

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

JORMAR SOUSA ARAGÃO

DIREITO DISCIPLINAR CASTRENSE E O CABIMENTO DE *HABEAS CORPUS*

**Porto Alegre
2012**

JORMAR SOUSA ARAGÃO

DIREITO DISCIPLINAR CASTRENSE E O CABIMENTO DE *HABEAS CORPUS*

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, como requisito à obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik.

Porto Alegre

2012

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que proporcionou chegar neste momento tão especial.

Aos meus pais, pelo exemplo de vida e pela participação fundamental na minha formação de caráter e personalidade.

Aos meus familiares e amigos que de alguma maneira contribuíram para este momento.

Agradeço aos grandes mestres da arte de ensinar da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que me proporcionaram a iniciação às ciências jurídicas.

À minha esposa Fabiane pelo equilíbrio, dedicação, simplicidade e cumplicidade nesta eterna caminhada.

Ao Professor Dr. Danilo Knijnik pela nobre missão de ensinar e por ter participado como orientador nesta pesquisa.

RESUMO

Esta monografia tem como estudo a possibilidade da concessão de *habeas corpus*, para o paciente militar em virtude de prisão administrativa militar por cometimento de transgressões militares previstas nos Regulamentos Disciplinares, face à vedação constitucional prevista no § 2º, do Art. 142, da Constituição Federal de 1988. Conforme entendimento pacífico da doutrina e dos tribunais pátrios, partimos da hipótese do cabimento da concessão de *habeas corpus* nas punições disciplinares que sejam aplicadas de forma ilegal ou abusiva. Os resultados desta pesquisa mostram que a vedação de impetrar o remédio heróico deve ser relativizada, em razão do ato que decretar a prisão administrativa ou disciplinar ter a obrigação de preencher todos os requisitos de validade para ser considerado legal. Constatou-se a possibilidade de ser impetrado o mandado de segurança de forma subsidiária, para fazer cessar uma violação ao direito de locomoção ao militar vítima de ilegalidade ou abuso de poder. Durante a pesquisa ficou demonstrado que a vedação constitucional em comento entra em conflito com princípios que possuem grau superior por protegerem os direitos e garantias fundamentais. Para realização desta pesquisa buscamos suporte na doutrina e jurisprudência, utilizando como método de abordagem o indutivo, como método de procedimento a monografia e como técnica de pesquisa a bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Militar. Direito Administrativo Militar. *Habeas corpus*. Militar. Transgressões disciplinares.

ABSTRACT

Study of the possibility of concession of *habeas corpus*, it patient military man in arrest reason to discipline resultant of to commit of military trespasses, foreseen in the Regulations To discipline, face to the constitutional prohibition foreseen in § 2º, art. 142, CF/88, for concession of this remedy to the military prisoner. We leave of the main hypothesis of that it has the possibility of concession of *habeas corpus* in the military punishments, even so has express constitutional prohibition in this direction. We objectify to demonstrate that the possibility of the concession already is a pacific agreement in such a way in the doctrine as in the native courts. In the development of this research we search support in the jurisprudence, doctrine, and, using as boarding method the inductive one, method of procedure the monograph and as research technique the bibliographical one. The results of this research had evidenced that the prohibition must be relativized, in reason of the act that to decree the arrest of the military man to have the obligation to fill all the requirements of uncosted considered validity if. Evidenced that it has the possibility of being petitioned the mandamus for its subsidiary character, to make to cease a breaking to the right locomotion to the citizen military man that she is being victim of illegality or abuse of power, also, was characterized that the constitutional prohibition enters in conflict with principles that they possess degree superior, in virtue of these to protect the basic rights and guarantees.

Keywords: Military Law. Administrative Military Low. *Habeas corpus*. Military. Discipline trespasses.

