dito, com a tendência constantemente de estreitar de significado. Foi nos séculos XVI e XVII que assumiu, de maneira reconhecível, seu significado moderno e se tornou disponível para o uso nos contextos sobre os quais acabo de falar. [...] Foi somente em fins do século XVII e no século XVIII, projeto de uma justificativa racional independente da moralidade tornou-se, não mera preocupação de pensadores, mas fundamental para a cultura do norte europeu. MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude**: um estudo em teoria moral. Bauru: EDUSC, 2001. p. 76-78.

²⁷³ CUNHA, Irineu Ozires. **Regulamento disciplinar do exército**: parte geral. 2. ed. Curitiba: Optagraf, 2008. p. 27.

²⁷⁴ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo administrativo disciplinar militar**: Forças Militares Estaduais e Forças Armadas: aspectos legais e constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 65.

²⁷⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. Da simples Transgressão ao Processo Administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 67.

²⁷⁶ Penal. *Habeas corpus*. Prisão disciplinar militar. Não-recepção pela Magna Carta do art. 47 da Lei 6.880-1980. Precedentes. Consoante recente jurisprudência desta Corte, o art. 47 da Lei 6.880-1980 não foi recepcionado pela Constituição Federal, mostrando-se com ela incompatível, pois quando delegou competência ao regulamento para estabelecer as transgressões disciplinares e respectivas penas privativas de liberdade (prisão e detenção) incidiu em manifesta contrariedade ao inciso LXI do art. 5.º da CF. (TRF4, RSE 2004.71.02.005966-6-RS, Oitava Turma, Relator: Élcio Pinheiro de Castro. Publicado em 4-10-2006) ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 331.

²⁷⁷ ASSIS, op. cit., p. 84.

simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe²⁷⁸. O Artigo 8º do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, Decreto n.º 76.322, de 22 de setembro de 1975, estabelece – Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar e, como tal, classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é a ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar²⁷⁹. Já o Regulamento Disciplinar da Marinha, Decreto n.º 88.545, de 26 de julho de 1983, alterado pelo Decreto n.º 1.011, de 22 de dezembro de 1993, substituiu o termo transgressão por contravenção, assim conceituando no seu Artigo 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos 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 crime²⁸⁰.

Observa-se que o conceito de transgressão disciplinar é um tanto vago, é claro que, cada Regulamento relaciona algumas condutas, no entanto, são genéricas, dando margem à imaginação do comandante fluir e instaurar processos administrativos ao mero prazer.

Daí a pergunta: porque violar os direitos dos militares nos processos administrativos? Para muitos oficiais, esse tipo de pergunta já possui uma resposta (fruto da tradição): pela preservação da hierarquia e disciplina ou porque “eu acho que deve ser assim”.

Talvez um dos fatores que contribuiu para o agravamento desse problema é que a carreira de oficial se trata de um concurso-cargo político. Isto é, concurso porque o oficial passou por um concurso público e foi investido para tal. Mas, infelizmente se trata de um cargo político, abastecido de interesses, necessitando de pontuações para alcançar promoções. Qualquer conduta, ainda que extremamente correta, mas que venha desagradar ou “incomodar” pessoas influentes, poderá estar

²⁷⁸ BRASIL. **Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002**. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em: 30 mar.2012.

²⁷⁹ BRASIL. **Decreto n. 76.322, de 22 de setembro de 1975**. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122972>. Acesso em: 30 mar.2012.

²⁸⁰ BRASIL. **Decreto n. 1.011, de 22 de dezembro de 1993**. Altera dispositivos do Regulamento Disciplinar para a Marinha, baixado pelo Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1011.htm>. Acesso em: 30 mar.2012.

levar o oficial do descrédito, não alcançando a pontuação necessária (que é discricionária) de conceito dado pelos seus superiores hierárquicos.

Rejane Ribeiro Redon explica que o sistema de mérito que define se o militar será ou não promovido, por antiguidade ou merecimento, é complexo e varia entre as instituições. Basicamente são consideradas as avaliações subjetivas dos comandantes militares, pautadas na observação de atributos morais, quais sejam, comportamento social, discricção, senso de responsabilidade e de justiça, ética, equilíbrio emocional, espírito de cooperação; atributos profissionais, isto é, interesse pelo serviço, apresentação pessoal, iniciativa, senso de disciplina, expressão oral e escrita, conhecimento profissional, capacidade administrativa, e, por fim, o potencial profissional, ou seja, cultura geral, ponderação, relacionamento funcional, flexibilidade intelectual, poder de persuasão, dinamismo²⁸¹.

3.2.2 Sanções Disciplinares e Violações aos Princípios do Processo

Ao ingressar nas instituições militares, o miliciano tem de obedecer às severas normas disciplinares e estritos princípios hierárquicos que condicionam sua vida pessoal e profissional. Hierarquia e disciplina são as bases nas quais se assentam o militarismo, devendo ser mantidas em todas as circunstâncias da vida, estejam na ativa ou não²⁸².

Para Rui da Fonseca Elia²⁸³, com o apoio do texto constitucional, o estamento militar funda-se no princípio da obediência, com evidente renúncia voluntária, livremente assumida, a determinados direitos e garantias, tanto individuais como sociais, e que tal renúncia demanda de uma compreensão maior de um dever para com a guarda e segurança da Pátria e de suas instituições²⁸⁴.

Conforme aduzido acima, as instituições militares possuem como princípios basilares a hierarquia e a disciplina e a sua violação pode gerar uma desestabilização institucional. Para tanto, a fim de que seja apurada suposta

²⁸¹ REDON, Rejane Ribeiro. **O acesso à justiça e os direitos fundamentais no regime jurídico militar**. 2008. p. 63. Dissertação (Mestre em Direito) -- Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <portal.estacio.br/media/2476299/rejane%20ribeiro%20redon.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2012.

²⁸² Ibid.,

²⁸³ Rui da Fonseca Elia é Vice-Almirante da Marinha.

²⁸⁴ ELIA, Rui da Fonseca. **As forças armadas e a integridade do Estado democrático**. [S.l.], 19 nov. 2013. Disponível em: <www.mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/Documentos/AsFAea_integridadedoEstadodemocratico.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2012.

transgressão disciplinar, o administrador não pode de ofício aplicar uma sanção sem que seja observado o devido processo legal.

O processo é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República brasileira não poderia deixar de pautar-se por princípios institutivos do processo, constando expressa e implicitamente em seu texto, constituindo-se em pilares de um processualismo democrático²⁸⁵.

Tratando do processo administrativo, Manuf Saliba Achoche afirma que como todo e qualquer processo no Estado Democrático de Direito deve ser ele pensado do ponto de vista constitucional, obedecendo todos os princípios²⁸⁶.

De acordo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias a mais importante das garantias processuais constitucionais é o devido processo legal, devendo ser compreendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais e inafastáveis, sendo eles: Artigo 5º, II, XXXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII; Artigo 93, IX e X e Artigos 133 e 134, todas Constituição Federal²⁸⁷.

A fim de evitar abusos²⁸⁸, a Constituição Federal dispõe de princípios que devem nortear o administrador na condução de processos administrativos disciplinares.

Conforme ensina Jorge Luiz Nogueira de Abreu, os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de

²⁸⁵ ACHOCHÉ, Munif Saliba. O devido processo constitucional e a súmula vinculante n. 5 do STF. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 486.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 490.

²⁸⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 73.

²⁸⁸ O militar Jorge Erenito Sanhudo respondeu processo disciplinar, sendo punido por ter respondido de maneira desatenciosa, desafiado e provocado com atos e palavras seu Comandante, vítima de ofensas e desacato e sendo, portanto, o próprio Comandante (vítima) a autoridade que aplicou a punição disciplinar. O Tribunal negou provimento no mérito o Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público da União, dizendo ser merecedor a sentença atacada – “*Assim, decorre de imperatividade da aplicação dos princípios constitucionais básicos da administração pública no âmbito militar o impedimento de que servidor ou autoridade com interesse na causa atue em processo administrativo, à vista da estampada parcialidade. Por isso, que no caso, o ato administrativo que determinou a punição disciplinar carece do requisito da competência, já que, tendo sido o Senhor Comandante o atingido pela sedizente ofensa, faltar-lhe-ia a impessoalidade e falta de isenção para ditar a penalidade ao inquérito administrativo*”. Recurso em Sentido Estrito n.º 2002.71.0046153-3-RS. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. Recorrente: União Federal. Recorrido Jorge Erenito Sanhudo.

comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque representa uma insurgência aos valores fundamentais²⁸⁹, devendo obrigatoriamente a administração militar obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e outros.

O princípio da legalidade²⁹⁰ é um dos princípios que mais tem gerado controvérsias no âmbito do Direito Administrativo Militar, todavia, trata-se de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito²⁹¹. Está consagrado no art. 5º, II da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.²⁹² Estabelece a submissão e o respeito à lei, ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, referindo-se à lei formal, que passou pelo processo legislativo previsto na CF, mas também atos equiparados à lei.

Segundo Jorge Cesar de Assis, exige-se que o processo administrativo seja instaurado com base na lei e para preservação dela²⁹³. Paulo Tadeu Rodrigues Rosa critica dizendo que as autoridades administrativas militares ainda não aceitam como regra a aplicação do princípio da legalidade na transgressão disciplinar militar, pois entendem que a discricionariedade é necessária para a manutenção do respeito às instituições militares²⁹⁴.

Na mesma linha, Jorge Luiz Nogueira de Abreu discorre que à administração militar é defeso conceder direitos ou impor obrigações ou vedações²⁹⁵, via ato administrativo, sem prévio suporte legal²⁹⁶.

²⁸⁹ ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 47-48.

²⁹⁰ Diógenes Gomes Vieira relata uma experiência pessoal ocorrida quando era militar: [...] destaco que no ano de 2004, o então Comandante da Base Aérea de Natal, um Coronel-Aviador, chamou-me em seu gabinete e disse: “quem manda aqui sou eu!”, respondi-lhe o seguinte: “estou apenas defendendo os meus direitos que estão na Constituição Federal de 1988”, ele respondeu assim: “tá tudo errado, eu sou a lei, mando aqui e pronto!”. VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 22.

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 121.

²⁹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2012.

²⁹³ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 201.

²⁹⁴ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo administrativo disciplinar militar**. Forças Militares Estaduais e Forças Armadas: aspectos legais e constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 113.