LISTA DE ABREVIATURAS

art. – Artigo

CD - Conselho de Disciplina

CF - Constituição Federal

CJ - Conselho de Justiça

CPP - Código de Processo Penal

CPPM - Código de Processo Penal Militar

EB - Exército Brasileiro

EM - Estatuto dos Militares

FFAA - Forças Armadas

FATD - Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar Militar

HC - *Habeas Corpus*

MS – Mandado de Segurança

OM - Organização Militar

RDE - Regulamento Disciplinar do Exército

RDAER - Regulamento Disciplinar da Aeronáutica

RDMAR - Regulamento Disciplinar para a Marinha

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DIREITO DISCIPLINAR MILITAR	10
1.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	10
1.1.1 Transgressão Disciplinar Militar	11
1.1.2 Transgressão Disciplinar Versus Crime Militar	13
1.1.3 Punições Disciplinares Militares.....	17
1.1.4 Procedimentos Administrativos Obrigatórios	23
2 O <i>HABEAS CORPUS</i> E AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES	26
2.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	26
2.2.1 Evolução Constitucional Do <i>Habeas Corpus</i> No Brasil	27
2.2.2 O <i>Habeas Corpus</i> No Ordenamento Infraconstitucional	29
2.2.3 Espécies E Natureza De <i>Habeas Corpus</i>	31
2.2.4 Objeto E Sujeitos Do <i>Habeas Corpus</i>	32
2.2.5 Considerações Diversas.....	35
2.2.6 O <i>Habeas Corpus</i> Nas Punições Disciplinares.....	35
2.2.7 A Análise Do Poder Judiciário	38
2.2.8 A Justiça Competente.....	41
3 A CONSTITUIÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO	44
3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	44
3.3.1 Princípios Constitucionais	45
3.3.2 Inconstitucionalidade Da Vedação De <i>Habeas Corpus</i> Nas Punições Disciplinares Militares	51
3.3.3 Conflito De Normas Constitucionais	53
3.3.4 Solução De Conflito De Normas Constitucionais.....	56
3.3.5 Uso Subsidiário Do Mandado De Segurança.....	56
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

O tema desta monografia aborda a concessão de *habeas corpus* no direito disciplinar castrense tendo em vista a existência da vedação prevista no § 2º do art. 142 da Constituição Federal, face às garantias e direitos fundamentais, previstos na Carta Magna e outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

De certa forma, este trabalho de conclusão de curso destina-se direta ou indiretamente a toda a sociedade, a qual em certo momento histórico esteve envolvida com o direito castrense.

Em tempo de paz, todos os jovens do sexo masculino são obrigados a prestar o serviço militar ao Estado. Já em tempo de guerra, todos aqueles em condição de “lutar”, sem nenhuma distinção de sexo, poderão ser convocados ao serviço castrense.

Os destinatários desta pesquisa atinente ao Direito Militar englobam não só a sociedade, pelos motivos expostos acima, mas também a todo o contingente das três Forças Armadas e das Forças Auxiliares, as quais são compostas pelas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados-membros e, em tempo de guerra, pelo efetivo mobilizado da reserva não remunerada.

Nosso objetivo principal com este trabalho é demonstrar que a restrição da concessão de *habeas corpus* aos militares, prevista no § 2º do art. 142 da CF, em se tratando de punição disciplinar, deve ser relativizada, pois, a decretação desta punição disciplinar é oriunda de um ato administrativo e, como tal, este deve obedecer a todos os requisitos de validade, tais como: a competência, a finalidade, a forma, o objeto e a motivação. Na falta de um destes, o ato administrativo estará viciado, cabendo a análise do Poder Judiciário, em virtude do princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação do poder judiciário, conforme preceitua o art. 5º, inciso XXXV da CF/88.

Outrossim, buscamos demonstrar que a vedação formal, prevista na nossa Lei Maior, não se coaduna com o atual e dinâmico Estado Democrático de Direito do Brasil, não possibilitando, desta forma, promover uma verdadeira justiça. Para fundamentar nosso posicionamento, buscamos suporte na doutrina e jurisprudência dos que militam na seara militar.

Acreditamos na importância deste trabalho, por adentrarmos nas peculiaridades do direito castrense, o qual raramente é abordado para fins de estudo acadêmico, trazendo ao conhecimento de todos que uma importante garantia constitucional ao exercício de um direito fundamental, qual seja, o direito e liberdade de locomoção, possui uma barreira, também, de cunho constitucional, que impede a utilização de forma plena do uso do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares.

De um modo geral, os centros acadêmicos, pouca ou nenhuma atenção dispensam ao Direito Penal Militar e ao Direito Administrativo Militar, ramos do Direito que englobam o crime e a transgressão disciplinar militar.

Apesar de o Direito castrense regular e disciplinar as atividades militares, os administradores militares, de um modo geral, não possuem formação jurídica adequada, priorizando, desta forma, os valores institucionais os quais representam, esquecendo a aplicação da justiça imparcial, os direitos individuais e a dignidade da pessoa humana. Conseqüentemente, estes administradores acabam decidindo com base em experiências pessoais, nas tradições militares, esquecendo que o Direito e a sociedade estão em constante evolução.

Buscamos demonstrar a importante garantia constitucional ao exercício de um direito fundamental, qual seja, o direito de liberdade de locomoção que, por barreira constitucional, não pode ser utilizado em sua plenitude, por uma classe de cidadãos, apenas pelo fato de estarem na condição de militares.

Para melhor desenvolvermos o presente estudo acadêmico, trabalhamos com capítulos de forma a buscar uma simetria nos mesmos evitando que seus conteúdos estivessem desproporcionais com relação uns aos outros.

No primeiro capítulo falamos sobre transgressões disciplinares no âmbito militar, mais especificamente sobre as que têm como base o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), aprovada pelo Decreto Nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

No segundo capítulo falamos sobre o instituto do *habeas corpus*, especificamente com relação às punições militares disciplinares, e de acordo com Direito Administrativo, mostramos as hipóteses de apreciação pelo poder judiciário quando se tratar de *habeas corpus* impetrado por militar, tendo em vista a existência da vedação de análise pelo Judiciário do ato administrativo quando se tratar de mérito.

No terceiro capítulo trabalhamos o enfrentamento da vedação constitucional da concessão de *habeas corpus* nas punições disciplinares; bem como o ordenamento infraconstitucional.

Por fim, trabalhamos nossa conclusão, conforme os argumentos apresentados, nos seguintes quesitos:

- Na possibilidade de concessão de *habeas corpus* nas punições disciplinares, se o ato administrativo que decretou a prisão disciplinar não preencher os seus requisitos de validade;
- Como remédio constitucional alternativo para fazer cessar a violação do direito fundamental, líquido e certo de locomoção, pode-se usar o mandado de segurança pelo seu caráter subsidiário.
- Na possibilidade do remédio heróico nas punições disciplinares, visando examinar inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, especialmente quando implicarem restrição à liberdade individual.
- Na inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus*, nos seguintes casos: durante a vigência do estado de sítio; na transgressão disciplinar válida; se não há atentado contra a liberdade de locomoção.

Ao finalizar esta introdução, cabe ressaltar que esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o assunto, por se tratar de um tema não muito vivenciado no meio da graduação acadêmica, e sirva de incentivo a uma pesquisa de forma mais aprofundada no que tange ao direito militar.

1 DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

1.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Ao estudar as punições disciplinares militares, fica explícita a dificuldade, principalmente para aqueles que não são militares, na correta definição de direito disciplinar militar. Para facilitar a compreensão deste tópico, transcreveremos os ensinamentos do jurista Jorge César de Assis, *in verbis*:

DIREITO DISCIPLINAR MILITAR, que é aquele que se ocupa com as relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o qual pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores militares (conferidos por lei e delimitados por esta) 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 punições, e controlada pelo Poder Judiciário quando julga as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares¹.

Abordaremos inicialmente o estudo da transgressão disciplinar e o seu respectivo processo administrativo, o qual deverá estar devidamente acompanhado do direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de nulidade absoluta.

Para fins de esclarecimento, as expressões transgressão disciplinar ou transgressão militar são sinônimas; para a Marinha a transgressão disciplinar é denominada contravenção disciplinar; já as expressões prisão disciplinar ou prisão administrativa militar, também são sinônimas.

No meio castrense, a punição administrativa por cometimento de transgressão disciplinar é a forma com que os superiores hierárquicos mantêm a hierarquia e a disciplina dentro dos quartéis. Representa, sem dúvida, um excelente meio de coação aplicada pela autoridade militar, pois o Judiciário, conforme doutrina e jurisprudência dominantes, encontra-se impossibilitado de discutir o mérito da punição, ou seja, se a punição foi justa ou não.