²⁹⁵ Não é preciso observar que este Juízo não pode ingressar no exame do mérito da punição imposta ao militar acusado de transgressão disciplinar, em razão do disposto no art. 142, § 2º da CF. Contudo, tal não impede que o Judiciário examine a legalidade do procedimento adotado para a apuração da transgressão e aplicação da punição, e especialmente, se foram observadas as garantias mínimas do devido processo legal, como o direito à defesa e ao contraditório. **Os documentos trazidos pela autoridade impetrada atestam que foi adotado um procedimento**

Jorge Cesar de Assis ao tratar dos princípios basilares do militarismo – hierarquia e disciplina, do dever de obediência do subordinado, leciona que essa relação de alguns dos deveres é mais do que suficiente para demonstrar a importância dos regulamentos disciplinares já que é por meio deles que se mantém a disciplina nas organizações militares²⁹⁷.

Ora, os Regulamentos Disciplinares são de suma importância no âmbito castrense, com o condão de preservar a hierarquia e disciplina. Porém, para impor o respeito ao princípio da obediência e preservar os dois princípios basilares dentro das instituições militares, não se pode admitir supressão dos direitos e garantias constitucionais do processo, não se podendo, também, argumentar em renúncia voluntária desses direitos e muito menos tratar a Constituição Federal como documento inferior²⁹⁸ aos documentos disciplinares.

sumário, tal como regido na Portaria 839-GC3. Parece-me, contudo, que tal Portaria (que faço juntar aos autos) não assegura minimamente oportunidade de que o militar acusado se defenda (grifou meu). Por exemplo, no documento de fls. 23 o ora paciente é instado a apresentar justificativas, mas não lhe é facultada a indicação de depoimentos das testemunhas. A autoridade impetrada, ademais, não juntou os termos de depoimentos das testemunhas presenciais citada na parte disciplinar de fls. 24-25. Assim, não há como saber se o militar interessado pode acompanhar e participar das oitivas. Além disso, está correto o impetrante quando pondera que o direito a um pedido de reconsideração está expressamente previsto no RDAER (arts. 58 e 59), que poderia ter sido formulado no prazo de quinze dias corridos, contados da data em que o peticionário teve ciência do ato a ser reconsiderado. Ocorre que no caso, o paciente foi cientificado em 11 de fevereiro (fls. 30) de que seria preso a partir de 16 de fevereiro (fls. 09). Embora, posteriormente essa data tenha sido modificada por motivos meramente administrativos (fls. 21), o fato é a previsão inicial de aplicação da punição disciplinar para apenas 5 dias depois já inviabilizava o manejo do pedido de reconsideração previsto no Regulamento. Entendo que deva ser deferida a liminar, pois a iminência da execução da punição disciplinar imposta ao paciente tornaria inócua eventual concessão da ordem neste habeas corpus. Ademais, deve ser assegurado ao paciente vista da íntegra do procedimento administrativo disciplinar antes da aplicação da referida pena. Isto posto, **defiro a liminar para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de iniciar a execução da pena de prisão imposta ao paciente de que trata o Boletim Reservado 6, de 12.02.09, até posterior decisão. Determino ainda que seja disponibilizada para o paciente, bem como remetida a este Juízo cópia integral do procedimento disciplinar de que trata o presente habeas corpus.** Oficia-se, incontinenter. Com a remessa da cópia do procedimento administrativo ora requisitada ao Ministério Público Federal e voltem conclusos para a sentença. (Habeas Corpus nº 2009.51.51.009084-0. 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro). VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 33.

²⁹⁶ ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 48.

²⁹⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 92.

²⁹⁸ Ementa: Constitucional – Administrativo – Militar – Atividade Científica – Liberdade De Expressão Independente De Censura Ou Licença – Garantia Constitucional – Lei De Hierarquia Inferior – Inafastabilidade – Processo Administrativo Disciplinar – Transgressão Militar – Inexistência – Falta De Justa Causa – Punição Anulada – Recurso Provido. I – A Constituição Federal, à luz do princípio da supremacia constitucional, encontra-se no vértice do ordenamento jurídico, e é a Lei Suprema de um País, na qual todas as normas infraconstitucionais buscam o seu fundamento de validade. II – Da garantia de liberdade de expressão de atividade científica, independente de censura ou licença, constitucionalmente assegurada a todos os brasileiros (art. 5º, IX), não podem

O Direito Militar é um ramo especial da Ciência Jurídica com princípios e particularidades próprios, mas sempre sujeitando-se às normas constitucionais e, por força da Constituição Federal, não é permitido que uma norma infraconstitucional se sobreponha ao Texto Fundamental em respeito à hierarquia das leis²⁹⁹.

Canotilho afirma que os princípios insculpidos da Constituição concretizam a idéia do Estado de Direito, realçando a dimensão igualdade-justiça dos cidadãos, expressa na igualdade social e na igualdade do tratamento normativo³⁰⁰.

O princípio democrático esta agregado ao princípio do Estado de Direito, este tendo várias contexturas ou subprincípios albergados em normas expressas nas modernas Constituições que direcionam as atividades do Estado, limitando-lhe o poder³⁰¹.

Ao arripio da lei, é bem verdade que muitos operadores do direito ficam decepcionados quando atuam no âmbito militar, com a discricionariedade exacerbada, pois a injustiça prevalece com o sempre comentário da conveniência e oportunidade ou hierarquia e disciplina, não havendo respeito aos princípios constitucionais do processo.

Veja-se, por exemplo, o caso do militar³⁰² que figurava como acusado (ainda figura) em um processo disciplinar, ao solicitar pessoalmente vista dos autos teve seu pedido indeferido sob o argumento que deveria pedir primeiramente (por escrito) ao seu comandante imediato. O soldado fez dois requerimentos formais, até o presente momento não teve acesso ao processo, mas apenas por meio de seu advogado.

ser excluídos os militares em razão de normas aplicáveis especificamente aos membros da Corporação Militar. **Regra hierarquicamente inferior não pode restringir onde a Lei Maior não o fez, sob pena de inconstitucionalidade** (grifo meu). III – Descaracterizada a transgressão disciplinar pela inexistência de violação ao Estatuto e Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina, desaparece a justa causa que embasou o processo disciplinar, anulando-se em consequência a punição administrativa aplicada. IV – Recurso conhecido e provido. (STJ – RMS nº 11587-SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16-09-2004, DJ 03-11-2004 pág. 206). VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 29.

²⁹⁹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo administrativo disciplinar militar**. Forças Militares Estaduais e Forças Armadas: aspectos legais e constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 113.

³⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 249

³⁰¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 59.

³⁰² Soldado Diego Pedro Barcik, da Polícia Militar do Paraná. O pedido foi realizado em 2011.

Assim, atenta contra a publicidade de atos processuais, as disposições administrativas das corporações militares que obrigam o servidor castrense a pedir autorização para ter acesso aos autos que figuram como acusado, caracterizando, portanto, o ato que determina a aludida restrição, abuso de autoridade³⁰³.

Neste sentido, a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do “poder visível”. Que pertença a natureza da democracia o fato de que nada pode permanecer confinado no espaço do mistério. [...] pode-se definir o governo da democracia como o governo do poder público em público³⁰⁴. O caráter público é a regra, o segredo é a exceção³⁰⁵.

O fato de que todas as decisões e mais em geral os atos dos governantes devam ser conhecidos pelo povo soberano sempre foi considerado um dos eixos do regime democrático, definido como o governo direto do povo ou controlado pelo povo (e como poderia ser controlado se estivesse escondido?)³⁰⁶.

No Estado autocrático, o segredo do Estado não é a exceção, mas a regra³⁰⁷. Onde existe o poder secreto existe, também, quase como seu produto natural, o antipoder igualmente secreto ou sob a forma de conjuras, complôs, conspirações, golpes de Estado, tramados nos corredores do palácio imperial, ou sob a forma de sedições, revoltas ou rebeliões preparadas em lugares intransitáveis e inacessíveis, distantes dos olhares dos habitantes do palácio, assim como o príncipe age o mais longe possível dos olhares do vulgo³⁰⁸.

O poder autocrático não apenas esconde para não fazer saber quem é e onde está, mas tende, também, a esconder suas reais intenções no momento em que suas decisões devem tornar-se públicas³⁰⁹.

O tema mais interessante, com o qual é possível realmente colocar à prova a capacidade do poder visível de derrotar o poder invisível, é o da publicidade dos atos do poder, que, como vimos, representa o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do Estado moderno de Estado absoluto em Estado de direito³¹⁰.

³⁰³ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Direito, 1996. p. 90.

³⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 98.

³⁰⁵ Ibid., p. 100.

³⁰⁶ Ibid., p. 100-101.

³⁰⁷ Ibid., p. 108-109.

³⁰⁸ BOBBIO, op. cit., p. 109.

³⁰⁹ Ibid., p. 110.

³¹⁰ Ibid., p. 117.

Diógenes Gomes Vieira acerta em afirmar que não há melhor instrumento de coação no meio castrense do que uma punição administrativa³¹¹. Pois, o administrador, neste caso superior hierárquico, deve praticar seus atos, colimando sempre o interesse público, sem beneficiar, por meio de favoritismo, ou prejudicar, por meio de perseguições³¹², consoante o princípio da impessoalidade.

Jorge Cesar de Assis possui o entendimento de que a prisão disciplinar não é antidemocrática, pois, pela natureza do próprio serviço militar, onde aquele que detém o uso da força deve ser controlado de maneira rápida e eficaz, em benefício de uma melhor prestação de serviço em prol da coletividade³¹³. Todavia, infelizmente superiores hierárquicos confundem o processo disciplinar como uma ferramenta de tortura, de abusos³¹⁴, de exteriorizar suas vontades pessoais, coagindo e perseguindo milicianos subalternos por sentimentos subjetivos.

Diógenes Gomes Vieira³¹⁵ cita alguns exemplos comuns de inconstitucionalidades praticadas em processos disciplinares – a) a negativa da autoridade militar em permitir o acesso aos autos do processo disciplinar pelo militar-acusado; b) ouvir testemunhas de acusação sem a presença do militar-acusado; c) não permitir que sejam ouvidas as testemunhas arroladas pelo militar-acusado; d) não permitir que o militar-acusado esteja presente no interrogatório das testemunhas; e) não possibilitar o exercício do direito do recurso; f) conceder prazo inferior para apresentação de defesa escrita; e g) indeferir, imotivadamente, qualquer diligência para produção de provas. Esses são apenas alguns exemplos

³¹¹ VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 27.

³¹² ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 50.

³¹³ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 126.

³¹⁴ Diógenes Gomes Vieira cita uma experiência onde foi torturado psicologicamente quando cumpria uma prisão disciplinar: [...] em 2006 fui preso disciplinarmente por 6 (seis) dias no Hotel de Trânsito dos SO e SGT e o Comandante da OM ordenou aos seus Oficiais que me acordassem de hora em hora durante toda noite durante os 6 (seis) dias! Isso mesmo, tortura psicológica!!! Ocorreu, entretanto, que na mesma noite preparei (escondido) um habeas corpus escrito à mão e consegui passar para um colega de farda dar entrada na Justiça Federal e que após entregasse uma cópia no Ministério Público Federal. Ocorreu, que no dia seguinte: um Juiz Federal marcou uma audiência com o Comandante da OM (que faltou!) e comigo [...]. À época houve grande resistência de me levarem para frente do Juiz Federal, sendo que até ordem de prisão contra o Ex-Comandante da BARF havia sido expedida pelo Juiz Federal, não sendo cumprida porque a Aeronáutica me levou para a Justiça Federal a tempo! Na audiência estava um Advogado da União e o Procurador da República (Ministério Público Federal) que recebeu a cópia da petição de habeas corpus escrita a mão. Nesta audiência judicial, o Juiz me perguntou se era verdade que estava sendo acordado de hora em hora, e quando confirmei esse fato, foi concedida liminar a fim de que parassem de me acordar de hora em hora [...]. VIEIRA, op. cit., p. 87.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 32.

decorrentes do mau costume que os militares adquiriram no regime ditatorial, costumes que aprenderam com os oficiais mais antigos e nas escolas de formação.

Grande parte das sanções disciplinares são ilegais e arbitrárias³¹⁶. E depois, partindo da hierarquia e disciplina, o militar deve ter uma ficha sem mácula, e ser acusado de uma transgressão não significa que realmente transgrediu, pelo princípio constitucional da presunção de inocência. A título de exemplo: o Código Penal Militar, Artigo 72, II³¹⁷, possui previsão como atenuante genérica para a aplicação da pena (criminal). Ou seja, para caracterização deste meritório comportamento anterior do réu militar, não basta o recebimento de elogios ou medalhas, tido como normalidade na vida castrense, devendo presumir-se a atenuante na ocorrência de condutas excepcionais àquelas do dia a dia da caserna, isto é, não ter punições disciplinares. Uma interferência mais severa, entretanto, encontra-se no Artigo 86, III³¹⁸ do Código Penal Militar, ao prever a revogação obrigatória da suspensão condicional da pena (*sursis*), quando no curso do prazo, o beneficiário, sendo militar, é punido por infração disciplinar de natureza grave³¹⁹.

Violações como o princípio constitucional do estado de inocência, onde o processo disciplinar, mesmo em grau de recurso, sem o trânsito em julgado, isto é, ainda inocente, já é punido, poderia prejudicar, caso esteja numa situação da

³¹⁶ Outro exemplo, em um recurso criminal por parte do Ministério Público Militar, chegou ao Superior Tribunal Militar, no tocante a absolvição do 2º Tenente Thiago Silva de Melo pelo crime previsto no Artigo 175 do Código Penal Militar, considerando a infração como transgressão disciplinar. O Tribunal, negou provimento por unanimidade ao apelo do Ministério Público Militar. De acordo com o acórdão, o oficial acusado, na época aspirante, no dia dos fatos, durante almoço comemorativo dos aniversariantes do mês na 4ª Companhia de Comunicações, propôs a alguns integrantes de seu pelotão, a título de brincadeira, que trocassem as bandejas de refeição com o companheiro do lado, o que foi aceito por todos, exceto pelo soldado Guilherme Henrique Figueiredo Torres, que, ao ser questionado pelo superior, respondeu que tal atitude contrariava sua religião, pois as refeições eram sagradas. O aspirante, então, determinou que cessasse a brincadeira e que o soldado se apresentasse após o almoço, pois iria pagar pela desobediência. Às fls. 143-145 do interrogatório do oficial, afirmou ter aplicado a punição física porque o soldado o deixara numa situação delicada perante seus subordinados e que, se permitisse tal situação de libertinagem, perderia a moral perante a tropa. As punições físicas segundo consta nos autos são excesso de flexões de braços e corridas extremamente desnecessárias, levando o soldado a exaustão, tendo por isso, que receber atendimento médico e aplicação de soro das 13:30 horas até as 19 horas. O oficial foi absolvido. No julgamento um dos argumentos do Conselho foi a falta de experiência do aspirante recém chegado da AMAN. (STM n.º 0000013-42-2007.7.04.004 – Recorrido Thiago Silva de Melo).

³¹⁷ Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] II – ser meritório seu comportamento anterior. BRASIL. **Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 28 fev. 2011.

³¹⁸ Art. 86. A suspensão é revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: [...] III – sendo militar, é punido por infração disciplinar considerada grave. Ibid.

³¹⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 114.

suspensão condicional da pena, pois, o Comandante tem o dever de comunicar o Juízo da Auditoria competente, a aplicação da punição em decorrência da prática de transgressão de natureza grave pelo réu que lhe for subordinado³²⁰.

Violações como já aduzidas quando da apuração de uma transgressão disciplinar em que venha a ocorrer uma sanção ao militar, gera uma insatisfação por parte do apenado, de forma que vem a possibilitá-lo os recursos a ele inerentes.

O recurso garante ao militar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa³²¹, direitos constitucionalmente assegurados a todos os brasileiros, não excluindo os militares, consoante preceitua o Artigo 5º, LV da Constituição Federal. Ademais, quando é interposto um recurso contra decisão administrativa, nunca poderá afrontar os princípios da hierarquia e disciplina castrense³²².

Jorge Cesar de Assis, ao tratar sobre o efeito suspensivo³²³ dos recursos administrativos, discorre que a aplicação da sanção disciplinar visa assegurar o regular funcionamento da instituição militar, visando a eficácia e eficiência das Forças Armadas e Forças Auxiliares, sobretudo em razão da proficiência operacional que deve regular as relações dos militares brasileiros com a comunidade que servem, natural que o cumprimento das punições aplicadas aos faltosos seja imediato, após concluído o processo apuratório, sob pena de se inviabilizar o sistema. Uma punição aplicada, para o referido autor, e que não possa ser imediatamente aplicada, em razão de interposição de recursos de efeito suspensivo, irá equivaler a uma punição inexistente, porque o Comando não pode exercer seu

³²⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 114.

³²¹ Contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV): aplicação aos processos administrativos disciplinares, descabida a exclusão dos militares do âmbito da garantia constitucional, à qual evidentemente não atende – seja qual for o status do servidor, civil ou militar – a confusão entre a exigência elementar da ciência da imputação e a do motivo da punição, mediante publicação do ato punitivo. (STF. RE 199.260-SE – Sergipe Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Primeira Turma, DJ 24-09-1999). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 327.

³²² Ibid., p. 422.

³²³ O militar Rafael Cardozo Rotta interpôs Recurso em Sentido Estrito, insurgiu contra decretação da prisão disciplinar em seu desfavor, por ter infringido, segundo a Sindicância instaurada no 9º Batalhão de Infantaria Motorizado de Pelotas-RS, os itens 1, 9 e 40 do Anexo 1 do Regulamento Disciplinar do Exército. Alegou Rafael a violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, pois teria sido restringido seu direito a recorrer em liberdade da decisão condenatória, haja vista o recebimento do recurso somente no efeito devolutivo. A decisão veio no sentido em ser merecer acolhida para que o recurso administrativo disciplinar seja recebido no efeito suspensivo. 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Recurso em Sentido Estrito n.º 2005.71.10.005137-8-RS. Relator: Juiz Federal Marcelo de Nardi. Recorrente: Rafael Cardozo Rotta. Recorrido: Ministério Público Federal.

comando³²⁴. Nas Forças Auxiliares, com exceção de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, o cumprimento da punição é imediata³²⁵. Diz ainda que o efeito suspensivo dos recursos, tão importante no processo penal, não pode ser transportado para a simples apuração da falta disciplinar, sob pena de descaracterizar o direito disciplinar militar³²⁶.

Primeiramente, há uma contradição no entendimento deste autor, visto que, conforme ele mesmo sustenta, o processo disciplinar deve ser instaurado apenas e tão-somente para apurar transgressões de natureza muito grave e que ensejam penalidades extraordinárias ou exclusórias. De outro lado, defende não haver efeito suspensivo para a simples apuração de falta disciplinar³²⁷. Ou a apuração é grave ou é simples. Em todo caso, seja grave ou não, de punição em punição o acusado pode se ver excluído a bem da disciplina. E isso não parece ser simples e, muito menos, sem qualquer suporte jurídico plausível para sustentar a inexistência dos efeitos suspensivos do recurso na seara administrativa militar.

Qual seria, então, a natureza dos recursos administrativos? Qual o motivo de ser a decisão condenatória reformada se a sanção administrativa já foi cumprida ou se o benefício da suspensão condicional do processo já foi revogado? Quem irá repor o dano sofrido pelo militar absolvido no final após esgotar os recursos depois de ter cumprida a punição imposta no início?

O efeito suspensivo do recurso tem como fundamento principal a produção, naquele momento, dos efeitos da decisão condenatória. A suspensão dos efeitos da sanção disciplinar deve ocorrer face ao princípio constitucional da ampla defesa esculpido no Inciso LVII, Artigo 5º da Constituição Brasileira³²⁸. O direito de recurso

³²⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá, 2008. p. 150.

³²⁵ Ibid., p. 151.

³²⁶ Ibid., p. 154.

³²⁷ Ibid., p. 154.

³²⁸ Ementa: Penal. Processual Penal. Recurso Em Sentido Estrito. *Habeas Corpus*. Transgressão Militar. Prisão. Recurso Administrativo Recebido Só No Efeito Devolutivo. Desrespeito Aos Princípios Do Devido Processo Legal. Ampla Defesa E Contraditório. Aplicação Da Lei Nº 9.784-99. Portaria. Dispositivos Legais. Menção. Desnecessidade. Conclusão Da Sindicância. Fundamento Anterior. Declaração De Concordância. Possibilidade. Decreto Nº 4.376-02. Inconstitucionalidade. Inocorrência. 1. Silenciando-se o Regulamento Geral do Exército (Decreto nº 4.376-02) a respeito dos efeitos em que serão recebidos os recursos administrativos, a Lei nº 9.784-99, que regula os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, serve de orientação. 2. O ato administrativo que determina pena de prisão enquadra-se na exceção prevista no parágrafo unido do artigo 61 da Lei nº 9.784-99, devendo o respectivo recurso administrativo ser recebido no efeito suspensivo, uma vez que o cumprimento da pena e sua posterior decretação de ilegalidade pela instância superior acarreta ao indiciado um dano de difícil reparação (grifo meu). 3. A sindicância tem o papel de analisar a existência do fato e as

também possui previsão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica, no Artigo 7º, item 6 – Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa³²⁹.