Pela prática, em regra geral, a aplicação da punição disciplinar é a melhor forma de combater a impunidade, a indisciplina, e o desrespeito aos superiores

¹ ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 75.

hierárquicos. Mas, em alguns casos, como veremos no transcórrer desta monografia, militares são presos injustamente, com limitações às garantias constitucionais e ao princípio da presunção de inocência, por ordem abusiva de superior hierárquico.

1.1.1 Transgressão Disciplinar Militar

No âmbito das Forças Armadas, a transgressão militar está regulamentada nos seguintes Decretos: Marinha do Brasil, Decreto nº 88.545/1983; Exército Brasileiro, Decreto nº 4.346/2002; e Força Aérea Brasileira, Decreto nº 76.322/1975².

Para fins de conceituação, por ser o mais utilizado em virtude do efetivo maior de militares, utilizaremos o conceito de Transgressão Disciplinar, previsto no Regulamento Disciplinar do Exército, *in verbis*:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

§ 1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

§ 2º As responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente.

§ 3º As responsabilidades cível e administrativa do militar serão afastadas no caso de absolvição criminal, com sentença transitada em julgado, que negue a existência do fato ou da sua autoria.

§ 4º No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.

§ 5º Na hipótese do § 4º, a autoridade competente para aplicar a pena disciplinar deve aguardar o pronunciamento da Justiça, para posterior avaliação da questão no âmbito administrativo.

§ 6º Quando, por ocasião do julgamento do crime, este for descaracterizado para transgressão ou a denúncia for rejeitada, a falta cometida deverá ser apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o faltoso.

² BRASIL. Decreto nº 4.346 de 26 de agosto de 2002. Regulamento Disciplinar do Exército. Brasília, DF, 27 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1º nov. 2011.

BRASIL. Decreto nº 76.322 de 22 de setembro de 1975. Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Brasília, DF, 22 set. 1975. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1º nov. 2011.

BRASIL. Decreto nº 88.545 de 26 de julho de 1983. Regulamento Disciplinar da Marinha. Brasília, DF, 27 jul. 1983. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1º nov. 2011.

§ 7º É vedada a aplicação de mais de uma penalidade por uma única transgressão disciplinar.

§ 8º Quando a falta tiver sido cometida contra a pessoa do comandante da OM, será ela apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o ofendido.

§ 9º São equivalentes, para efeito deste Regulamento, as expressões transgressão disciplinar e transgressão militar.

Art. 15. São transgressões disciplinares todas as ações especificadas no Anexo I deste Regulamento.

O art. 15 supramencionado traz em seu anexo I, um rol de 113 (cento e treze) transgressões disciplinares, já o caput do art. 14 buscou abranger o máximo de situações possíveis, tais como: "...deveres e às obrigações militares.." também "...a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe". Por ser tão abrangente, tão genérico, fica praticamente impossível definir com precisão uma transgressão disciplinar e, de acordo com o critério discricionário do superior hierárquico que aplicar a punição, qualquer ato indisciplinar poderá ser interpretado como uma transgressão.

A nossa Carta Magna, no seu art. 5º, LXI, descreve a possibilidade de uma pessoa ser presa de forma legal, "por ordem fundamentada de autoridade judiciária e no caso de flagrante delito"³. No entanto, apresenta duas exceções: no caso de transgressão disciplinar, o qual é objeto de estudo da presente monografia, ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Na Força Aérea Brasileira, no RDAER, o art. 8º do Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, define a transgressão disciplinar como sendo "toda ação ou omissão contrária ao dever militar e como tal classificada nos termos do presente Regulamento". Cabe mencionar que o art. 10, do mesmo regulamento, descreve um rol de 100 (cem) transgressões disciplinares, previstas aos militares da Aeronáutica, mas o mais impressionante é a forma genérica descrita no seu parágrafo único, vejamos:

Parágrafo único. São consideradas também, transgressões disciplinares, as ações ou omissões não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crime nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais; contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decoro de classe, contra os preceitos sociais e as normas da moral; contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos, ou prescrito por autoridade competente⁴.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴ Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, *Op. Cit.*, art. 10, parágrafo único.