Há uma inconstitucionalidade quando o efeito suspensivo nos recursos não é observado³³⁰. Qual a diferença do militar para o civil no atual Estado Democrático de Direito quando da acusação criminal ou administrativa? Ambos possuem as mesmas prerrogativas tuteladas pela Carta Magna. Eliezer Pereira Martins cita *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, isto é, onde a lei não distingue não pode o intérprete fazer distinções³³¹.

Paulo Márcio Cruz ao tratar de algumas características do Estado Democrático de Direito, sustenta que os direitos do homem e do cidadão possuem traço material do Estado de Direito, destacando a existência de alguns princípios de que devem ser obedecidos quando do exercício da autoridade pública, sendo considerados inalienáveis³³².

circunstâncias em que ele ocorreu, razão pela qual na Portaria de Instauração não é necessária a menção expressa aos dispositivos legais supostamente infringidos pelo sindicado. 4. De acordo com a orientação determinada pelo parágrafo 1º do art. 50 da Lei nº 9.784-99, a conclusão da Sindicância pode servir-se de fundamento descrito em relatório anterior, a partir da simples declaração de concordância. 5. Inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346-2002 afastada, uma vez que se limita a especificar as sanções previstas para as transgressões disciplinares estabelecidas pela Lei nº 6.880-80. (TRF4 – Recurso em Sentido Estrito nº 2005.71.10.005137-8-RS - 7ª Turma – Rel. Juiz Federal Marcelo de Nardi, j. 20.06.06, DJU de 28.06.2006) .VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 40.

³²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 946.

³³⁰ Recurso em *habeas corpus*. Transgressão militar. Punição disciplinar. Representação. Efeito suspensivo. Possibilidade. I – Razoável admitir-se, nos termos do parágrafo único do art. 61 da Lei 9.748/99, o efeito suspensivo à representação interposta contra punição disciplinar, sob pena de prejuízo advindo da previa execução da reprimida. II – Recurso desprovido. (RSE 2007.35.02.005070-7/GO, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 p. 106 de 12/12/2008). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 425-426.

³³¹ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Editora Direito, 1996. p. 40.

³³² CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 192.

O poder coativo é aquele de que todo grupo social necessita para defender-se dos ataques externos ou para impedir a própria desagregação interna³³³. Todavia, não é com a força, a truculência, com abuso de autoridade e de poder, que levará à consolidação da hierarquia e disciplina nas instituições militares³³⁴, mas, sim, respeitando todos os Direitos Constitucionais do Processo.

Segundo Anthony W. Pereira são comuns os regimes autoritários usarem as leis e tribunais para reforçar seus poderes, pois usando os tribunais e não apenas a força bruta, faz diferença no tratamento na repressão praticada por um regime autoritário³³⁵. Michel Foucault enfatiza que a partir do momento que se atinge o poder, deixa-se de saber: o poder enlouquece, os que governam são cegos³³⁶.

Ao tratar do poder discricionário que o administrador possui, Diógenes Gomes Vieira ressalta que os próprios Regulamentos Militares conferem poderes discricionários aos superiores hierárquicos para punirem seus subordinados, havendo grande poder de avaliação e decisão³³⁷.

Eliezer Pereira Martins, ao tratar do abuso de autoridade³³⁸ no âmbito das instituições militares, descreve que há usos anormais de poder não alcançados pela antijuridicidade, por vezes escamoteados sob a matriz da discricionariedade³³⁹. Punições violentas é abuso de poder, são os instrumentos intimidatórios preferido pelas ditaduras³⁴⁰.

Assim, a pretexto de moldar a energia nas ações, a têmpera face às adversidades, abusa-se da autoridade e esse comportamento passa a ser tomado

³³³ BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 83.

³³⁴ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Editora Direito, 1996. p. 32.

³³⁵ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e Repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra. 2010. p. 36-37.

³³⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2011. p. 141.

³³⁷ VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 85.

³³⁸ Administrativo. Oficial da polícia militar. Reforma com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. A Carta Magna, no dispositivo indicado, assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Caso em que a norma foi inobservada, havendo o Conselho de Justificação colhido provas sobre as quais não se manifestou o a defesa; e o Tribunal de Justiça, no exercício de jurisdição militar, proferido o julgamento sem previa e regular intimação ao acusado. Recurso provido. (STF. RE 209.350/MT – Mato Grosso. Relator: Min. Ilmar Galvão. Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 13/08/1999) ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 363.

³³⁹ MARTINS, op. cit., p. 38-39.

³⁴⁰ JERUSALINSKY, Alfredo. A impunidade alenta o retorno da barbárie. **Revista IHY Online**, São Leopoldo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

como esperado no meio castrense³⁴¹, como exemplo, o miliciano punido que é sancionado a dobrar o turno de serviço. Eliezer Pereira Martins denomina “universo das prisões militares dissimuladas”, onde é determinado ao servidor público militar subordinado que prorogue o turno de serviço, forma de punição que não encontra suporte na lei e nos regulamentos militares e que se materializa na violação da liberdade individual sendo, portanto, conduta caracterizadora do abuso de autoridade³⁴².

Hannah Arendt, ao escrever sobre autoridade, prescreve que autoridade sempre exige obediência, excluindo a utilização de meios de coerção. Onde a força é usada, a autoridade em si fracassou³⁴³.

A sensação que se tem nos atuais dias, é de haver um Estado de Exceção, sem qualquer proteção Constitucional, com direitos violados e desprotegidos, possuindo somente deveres e obrigações.

À exceção do conscrito, que está prestando o serviço militar obrigatório, todos os demais militares permanecem na respectiva Força, de forma voluntária, após prestar um juramento de dedicação e fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas com o sacrifício da própria vida; ao serem incorporados, prestam compromisso de honra, no qual manifestam a sua aceitação consistente das obrigações e dos deveres militares³⁴⁴ [...].

Esse compromisso prestado à Pátria é a mesma Nação que possui uma Constituição Cidadã³⁴⁵, garantidora de Direitos Constitucionais do Processo, vivendo em pleno século XXI um verdadeiro estado de exceção nas casernas, fruto de um militarismo conservador. Observa-se a preocupação do Vice-Almirante da Marinha,

³⁴¹ MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed., Lemes: Editora Direito, 1996. p. 31.

³⁴² Ibid., p. 140.

³⁴³ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 129.

³⁴⁴ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79.

³⁴⁵ Preâmbulo da Constituição Federal: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um 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, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2012.

Rui da Fonseca Elia, referente aos militares recorrerem ao Judiciário³⁴⁶, tratado no tópico “O Controle Jurisdicional das Questões Disciplinares” de seu artigo: [...] uma preocupante questão institucional vem intranquilizando as lides castrenses. Trata-se de eventuais interferências do Poder Judiciário nas questões disciplinares militares. A ingerência justificar-se-ia pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, o livre acesso à Justiça, princípio que vem consagrado como uma das garantias fundamentais do cidadão, no inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna. Diz o inciso: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Na crença de que estariam respaldados nessa provisão constitucional, alguns inadaptados à vida militar³⁴⁷, vida que eles próprios livremente escolheram, têm recorrido à Justiça Federal (comum, não militar) contra punições disciplinares legalmente impostas por seus respectivos comandantes [...]. Embora esta prática, contrária à índole militar, que decorre de uma visão estrábica dos ditames da Constituição, ainda que seja um acontecimento residual, a sua mera existência já é suficiente para intranquilizar a boa ordem administrativa militar³⁴⁸”.

Ronald Dworkin preconiza que, em uma democracia, as pessoas têm um forte direito moral a que os tribunais imponham os direitos que o legislativo aprovou. Caso

³⁴⁶ Outro caso, em que Diógenes Gomes Vieira, realizou uma representação por improbidade administrativa no Ministério Público Federal, sendo preso disciplinarmente por 06 dias, com os argumentos do Comando de que não poderia ter feito a representação contra um Major da Aeronáutica. Impetrado habeas corpus, onde restou comprovado a prática de abuso de autoridade contra o Comandante da Base Aérea de Natal. Segue parte da decisão do Magistrado: Diante do exposto, julgo procedente o pedido de habeas corpus formulado em prol de DIÓGENES GOMES VIEIRA, determinando que o paciente não seja preso em decorrência da ausência de comunicação prévia à autoridade militar hierarquicamente superior a cerca da representação enviada ao Ministério Público Federal, confirmando os efeitos da decisão liminar. Condeno a autoridade coatora o pagamento das custas, pelo fato de ter agido, consoante às razões acima esposadas, com evidente abuso de poder. Autos n.º 2005.84.00.008857-2 da 2ª Vara Federal do Rio Grande do Norte. Juiz Federal: Walter Nunes da Silva Júnior. VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 131.

³⁴⁷ Observa-se a afirmação do Magistrado Olindo Menezes, integrante do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em voto proferido no recurso de habeas corpus n.º 91.01.11620-7-DF, julgado por unanimidade, em 16 de setembro de 1991: Na vida cada cidadão segue um caminho. Cada caminho seguido tem a sua própria feição. Se o cidadão resolve seguir a vida militar, deve estar ciente de que é uma vida cheia de limitações, cheia de imposições que, no mundo civil, às vezes são até absurdas, mas que no mundo militar, justificam-se pelos princípios da hierarquia e disciplina, que informam a concepção de Forças Armadas, de serviço militar. Determinar a prisão de um militar porque questionou, em Juízo, um direito à aquisição de um apartamento, à primeira vista parece um absurdo, já que isso, quanto aos civis, é o trivial. Mas o raciocínio não fica autorizado quando se consideram aquelas razões anteriores, a que me referi, informativa da vida militar. VALLA, Wilson Odirley **A natureza dos compromissos e deveres do militar da polícia**. Curitiba, 2012. Disponível em: <[www.policiamilitar.pr.gov.br /modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=669](http://www.policiamilitar.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=669)>. Acesso em: 05 abr.2012.

³⁴⁸ ELIA, Rui da Fonseca. **As forças armadas e a integridade do Estado democrático**. [S.l.], 19 nov. 2013. p. 8. Disponível em: <[www.mar.mil.br/diversos/ Artigos_selecionados/Documentos/AsFAeaintegridadedoEstadodemocratico.pdf](http://www.mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/Documentos/AsFAeaintegridadedoEstadodemocratico.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2012.

esteja claro que o legislativo lhes concedeu, então também está claro o que elas têm direito moral de receber no tribunal³⁴⁹.

O acesso à justiça denota proteção a qualquer direito sem qualquer restrição, se tratando de uma garantia a todos os cidadãos³⁵⁰. O alicerce do acesso à justiça a uma prestação jurisdicional efetiva é o devido processo legal³⁵¹, tendo previsão legal o acesso à justiça o inciso XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional) e LXXIV (assistência jurídica aos hipossuficientes) do artigo 5º do Texto Fundamental³⁵².

Também não há que se argumentar o esgotamento das vias administrativas³⁵³ militares para recorrer ao Poder Judiciário³⁵⁴.

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 14.

³⁵⁰ REDON, Rejane Ribeiro. **O acesso à justiça e os direitos fundamentais no regime jurídico militar**. 2008. Dissertação (Mestre em Direito) -- Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <portal.estacio.br/media/2476299/rejane%20ribeiro%20redon.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2012.

³⁵¹ Ibid., p. 23.

³⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2012.

³⁵³ Mandado de segurança. Militar. Esgotamento da via administrativa. 1 – O art. 51, § 3º da Lei XXXV. 2 – Os princípios da subordinação e da hierarquia militar não superam o princípio da inafastabilidade da provocação do Poder Judiciário. Logo, não há que se esgotar a via administrativa para que o militar ajuíze ação. (TRF4 MAS 2003.71.01.005290-7, Terceira Turma, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, DE. 16/01/2008) ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito Administrativo Militar**. São Paulo: Método. 2010. p. 427. No mesmo sentido: **Direito administrativo. Anulação de ato administrativo disciplinar. Militar punido com pena de prisão por ter impetrado mandado de segurança para defesa de seus direitos**. 1. O Decreto 90.608/1984, item 15 do Anexo I, ao estabelecer que caracterizava infração disciplinar ‘recorrer ao judiciário sem antes esgotar todos os recursos administrativos’ e o art. 51, §3.º, do Estatuto dos Militares (Lei 6.880-1980), ao enunciar que ‘o militar só poderá recorrer ao judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado’, não foram recepcionados pela Magna Carta de 1988, onde é assegurado o direito de acesso ao judiciário, sem a necessidade de esgotar previamente a via administrativa. (TRF4 – REO 94.04.39322-8, Terceira Turma, Relatora Luiza Dias Cassales, DJ 30-09-1998). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 427.

³⁵⁴ Ementa: Constitucional. Administrativo. Nulidade De Ato Administrativo. Ampla Defesa E Contraditório. Inafastabilidade. Garantias Constitucionais Aos Litigantes Em Geral. Embora estejam os servidores militares submetidos à disciplina e regime jurídico próprios, que os distinguem dos funcionários públicos civis, encontram-se também sujeitos aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa quanto às infrações disciplinares que lhes são imputadas, conforme orientação assente na Suprema Corte. – **A sindicância e o processo administrativo disciplinar, civil ou militar, são procedimentos de natureza vinculada e sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, sendo as garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa de observância obrigatória também no âmbito administrativo, sob pena de nulidade do processo** (grifo meu). – Outrossim, em que pese a Administração Pública estar adstrita ao princípio da legalidade, não há que prescindir de observar o princípio constitucional do devido processo legal, oportunizando o contraditório e a ampla defesa, mormente cuidando o licenciamento a bem da disciplina de uma penalidade e, não, de simples dispensa discricionária. – O desligamento do apelado, a bem da disciplina, sem apuração da suposta falta através de procedimento administrativo regular, com oportunidade de contraditório e ampla defesa, enseja a nulidade do ato administrativo correspondente, por violação à cláusula pétrea esculpida no art. 5º, LV, da Lei Magna. – Conclui-

Rui da Fonseca Elia afirma, categoricamente ainda que aos militares confere o Texto Constitucional tratamento diferenciado³⁵⁵ – Assim, se é verdadeiro que os direitos e garantias fundamentais balizam, de forma incontestável, o texto constitucional, não é menos verdadeiro o fato de que o mesmo texto confere aos militares um tratamento diferenciado, devido às especificidades de sua essência institucional [...]. Diz ainda que, na instituição militar, mais que em todas as outras instituições, a supremacia do interesse individual supera todos os individualismos, não havendo concessões³⁵⁶.

O Preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consistente em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado. Por isto, mister é, que existam meios que preservem a soberania nacional (art. 1º), a fim de que possa assegurar os fins a que se destina o Estado Democrático³⁵⁷. Democracia é o ideal do bom governo³⁵⁸.

Observa-se que, tanto no Preâmbulo, bem como no Artigo 5º, não há qualquer exceção no que tange aos militares. A Constituição Federal de 1988 proporcionou novos direitos, criando-se uma democracia sem discriminação.

Nos dizeres de Silvio Carlos Álvares, a Carta Magna vigente foi elaborada visando à figura do “homem”, ser humano dotado de direitos e deveres. Tal

se, pois, que é nula a punição disciplinar quando não resulta do devido processo legal e quando não é propiciado do servidor o direito ao contraditório. Simples sindicância não guarda consonância com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não podendo dar causa a sanção disciplinar. – Conhecimento e improvemento do recurso e da remessa necessária. (TRF2 – Apelação Cível nº 322372-RJ - 6ª Turma Especializada – Rel. Des. Federal Carlos Guilherme Francovich, j. 28.05.08, DJ de 09.07.2008, pág. 106). VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica, 2009. p. 31.

³⁵⁵ Os princípios da hierarquia e disciplina, ínsito na seara militar (artigo 142, ‘caput’ da CF) e necessário à estrutura organizacional miliciana, são dotados, na sua axiologia, de menor intensidade daqueles conferidos aos direitos e garantias fundamentais do homem, não chegando, assim, a ponto de retirar a validade plena e imediata destes. Os militares, conquanto insertos numa estrutura administrativa própria, são, antes de tudo, cidadãos cujos direitos e garantias estão amplamente assegurados em nosso direito constitucional. (TRF3 – RHC Petição de Recurso Ordinário em *habeas corpus* – 526. Processo: 200261030000036-SP. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relatora: Juíza Suzana Camargo. *DJU*: 27-09-2005). ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010. p. 255.

³⁵⁶ ELIA, Rui da Fonseca. **As forças armadas e a integridade do Estado democrático**. [S.l.], 19 nov. 2013. p. 8. Disponível em: <www.mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/Documentos/AsFAeaintegridadedoEstadodemocratico.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2012.

³⁵⁷ SOARES JÚNIOR, José Mário Dias. **Exército na segurança pública: uma guerra contra o povo brasileiro!** Curitiba: Juruá, 2010. p. 26.

³⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 97.

Constituição dirigiu seus dispositivos ao enaltecimento do indivíduo, uma vez que a Constituição anterior tinha por norte o fortalecimento do Estado, Instituição, em detrimento do cidadão, estando na época em pleno regime de exceção, em que as garantias individuais eram suprimidas à medida que o poder Estatal ditatorial se fortalecia³⁵⁹.

Segundo Sandra Regina Martini Vial o sistema democrático é o sistema caracterizado pelo reconhecimento das diferenças e contradições, onde a liberdade e igualdade significam muito mais que seus sentidos próprios, tendo em vista que simbolizam a complexidade e a necessária busca de sua redução³⁶⁰.

Wilson Engelman enfatiza que os direitos humanos são como um conteúdo a ser garantido e sua necessária preocupação com a igualdade, dentro das desigualdades de cada pessoa ou categoria social e que a Constituição Federal no Estado Democrático de Direito é fertilizada e inspirada pela concretização de valores supremos para qualquer ser humano³⁶¹, não ficando de fora os militares.

Na mesma linha de raciocínio, Juan Carlos Gutiérrez Contreras e Silvano Cantú Martínez esclarecem que tanto o direito internacional dos direitos humanos quanto o direito humanitário reconhecem uma série de princípios aplicáveis à jurisdição militar, entre eles: igualdade, imparcialidade, legalidade, direito a um julgamento efetivo, eqüitativo e justo³⁶².

Ao entender-se que em um Estado Democrático de Direito o poder pertence ao povo, para se viver em uma democracia, esse mesmo povo deve criar mecanismos de controle e fiscalização do Estado e de si mesmo³⁶³. Em uma

³⁵⁹ ÁLVARES, Silvio Carlos. **Garantias constitucionais do processo**: o devido processo legal. [S.l.], 2011. p. 72. Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19909/Garantias%20constitucionais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2012.

³⁶⁰ VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia: liberdade, igualdade e poder. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado, anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 205.

³⁶¹ ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008. p. 45-47.

³⁶² Texto original: Tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario coinciden en reconocer una serie de principios aplicables a la administración de justicia incluyendo a la jurisdicción militar. Entre esos principios encontramos la igualdad ante los tribunales, el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales competentes, independientes e imparciales, preestablecidos por la ley, el derecho a un recurso efectivo, el principio da legalidad y el derecho a un juicio efectivo, eqüitativo y justo. CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez; MARTINEZ, Silvano Cantú. La restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 75-98, dic. 2010. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/13/04.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

³⁶³ VIAL, op. cit., p. 203.

democracia não basta a informação de que o poder emana do povo. É preciso que cada pessoa sinta o que é isso³⁶⁴.

É indubitável que a Carta Magna vigente é do “homem e para o homem”, norteando o indivíduo como seu objetivo primordial, devendo o mesmo ordenamento garantir a este todos os direitos possíveis para a consecução de sua cidadania, cabendo à administração pública cumpri-las e desenvolvê-las no sentido de aprimorar os próprios direitos em busca de uma sociedade mais justa e harmônica³⁶⁵.

Para tanto, o devido processo constitucional, inerente ao Estado Democrático de Direito, é demonstrado e respeitado por meio de seus princípios institutivos: ampla defesa, contraditório e isonomia, somado com todos os demais, de modo que somente desta forma se poderá alcançar um provimento legitimamente construído em uma justa democracia³⁶⁶.