Na Marinha de Guerra, a transgressão disciplinar, está regulada pelo Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983 (RDMAR), sendo definida como contravenção disciplinar, dando margem, aos menos experientes, ao conceito equivocado de contravenção penal.

No âmbito desta Força Armada, a contravenção disciplinar, está assim definida como sendo: “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 crime⁵”

Analisando tais dispositivos, de um modo geral, constata-se que a transgressão disciplinar é toda violação, mesmo que branda, por parte de militares, às normas escritas, à moral e aos preceitos éticos das Forças Armadas e das Forças Auxiliares.

1.1.2 Transgressão Disciplinar Versus Crime Militar

Em virtude da grande confusão entre o crime militar e a transgressão disciplinar, principalmente para aqueles que não militam na seara militar, abordaremos de forma sumária sem uma busca aprofundada na doutrina, as diferenças entre os dois conceitos, os quais representam reprimenda ao infrator.

Primeiramente, é oportuno definir o conceito de militar, o qual está devidamente expresso no art. 22, do CPM: “ É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas para nelas servir em posto, graduação, ou sujeito à disciplina militar⁶. ”

De forma abrangente, militar compreende os integrantes das Forças Armadas e das Forças Auxiliares (Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares). Os primeiros estão sujeitos à aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar

⁵ Regulamento Disciplinar da Marinha. art. 6º.

⁶ BRASIL. Mini Códigos. Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares, Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 2001.

federal; e os segundos estão sujeitos à aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar estadual.

No plano doutrinário, Célio Lobão assim esclarece, ao discorrer sobre crime militar:

Nessa linha de raciocínio, em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.

As ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar, ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil quanto o militar, enquanto as que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o militar⁷.

Eliezer Pereira Martins, assim diferencia os dois institutos:

Não há diferença entre crime, contravenção e transgressão disciplinar. Todas as categorias apontadas encerram violação do ordenamento jurídico. A diferença apontada na doutrina reside nas espécies de penas aplicadas a cada categoria. [...] outro fator a indicar diferença entre as modalidades apontadas é a importância do bem jurídico que se pretende tutelar, assim, os mais caros recebem a proteção da lei penal, os de menor importância a tutela contravencional e por fim a reprimenda administrativa.[...] transgressão encerra a idéia de falta, violação de lei, regulamento, contrato, dever jurídico, etc.⁸

Pelo critério *ratione materiae*, crime militar corresponde ao ato que viole o prescrito no Código Penal Militar, seja o sujeito ativo militar ou civil, conforme definição do art.9º do referido código. Já a transgressão é aquela violação praticada somente por militares, de acordo com os regulamentos disciplinares militares.

Adotando-se o critério *ratione personae*, o crime militar é aquele praticado por militar ou por civil, nos casos do art. 9º, do CPM; por sua vez, transgressão é aquele ato violador dos regulamentos ou dos preceitos éticos de cada instituição que se aplica exclusivamente aos militares.

No critério *ratione legis*, o crime militar está previsto em lei e a transgressão é aquele ato em que os regulamentos discricionizam ao administrador como tal.

⁷ LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 50.

⁸ MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade**. (s.c.): Direito 1996.p. 67.

Neste sentido, Jorge Alberto Romeiro, também define o crime militar pelo critério *ratione legis*, o qual é utilizado pela Alemanha e Itália, vejamos: “Crime militar é o que a lei define como tal [...] o critério *ratione legis* é também adotado na Alemanha e na Itália.”⁹

Para alguns autores o que prevalece no conceito de crime militar é o interesse castrense em detrimento da pessoa do delinqüente, nesse sentido, afirma Álvaro Mayrink da Costa: “O crime exclusivamente militar não apresenta a anti-socialidade que caracteriza o crime comum e, ainda no crime militar pluriofensivo a ofensa ao interesse militar é o que prevalece ficando em segundo plano a contextual ofensa ao interesse comum”¹⁰.

Ainda na doutrina, encontramos a lição de Antônio Pereira Duarte, que define:

As transgressões ou contravenções militares, naturalmente, são condutas de menor gravidade e que portanto são punidas com menos rigor e com sanções mais brandas. [...] em certas condutas transgressionais, o militar poderá ser detido ou preso por prazo não superior a trinta dias ou até vir a ser licenciado e excluído a bem da disciplina.¹¹

Já para o Promotor da Justiça Militar de Santa Maria/RS, assim conceitua:

Não é difícil perceber que a diferença que existe entre o crime militar e a transgressão disciplinar é apenas a intensidade. A punição de transgressão disciplinar tem um caráter preventivo, ou seja, pune-se a transgressão da disciplina para prevenir a ocorrência do crime militar. A relação que existe entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre o crime comum e a contravenção penal. A grande questão hoje é saber qual a Justiça competente para apreciar ações disciplinares militares.¹²

Outra diferença fundamental, é que no crime militar está previsto o tipo legal (preceito primário da norma) e a pena (preceito secundário da norma), já no ato transgressional o legislador só definiu o tipo não especificando o preceito secundário e a reprimenda fica a cargo do critério discricionário do aplicador da norma, o que pode gerar, sem dúvida, injustiças.

⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.p.66.

¹⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar, Doutrina Jurisprudência Legislação**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.p. 140.

¹¹ DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Doutrina Legislação e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 52.

¹² ASSIS, Jorge Cesar de. **Direito Militar Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 46.

Apenas para demonstrar como podem ocorrer tais injustiças, no caso hipotético, mas que normalmente acontece dentro dos “Portões das Armas”, o fato de dois militares (sem nenhuma punição disciplinar e sem justa causa) “A” e “B”, que respectivamente falta e chega atrasado ao serviço, ambos cometem transgressões disciplinares. O fato de faltar ou chegar atrasado ao serviço está capitulado como transgressão disciplinar no item 26 do anexo I, do RDE. Continuando nosso raciocínio, o aplicador da sanção disciplinar aplica três dias de detenção ao militar “A”, por faltar ao serviço; e cinco dias de detenção disciplinar ao militar “B”, por estar atrasado trinta minutos ao serviço.

No caso prático demonstrado, fica claro que não houve razoabilidade nem proporcionalidade na aplicação das punições supramencionadas, simplesmente por não haver critérios objetivos para a aplicação da punição disciplinar. Esta discricionariedade permite à autoridade militar a classificação e a escolha da penalidade a ser aplicada.

Outro exemplo, o militar “C” por problemas pessoais endivida-se e, após reclamação da dívida pelo credor ao seu comandante, sofre a reprimenda da transgressão disciplinar capitulada no item 33 do anexo I, do RDE, a saber: “Contrair dívida ou assumir compromisso superior às suas possibilidades, que afete o bom nome da Instituição”. Tal militar, hipoteticamente recebe a punição de detenção disciplinar.

Nesse aspecto, fica claro que a punição não foi aplicada em conformidade com os princípios constitucionais, pois o ato administrativo jamais pressupõe o desrespeito à lei ou à prática de atos abusivos ou ilegais.

Analisando o caso “C”, verificamos que a Constituição Federal, previsto no art.5º, inciso LXVII, não permite a prisão civil ou administrativa por dívida, salvo quando imposta ao devedor de alimentos inadimplente ou ao depositário infiel. Desta maneira, só é possível visualizar a prisão administrativa supramencionada quando caracterizada a situação do depositário infiel do falido, sob pena de inconstitucionalidade. Cabe salientar que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que, em seu art. 7º, nº 7, define: “ninguém deve ser detido por dívida”. “Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Também, de acordo com o Direito Internacional Público, a prisão do depositário infiel também seria inconstitucional, em virtude da interpretação do art. 5º, § 3º da CF, que

equipara os tratados e convenções sobre direitos humanos (no caso do Pacto de São José da Costa Rica) às emendas constitucionais. Este tratado internacional sobre direito humano é considerado uma norma supralegal e respeitado pelo STF.