3.3 Estado de Exceção(?) em Plena Época Pós Constituição de 1988

Com a democratização, em 1988, deveria ocorrer um rompimento com a ditadura militar ante as violações de direitos e garantias constitucionais nos processos. A atual Constituição Cidadã disponibilizou ferramentas para a efetivação dos direitos fundamentais a todos, protegendo os indivíduos dos abusos³⁶⁷ do

³⁶⁴ VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia: liberdade, igualdade e poder. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado, anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 203.

³⁶⁵ ÁLVARES, Silvio Carlos. **Garantias constitucionais do processo**: o devido processo legal. [S.l.], 2011. p. 73. Disponível em: Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19909/Garantias%20constitucionais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2012.

³⁶⁶ ACHOCHÉ, Munif Saliba. O devido processo constitucional e a súmula vinculante n. 5 do STF. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 496.

³⁶⁷ Chegou ao Superior Tribunal de Justiça o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, onde o Recorrente, oficial José Mauro da Costa, não satisfeito com a decisão, interpôs o recurso, sustentando a falta de justa causa para apuração da ação disciplinar porquanto suposta transgressão disciplinar que lhe foi imputada (06 dias de prisão) consubstanciada na concessão de entrevista à Imprensa, a respeito do tema de Monografia de sua autoria intitulada “Sistema de Segurança Pública – Interação e Complementação das Atividades”, nas dependências do Centro de Ensino da Polícia Militar de Santa Catarina e sem conhecimento da Corporação. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso do oficial, em que, à luz do princípio da supremacia constitucional, cumpre salientar que a Carta Magna encontra-se no vértice do ordenamento jurídico, e é a Lei Suprema de um País, na qual todas as normas infraconstitucionais devem buscar o seu fundamento de validade. Logo, reputa-se nula ou inconstitucional lei com ela conflitante. Em suma, as demais regras hierarquicamente inferiores à Constituição não podem fazer restrições onde a Lei Maior não o fez. Se a Constituição Federal garante, a todos os

Estado, qual seja: direitos constitucionais do processo, soçobrando as arbitrariedades anteriormente ocorridas. Não obstante, as mutações operadas em pleno século XXI possuem, ainda, muitas crenças e costumes dos séculos anteriores. Mesmo com o advento da Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito não se consolidou como esperado, resultando em um Estado contemporâneo inesperado³⁶⁸. Alguns costumes e leis ainda existem.

Anthony W. Pereira, ao tratar sobre a linha conservadora no regime militar ressalta que o conservadorismo³⁶⁹ era usado como meio de legitimação por parte dos militares, muito embora essa tentativa de legitimação não fosse aceita tanto pela opinião pública nacional quanto pela internacional, mesmo assim, serviu para acobertar a arbitrariedade da repressão praticada pelo regime³⁷⁰.

O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade de indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social. O Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, tornando-se, em alguns momentos, semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador. Daí o zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã³⁷¹. O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade³⁷².

Segundo Mário Pessoa, os direitos fundamentais são vitais, porque a extinção do seu exercício implica na morte do Estado ou em sua desintegração total. Para o Estado sobreviver, os direitos fundamentais são preservados como um todo, pois,

brasileiros, liberdade de expressão de atividade científica, independente de autorização, lei especial não pode excluir dessa garantia à classe dos militares, em razão de seu peculiar regimento. Diante desse quadro, conclui-se que o ato praticado pelo recorrente não caracterizou transgressão disciplinar. A Lei Maior, que se sobrepõe ao ordenamento militar, assegura a divulgação de trabalho científico, independente de autorização, não excluindo dessa garantia os militares. Resumindo o Superior entendeu estar o militar acobertado pelo inciso IX do Artigo 5º da Constituição Federal. N.º 11.587-SC (2000-0017515-3). Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 16/09/2004.

³⁶⁸ ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais**: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

³⁶⁹ [...] o conservadorismo mede um processo de refluxo da autoridade. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 137.

³⁷⁰ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 126.

³⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41.

³⁷² *Ibid.*, p. 41.

basta que um deles se elimine para comprometer a existência da entidade política estatal. Eles são colunas que sustentam o edifício estatal. Retirada uma dessas colunas, a construção perde o equilíbrio e desaba³⁷³.

Não obstante, pode-se afirmar que hoje há o enigma da legalidade autoritária em pleno Estado Democrático, sendo um paradigma do governo, repercutindo diretamente no Estado Constitucional, onde as exacerbadas e constantes violações de direitos e garantias constitucionais do processo em pleno século XXI apontam com exatidão que as instituições militares encontram-se em um Estado de Exceção.

O Estado de Exceção conceitua-se num período em que o ordenamento jurídico, especificamente neste caso, os direitos e garantias fundamentais do processo, são suspensos, com o objetivo de atender necessidades específicas, ou seja, é uma situação antagônica ao Estado de Direito.

De acordo com Anthony W. Pereira o estado de emergência ou exceção vêm sendo cada vez mais comum nas democracias estabelecidas, tornando menos nítida a distinção entre regimes autoritários e regimes democráticos³⁷⁴.

Guerra civil, insurreição e resistência são alguns dos elementos do Estado de Exceção, dado que é o oposto ao estado normal³⁷⁵. O Estado de Exceção apresenta-se como um patamar de indeterminação entre absolutismo e democracia³⁷⁶.

O soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei. Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também desse modo: “a lei está fora dela mesma”, ou então: “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei³⁷⁷”. Para Michel Foucault, o poder é o que reprime a natureza, os indivíduos, os instintos, uma classe³⁷⁸.

O soberano, através do Estado de Exceção, cria e garante a situação da qual o direito tem necessidade para a própria vigência. Mas, que coisa é esta situação,

³⁷³ PESSOA, Mário. **O direito da segurança nacional**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971. p. 192.

³⁷⁴ PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 38.

³⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 12.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 13.

³⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 22.

³⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização Roberto Machado. São Paulo: Graal 2011. p. 175.

qual a sua estrutura, a partir do momento em que ela não consiste, senão na suspensão da norma?³⁷⁹

A exceção é uma espécie de exclusão. O que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação àquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O Estado de Exceção não é o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta a sua suspensão³⁸⁰.

Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela³⁸¹.

Há de se enfatizar que o Estado de Exceção, enquanto ilustração de uma relação com o estado de guerra, não se caracteriza como direito especial e, sim, como uma suspensão da própria ordem jurídica³⁸².

Segundo Giorgio Agamben, a criação voluntária de um estado de emergência permanente, ainda que não declarado no sentido técnico, tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive nos Estados Democráticos³⁸³.

A necessidade não tem lei, o que, segundo Giorgio Agamben, deve ser entendido em dois sentidos opostos: a necessidade não reconhece nenhuma lei e a necessidade cria sua própria lei³⁸⁴. O estado de necessidade, sobre o qual a exceção se baseia, não pode ter forma jurídica. Trata-se de um paradoxo: as medidas excepcionais são medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do Direito; já o Estado de Exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não

³⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 24.

³⁸⁰ Ibid., p. 24.

³⁸¹ Ibid., p. 25.

³⁸² PINTO, Lorena Godoi de Faria Vieira. A inversão do Estado democrático de direito em Estado de exceção permanente: a supressão de direitos a criminalidade. **Revista Jurídica NAP**, Belo Horizonte, p. 12, 2012. Disponível em: <<http://revistajuridicanap.webdone.com.br/direito-constitucional/ainversaodoestado>> Acesso em: 27 mar. 2012.

³⁸³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 13.

³⁸⁴ O princípio de que *necessitas legem non habet* encontrou sua formulação no *Decretum* de Graciano, onde parece duas vezes: uma primeira vez na glosa e uma segunda, no texto. A glosa (que se refere a uma passagem em que Graciano limita-se genericamente a afirmar que “por necessidade ou por qualquer outro motivo, muitas coisas são realizadas contra a regra”, *pars I, dist. 48*) parece atribuir à necessidade o poder tornar lícito o ilícito. Ibid. p. 40.

pode ter forma legal. A teoria da necessidade é uma teoria de exceção em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei³⁸⁵.

O Estado de Exceção, ainda segundo Agamben, caracteriza-se por uma situação em que a norma jurídica vale mas não se aplica pois carente de força, enquanto atos que não possuem o valor de lei adquirem força de lei. Nesse contexto, a força de lei flutua como um elemento indeterminado que pode ser reivindicado pela autoridade do Estado ou pela autoridade de uma organização revolucionária, por exemplo.

O Estado de Exceção é um espaço anômico, um espaço caracterizado pela ausência de normas, onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei³⁸⁶. É a abertura de um espaço em que a aplicação da norma mostra sua separação e em que uma pura força de lei realiza, ou seja, aplica desaplicando uma norma cuja aplicação foi suspensa³⁸⁷. O Estado de Exceção, portanto, é um espaço vazio de direito – dentro da própria democracia.

Quando a exceção se torna regra, conclui Agamben, a máquina não pode mais funcionar³⁸⁸, tornando-se o sistema jurídico-político uma máquina letal³⁸⁹.

Transpondo a questão para o ordenamento jurídico brasileiro e a ordem constitucional ora em vigor, não é demasiado considerar a sobrevivência de leis repressivas que violam a Constituição Federal solidificando um Estado autoritário e abusivo. Nesta ótica, o Estado autoritário, ou melhor, Estado de Exceção, não mede esforços para se enquadrar num regime de “legalidade”, usando muitas vezes do artifício da hierarquia e disciplina, com a intenção de manter a “ordem” dentro das casernas.

Veja-se que, as autoridades, na eminência de graves lesões ou diante de crises que venham atentar em desfavor da ordem democrática, poderão, com o amparo da Constituição, apelar à utilização das medidas de exceção. Neste sentido, a Constituição brasileira admite apenas dois tipos de Estado de Exceção: o de defesa “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na

³⁸⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 41.

³⁸⁶ Ibid., p. 61.

³⁸⁷ Ibid., p. 63.

³⁸⁸ Ibid., p. 91.

³⁸⁹ Ibid., p. 131.

natureza” (art. 136, caput); e o de sítio, em caso de “I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia da medida tomada durante o estado de defesa” ou de “II – declaração do estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (art. 137)³⁹⁰.