A nova diretriz jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto em comento, nos ensinamentos do Sr. Uadi Lammego Bulos, que assim esclarece:

Tratados e convenções proíbem a prisão por dívida – lembrou o Ministro Celso de Mello que o art. 7º, §7º, do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, proíbe a prisão civil por dívida, excetuado o devedor voluntário de pensão alimentícia. Soma-se a esse contexto o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, patrocinado em 1996 pela Organização das Nações Unidas, ao qual o Brasil aderiu em 1990. Até a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia), com a participação do Brasil, já previa essa proibição enquanto a Carta de 1988 recepcionou as leis antigas sobre o assunto. Ademais, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena (Áustria), em 1993, com a participação ativa da delegação brasileira, então chefiada pelo ex-Ministro da Justiça e Ministro aposentado do STF, Maurício Corrêa, defendeu o fim da prisão civil por dívida. Nesse evento, ficou bem marcada a interdependência entre democracia e o respeito dos direitos da pessoa humana, tendência que se vem consolidando em todo o mundo (STF, HC 87.585-8/TO, Pleno, Voto vista do Min. Celso de Mello, em 12-3-2008).¹³ (**grifo nosso**)

Conforme exposto acima, fica claro o quanto os regulamentos militares estão defasados e não atendem, em muitos, os pressupostos de legalidade, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente.

1.1.3 Punições Disciplinares Militares

Todos os militares ao cometerem uma transgressão disciplinar, ou seja, cometer uma infração prevista nos regulamentos militares (RDE, RDAER ou RDMAR), estarão sujeitos a uma determinada sanção.

Para facilitar didaticamente, abordaremos mais especificamente o RDE, o qual prevê no seu art. 21 uma determinada sanção, caracterizada como leve, média

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional ao alcance de todos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 350.

ou grave, na qual será levado em consideração o grau de ofensividade, as circunstâncias que envolveram a transgressão e a pessoa do transgressor.

De acordo com o art.23 do RDE, a punição disciplinar, objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence, recebendo uma classificação e graduação, de acordo com o art. 24, elencadas como:

- advertência, que consiste em uma censura verbal;
- impedimento disciplinar, que impede o militar de se afastar de sua respectiva OM;
- repreensão, que é a censura enérgica ao transgressor, feita por escrito e publicada em Boletim Interno¹⁴;
- prisão disciplinar, que consiste na obrigação de o punido militar permanecer em local próprio, normalmente na cela. Esta prisão, por ser polêmica, será abordada mais detalhadamente; e
- exclusão a bem da disciplina, que consiste no afastamento, *ex officio*, do militar das fileiras do Exército Brasileiro.

1.1.3.1 Prisão disciplinar

Nosso ordenamento jurídico prevê três espécies de prisão ¹⁵, assim definidas: prisão civil, prisão penal e prisão disciplinar, a qual será o foco do nosso estudo.

O regime jurídico dos servidores regidos pela Lei nº 8.112/90 ou dos servidores civis estaduais não comporta este tipo de sanção, por outro lado, o regime jurídico castrense prevê a privação da liberdade sob a denominação de prisão disciplinar ou também denominada de prisão administrativa.

No ramo do direito administrativo militar, é perfeitamente possível a possibilidade de um servidor militar (federal ou estadual) ter a sua prisão disciplinar decretada por uma autoridade militar sem passar pela devida autorização judicial.

¹⁴ Espécie de documento interno das Organizações Militares.

¹⁵ Privação da liberdade de alguém mediante clausura.

Assim a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXI, prevê: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar** ou crime propriamente militar, definidos em lei” ¹⁶ (**grifo nosso**)

Visando contribuir para o nosso estudo, trazemos os ensinamentos de Eliezer Pereira Martins, ao discorrer sobre prisão por transgressão disciplinar militar, quando afirma:

Lamentavelmente restou íntegra a prisão por transgressão militar, medida que do ponto de vista prático em nada contribui para a reeducação do servidor militar faltoso, senão, inclusive “transgressógena”, na medida em que o militar renitente não vê em seu atuar consequência séria para a nocividade de seus atos, o que estimula novos atos de desrespeito ao ordenamento posto.

Sofre com a prisão por transgressão disciplinar o bom militar, aquele que é cioso de seus deveres e prima pelo respeito aos valores da caserna, de sorte que a prisão por transgressão disciplinar passa a ter um efeito perverso na medida em que premia o transgressor obstinado e castiga o bom militar¹⁷.