Todavia, oportuno afirmar que, neste caso, o Estado de Exceção que ocorre nas instituições militares, não ocorre por necessidades contingentes para a supressão das garantias constitucionais, devidamente amparadas pela Lei Fundamental para contenção de graves perigos ou situação de crise atentatória, mas sim, por se tratar de uma instituição conservadora que praticou arbitrariedades no período ditatorial e continua praticando no Estado Contemporâneo.

A suspensão do direito é um fenômeno permanente que se transformou em uma técnica de atuação do poder³⁹¹. A violação constante de direitos e garantias fundamentais escancara o lugar de não direito em que se vive, e o autoritarismo manifestado por instituições do Estado revela o caráter não democrático das democracias dos Estados neoliberais capitalistas³⁹².

O sistema desaplica dispositivos jurídicos que ele próprio institui, mas que consistem em um avanço “demasiado” e, por isso, representam uma ameaça à manutenção do *status quo*³⁹³.

Nesta linha, conforme Alexandre Morais da Rosa, a construção fomentada e artificial de um estado de risco, adubada pelo terrorismo, faz com o que o discurso autorize, em face das ditas necessidades, a suspender o Estado Democrático de Direito, promovendo uma incisão de emergência e total³⁹⁴.

Pode-se concluir que há nas instituições militares, haja vista as violações de princípios constitucionais em processos administrativos, um Estado de Exceção permanente, tendo em vista o perfil autoritário não rompido conforme exposto acima.

³⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2012.

³⁹¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes et al. **A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades**: uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. (Artigo fornecido gentilmente pela autora). p. 4

³⁹² *Ibid.*, p. 4.

³⁹³ *Ibid.*, p. 6.

³⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Garantias constitucionais: um discurso que não seduz. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 30

Portanto, levar a sério a atual Constituição Federal e sua legitimidade, vinte e quatro anos depois, sobre o pano de fundo do constitucionalismo democrático moderno, coloca perante os cidadãos brasileiros, o desafio de fazer o Estado Democrático de Direito uma conquista cidadã, num processo de aprendizado social com o Direito na própria história brasileira³⁹⁵.

³⁹⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 386.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas considerações acerca do trabalho são dignas de nota a partir de uma análise sobre as violações de direitos constitucionais do processo administrativo explorados ao longo do trabalho.

O tema ditadura militar está constantemente em discussão na mídia e nos meios acadêmicos, sobretudo em virtude da falta de uma justiça de transição ou de uma comissão da verdade para apurar o que aconteceu no passado, que buscasse ao menos uma explicação acerca dos fatos ocorridos.

Não obstante, a mídia corriqueiramente vem divulgando escândalos ocorridos em cursos de formações de militares, como torturas, espancamentos e mortes, excesso de treinos físicos, falta de alimentação adequada, rituais militares para a aceitação do miliciano no seio do grupo, dentre outros abusos.

Ocorre que, além dos abusos acima mencionados, há outro tipo de violação conhecido apenas por militares e poucos operadores do direito que atuam na área: violações constitucionais em processos administrativos militares, nos quais corriqueiramente, conforme demonstrado ao longo do presente estudo por meio de casos concretos, direitos são usurpados ao longo da instrução processual administrativa.

Quando da intenção de pesquisar sobre os abusos decorrentes dos processos administrativos militares, sabia, desde então, da dificuldade que teria para provar com casos concretos. E não foi diferente, pois os militares possuem medo de fornecer ou mencionar dados sobre processos administrativos que tramitam nas casernas, principalmente das quais foram parte, apesar de serem públicos cria-se assim uma forte resistência, ante o medo da perseguição e represálias que poderiam sofrer pelos superiores.

A intenção do presente estudo não é alterar o direito, mas sim contribuir com uma reflexão mais fundamentada sobre o tema proposto, até porque esse deve ser um dos objetivos do intérprete quando inserido no contexto da pesquisa, ou seja, sugerir um viés de discussão que remeta o leitor a traçar um panorama daquilo que foi exposto.

Durante a pesquisa, abordou-se a evolução do Estado, desde o Estado primitivo até o Constitucional, demonstrando que a Constituição Federal de 1988

possui um arsenal de princípios constitucionais do processo que devem ser respeitados sob pena de se cometerem abusos.

Discorreu-se também sobre o Estado de Exceção em que as instituições militares se encontram, substituindo o Estado Democrático de Direito e criando a figura do enigma da legalidade autoritária em pleno século XXI. Foi discutido se essa “legalidade” autoritária não decorreria da ausência de uma justiça de transição no Brasil, haja vista que sem uma efetiva justiça de transição não há como sustentar uma democracia sólida e efetiva. Não obstante, afirma-se também que a legalidade autoritária deriva-se de a um militarismo conservador, com justificativas de um passado autoritário. Fato ilustrativo disso é um dos cases tratados no presente trabalho: o Vice-Almirante da Marinha, Rui da Fonseca Elia, defendendo, em outras palavras, que a hierarquia e a disciplina estariam acima dos direitos e garantias constitucionais do processo e que os recursos interpostos pelos militares socorrendo-se ao Judiciário criaria uma desestabilização institucional.

Outro exemplo é o do Procurador da República Sr. Mario Pimentel Albuquerque, que em parecer de um *habeas corpus*, pronunciou-se a respeito da vida militar dizendo que princípios como os da isonomia e da inafastabilidade do Judiciário teriam pouco peso quando se trata de aferir situações específicas à luz dos valores constitucionais da hierarquia e da disciplina, afirmando que o quartel é refratário a esses princípios. Defende, ainda, que os princípios democráticos seriam bons onde há relações sociais de coordenação, mas não em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles filhos, soldados ou monges.

Também se reproduziram, ao longo do texto, julgados diversos dos tribunais brasileiros, demonstrando a recorrência dos casos de violações constitucionais dos processos administrativos, que não constituem fato isolado, mas, sim, fato corriqueiro. Tudo isso, comprova que estão vivendo hoje as instituições militares um Estado de Exceção.

No intento de remediar essa situação, alguns “esforços”, se assim podem ser chamados, foram produzidos com vistas à criação de Comissão da Verdade. As mais importantes, quiçá, são a Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período de 18 de setembro de

1946 até 1988, bem como, a orientação do Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, atualizado pelo Decreto n. 7.177, de 12 de maio de 2010, isto é, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3).

Com o advento da Carta Magna de 1988, direitos e garantias constitucionais do processo foram expressas no texto fundamental, devendo ser aplicados sob pena de arbitrariedades. Todavia, após a sua promulgação, verifica-se que essas garantias constitucionais são constantemente violadas nas instituições militares no que tange especificamente aos processos administrativos.

Tal fato só comprova, diante dos casos concretos demonstrados ao longo de todo este trabalho, que abusos aconteceram e acontecem corriqueiramente, e que infelizmente a ditadura não terminou com o advento da Constituição em 1988, tornando-se uma “legalidade” autoritária. Nesse sentido, questionou-se se seria falta de uma justiça de transição no capítulo primeiro, deixando ao leitor um ponto para reflexão.

Os direitos constitucionais do processo inseridos no texto constitucional são assegurados aos militares em caráter geral servindo para limitar a discricionariedade do Estado. As instituições militares são regidas pela hierarquia e a disciplina, princípios também insculpidos na Carta Magna. Todavia, a hierarquia e a disciplina não significam que os direitos fundamentais devam ser violados, execrados, vilipendiados, extirpados aos militares, como se não existissem. Ao militar não se deve negar a condição de ser humano.

O homem, pela sua natureza, sempre foi portador de direito inatos, direitos naturais, porque fazem parte da sua essência. Logo, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são direitos insubstituíveis, inclusive aos militares. A dignidade humana nunca foi tão valorizada como nos últimos tempos. Entretanto, pouco se fala em dignidade do militar humano, indivíduo tão igual quanto os outros, com os mesmos direitos e obrigações. É verdade que com mais responsabilidade, mas possuidor dos mesmos direitos fundamentais que qualquer outra pessoa.

Após a ditadura militar brasileira, houve, com o advento da Constituição Federal de 1988, a democratização. Isto deveria significar que a ditadura acabou. Ou ao menos deveria. Todavia, consoante a presente pesquisa, fica evidenciado que não, ou seja, as instituições militares vivem atualmente em um Estado autoritário, com resquícios da ditadura transparecendo nos processos

administrativos disciplinares – um verdadeiro Estado de Exceção, conservado do período ditatorial, talvez por falta de uma justiça de transição.

A sociedade ainda está aberta ao futuro. Porém, para que esse futuro possa trilhar por caminhos democráticos e constitucionalmente protegidos é necessário lembrar e resolver o passado, por meio da justiça de transição para que se conquiste uma vida digna e respeitada.

A Constituição Federal trouxe mudanças significativas para a sociedade, precisamente aquelas voltadas aos fundamentos dos direitos constitucionais que todo homem possui. Os direitos humanos são considerados, hoje, uma peça fundamental da democracia contemporânea, constituindo um dos temas que suscitam maior interesse em razão da situação de injustiça na qual as relações humanas se encontram, enquanto que aos militares nada mudou.

Talvez uma orientação viável seja o que está estabelecido no PNDH-3, o qual concentra esforços para fomentar os direitos humanos principalmente nas instituições de segurança pública, com a proposição do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP): a aprovação de novos regimentos e leis orgânicas das polícias, o surgimento de nova geração de policiais, disposta a repensar práticas e dogmas, resultante do processo de democratização, dentre outros.

Portanto, foram demonstrado alguns pontos que o PNDH-3 que orientam e são fundamentais para consolidar o Estado Democrático e a proteção do direito à vida e à dignidade, garantindo tratamento igual a todos e o funcionamento de sistemas de Justiça que promovam os direitos humanos.

É essa reflexão que se busca diante dos direitos humanos como sustentáculo da democracia brasileira. Com a Constituição Federal de 1988, iniciou-se novamente o caminho por mudanças significativas e inovações que o Estado Democrático necessitou para a concretização da dignidade da pessoa humana.

Os militares, inexoravelmente, precisam estar amparados constitucionalmente onde existam garantias efetivas à proteção respaldada na Constituição Federal, sem, contudo, serem perseguidos e punidos.

Inaceitável nos dias atuais terem os militares, na qualidade de possuidores da dignidade da pessoa humana, seus direitos cerceados, como igualdade, legalidade, contraditório e ampla defesa, falta de fundamentação, proporcionalidade, estado de inocência, devido processo legal e outros princípios. Para que sejam efetivamente assegurados, o respeito à Constituição Federal é o ponto de partida.

Norberto Bobbio questiona que o principal problema dos direitos do homem não seria mais fundamentá-lo e, sim o de protegê-lo. Pois não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas, sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, sejam eles continuamente violados³⁹⁶. Para protegê-los não basta proclamá-los³⁹⁷.

Esse amparo constitucional representa o assentamento dos direitos fundamentais como balizadores de uma sociedade pluralista. Assim, é neste viés que o direito constitucional do processo tem sido colocado para reflexão. Ele remonta a Hobbes como condição de manutenção do homem que vivia no Estado de Natureza, depois seguiu seu curso acompanhando o homem em sua evolução. O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem³⁹⁸.

Ao lado das garantias constitucionais do processo estão o direito à vida, à igualdade e à dignidade da pessoa humana, perfazendo um conjunto de sustentação que representa a essência do Estado Democrático de Direito.

Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica de conflitos, segundo Norberto Bobbio. A democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais³⁹⁹.

Em um Estado Constitucional de Direito, devem-se preservar as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, sua consideração como pessoa, como cidadão e não como um ser irracional, pois, independente da conduta do agente, este deve ser punido como transgressor da norma, como indivíduo, como pessoa que transgrediu, e não como combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. O infrator continua sendo um ser humano⁴⁰⁰.

³⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 36.

³⁹⁸ LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Schwarc, 1988. p. 118.

³⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 1.

⁴⁰⁰ JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4ª ed. Organização e tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 15.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira. **Direito administrativo militar**. São Paulo: Método, 2010.

ACHOCHE, Munif Saliba. O devido processo constitucional e a súmula vinculante n. 5 do STF. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos**: una aproximación desde Chile y América Latina. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, 2010.

ÁLVARES, Silvio Carlos. **Garantias constitucionais do processo**: o devido processo legal. [S.l.], 2011. Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19909/Garantias%20constitucionais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 mar. 2012.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo imperialismo totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: nunca mais**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. Curitiba: Juruá. 2008.

BARRETO, Vicente de Paula. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça Militar. 2ª Instância. **A Justiça Militar de Minas Gerais – Setenta anos de existência**. Belo Horizonte, 15 abr. 2008. Disponível em: <www.tjmmg.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=628&Itemid=66>. Acesso em: 28 fev. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. 4. ed. Tradução João Ferreira. Brasília: UNB, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 7. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado SOCIAL**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONDARUK, Roberson Luiz; SOUZA, César Alberto. **Polícia comunitária**: polícia cidadã para um povo cidadão. Curitiba: Comunicare, 2003.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 28 fev. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 1.011, de 22 de dezembro de 1993**. Altera dispositivos do Regulamento Disciplinar para a Marinha, baixado pelo Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1011.htm>. Acesso em: 30 mar.2012.

BRASIL. **Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002**. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em: 30 mar. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 7.037 de 21 de dezembro de 2009, atualizado pelo Decreto nº 7.177 de 12 de maio de 2010**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 76.322, de 22 de setembro de 1975**. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122972>. Acesso em: 30 mar. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 29 mar.2012.

BRASIL. **Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: Acesso em: 28 fev. 2011.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República **Programa nacional de direito humanos (PnDH-3)**. Brasília, DF: SEDH/Pr, 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 14, n. 59, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução: Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. **Direitos humanos no Brasil**. Relatório da Rede social de justiça e direitos humanos em parceria com Global Exchange. São Paulo: 2001.

CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez; MARTINEZ, Silvano Cantú. La restricción a la jurisdicción militar en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 75-98, dic. 2010. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/esp/conteudos/pdf/13/04.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher e outros VS. Brasil**. Sentença de 20 de novembro de 2009. São José, Costa Rica, 20 nov. 2009. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2012.

COSTA JUNIOR, Ernane Salles da; GALUPPO, Marcelo Campos. A democracia como promessa entre a imprescindibilidade do cálculo e a experiência aporética da justiça. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror**. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

CULLETON, Alfredo. Ninguém aceita a morte por suposição. **Revista IHU Online**, São Leopoldo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

CUNHA, Irineu Ozires. **Regulamento disciplinar do exército: parte geral**. 2. ed. Curitiba: Optagraf, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIA, Rui da Fonseca. **As forças armadas e a integridade do Estado democrático**. [S.l.], 19 nov. 2013. Disponível em: <www.mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/Documentos/AsFAeintegridadedoEstadodemocratico.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2012.

ENGELMANN, Wilson. A origem jusnaturalista dos direitos humanos: o horizonte histórico da Declaração universal dos direitos humanos de 1948. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/13_1175.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

ENGELMANN, Wilson. **Princípio da igualdade**. São Leopoldo: Sinodal, 2008.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais**: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FABRIZ, Daury Cesar. Constitucionalismo democrático, democracia e direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FINNIS, John Mitchell. **Lei natural e direitos naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização Roberto Machado. São Paulo: Graal, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução Raquel Ramalhe. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução: Enio Paulo Giachini. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das letras, 2002.

HERKENHOFF, João Batista. Direito ao silêncio. **Espaço Vital**, Porto Alegre, 10 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/noticia-22083-direito-ao-silencio-artigo-joao-baptista-herkenhoff>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Organização e tradução: André Luís Callegarsi e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JERUSALINSKY, Alfredo. A impunidade alenta o retorno da barbárie. **Revista IHY Online**, São Leopoldo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo: Schwarcz, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. Bauru: EDUSC, 2001.

MANOEL, Élio de Oliveira; ARDUIN, Edwayne A. **a polícia militar do Paraná: direito disciplinar militar: teoria, prática e doutrina**. Curitiba: Comunicare, 2004.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar**. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

MARTINS, Eliezer Pereira. **O militar vítima do abuso de autoridade**. 2. ed. Lemes: Editora Direito, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de direito internacional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 07, n. 13, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas crises: a crise do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O BRASIL aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de direitos humanos em 1998. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, [2012?]. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista>. Acesso em: 06 abr. 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

OS DIREITOS Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor. [S.l., 2012?]. Disponível em: <www.escoladegoverno.org.br/.../115-direitos-humanos-declaracao-1948>. Acesso em: 06 abr. 2012.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. **Revista do instituto de hermenêutica jurídica**: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora? Porto Alegre, v. 1, 6, 2008.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares**: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PERES, João. **Arquivos repartidos da justiça militar reforçam necessidade de Comissão da Verdade**. [S.l.], 14 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br/artigos-e-boletins/artigos/arquivos-repatriados-da-justica-militar-reforcam-necessidade-de-comissao>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

PESSOA, Mário. **O direito da segurança nacional**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1971.

PINTO, Lorena Godoi de Faria Vieira. A inversão do Estado democrático de direito em Estado de exceção permanente: a supressão de direitos a criminalidade. **Revista Jurídica NAP**, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<http://revista.juridicanap.webdone.com.br/direitoconstitucional/ainversaodoestado>> Acesso em: 27 mar. 2012.

PIRES, Cecília. Não se deve confundir o perdão com o esquecimento. **Revista IHY Online**, São Paulo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

PRESOT, Aline. Celebrando a “revolução”: as marchas da família com Deus pela liberdade e o Golpe de 1964. *In*: ROLLEMBERG, Denise; QUADRATH Samantha Viz (Org.). **A construção social dos regimes autoritários**: legitimidade, consenso e consentimento no século XX. Brasil e América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

REDON, Rejane Ribeiro. **O acesso à justiça e os direitos fundamentais no regime jurídico militar**. 2008. Dissertação (Mestre em Direito) -- Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <portal.estacio.br/media/2476299/rejane%20ribeiro%20redon.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. **Histórico:** Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <www.tjm.rs.gov.br/institucional/apresentacao.asp> Acesso em: 28 fev. 2012.

RODRIGUES, Fernando. **Indesejáveis:** instituição, pensamento político e a formação profissional dos oficiais do Exército Brasileiro (1905-1946). Jundiaí: Paco Editorial. 2010.

ROMANO, Roberto. De ditadores a imperadores com pés de barro. **Revista IHY Online**, São Leopoldo, ano 8, n. 269, 18 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao269.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. Garantias constitucionais: um discurso que não seduz. *In:* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (Coord.). **Constituição e processo:** a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo administrativo disciplinar militar.** Forças Militares Estaduais e Forças Armadas: aspectos legais e constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes et al. **A justiça de transição brasileira, seus limites e possibilidades:** uma análise sob a perspectiva da assincronia temporal do direito e do imperativo de radicalização dos direitos humanos. (Artigo fornecido gentilmente pela autora). Não publicado.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural “hipermoderno” do processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. *In:* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** Programa de Pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: Anuário n. 7, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** Programa de Pós graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Anuário 2008, n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALDANHA, Nelson. **Poder constituinte.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. **Institucional – História do Tribunal de Justiça Militar.** Desde 1892 havia, no Estado de São Paulo, a Auditoria da Força Pública, composta de um Auditor e de Conselhos de Justiça. São Paulo. Disponível em: <tjm.sp.gov.br/i_historia.htm>. Acesso em: 28 fev. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). **Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um cenário social**. Ijuí: Unijuí, 2008.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. *In*: BARTOLOMÉ RUIZ, Castor (Org.). **Justiça e memória: para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOARES JÚNIOR, José Mário Dias. **Exército na segurança pública: uma guerra contra o povo brasileiro!** Curitiba: Juruá, 2010.

SRIRAM, Chandra Lekha. **Justice as peace? liberal peace building and strategies of transitional justice**. Scotland: University of St Andrews, [2012?]. Disponível em: <http://www.st-andrews.ac.uk/intrel/media/Sriram_justice_as_peace.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado, anuário 2008**. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia penal**. Curitiba: Juruá, 2007.

VALLA, Wilson Odirley **A natureza dos compromissos e deveres do militar da polícia**. Curitiba, 2012. Disponível em: <www.policiamilitar.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=669>. Acesso em: 05 abr.2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia: liberdade, igualdade e poder. *In*: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS : mestrado e doutorado, anuário 2008, n. 5**. Porto Alegre: Liv. do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual prático do militar**. Natal: D&F Jurídica. 2009.

VILLA, Marco Antonio. **A história das constituições brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011.

ZAVERUCHA, Jorge. **Rumor de sabres**: tutela militar ou controle civil? São Paulo: Ática, 1994.

ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A justiça de transição na América Latina. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminas – IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 187, 2008.