Apesar de divergência na doutrina e jurisprudência, o Estado concedeu a possibilidade de cerceamento da liberdade por ato de autoridade diversa da autoridade judiciária, nos casos previstos em lei como crime militar ou transgressão disciplinar militar.

Entendemos que a prisão, sem o devido processo legal, como medida punitiva administrativa é incompatível com a dignidade da pessoa humana. A prisão administrativa militar, para a manutenção da hierarquia e da disciplina, deve ser aplicada em acordo com os princípios constitucionais e nos ditames da lei. Não resta dúvida de que o infrator deve ser punido e, quando necessário, até mesmo afastado do meio militar, mas tudo em conformidade com a lei e com o devido processo legal.

Neste sentido trazemos os ensinamentos do magistrado Paulo Tadeu Rosa, da 2ª Auditoria Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais, que esclarece:

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

¹⁶ CF/88, art. 5º, inciso LXI.

¹⁷ MARTINS, Eliezer Pereira. *Op.cit.* 1996.p. 83.

As normas militares devem respeito à Constituição Federal, que se encontra no ápice da hierarquia das leis. Não existe decreto, ou lei infraconstitucional, que possa estar acima da Constituição Federal. O militar infrator deve ser punido em conformidade com a lei, sendo-lhe asseguradas as garantias previstas no art. 5º, da Constituição Federal¹⁸.

De acordo com o RDE, o militar que comete uma transgressão disciplinar grave poderá ser privado de sua liberdade e ter sua prisão disciplinar decretada com todas as características de alguém que comete um crime e tem sua prisão decretada por uma autoridade judiciária; porém, neste caso atinente à esfera administrativa militar, quem tem competência para determinar a prisão disciplinar, de acordo com o art. 38 do RDE, são as seguintes autoridades militares: o comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de uma Organização Militar e este rol é taxativo, qualquer inobservância deste requisito resultará em nulidade absoluta do ato administrativo que decretou a prisão, pois nenhum ato administrativo pode ser validado sem que a autoridade militar disponha de poder legal para praticá-lo.

Esta prisão administrativa militar, aplicada pelas autoridades acima mencionadas, de acordo com o § único, do art. 24, poderá ter uma duração de até trinta dias, o transgressor ficará preso, de acordo com a gravidade de sua transgressão, conforme os padrões estabelecidos pelo RDE, e, principalmente, à mercê do poder discricionário da autoridade militar que aplicar a punição, a qual analisará uma série de fatores atenuantes e agravantes, com a finalidade de determinar o número de dias em que o militar transgressor ficará preso.

1.1.3.2 Prisão disciplinar e o devido processo administrativo

O processo administrativo pode ser usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial

¹⁸ ROSA, Paulo Tadeu. **Aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos no Direito Administrativo Disciplinar Militar**. Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em 1º nov. 2011.

transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa¹⁹.

No âmbito militar o devido processo administrativo deverá, obrigatoriamente, ser seguido por todas as punições previstas no RDE, exceto no caso de advertência, o qual se traduz numa simples admoestação verbal, conhecida popularmente como “chamar a atenção”.

Embora a autoridade militar seja independente para aplicar a punição de prisão para um subordinado seu, ela deverá ter seus procedimentos de acordo com o devido processo legal (*due process of law*), da legalidade, entre outros, conforme os processos judiciais comuns.

Por ser um ato puramente administrativo, para aplicação de uma punição, independentemente de ser uma prisão administrativa, este deverá ser guiado pelos princípios que os norteia, para ter as condições de validade. Neste quesito, a doutrina é enfática e unânime em definir como requisitos essenciais aos atos administrativos a competência, a finalidade, a forma, o objeto e a motivação.

Competência é a parcela do poder decisório atribuída a determinadas autoridades militares em razão dos cargos que ocupe, ou seja, é o limite que cada autoridade tem que observar na esfera de suas atribuições ao aplicar o direito administrativo ao caso concreto.

A finalidade, deve sempre visar um fim geral e jamais, por razões pessoais, beneficiar ou prejudicar pessoas escolhidas. A punição disciplinar, segundo Jorge César de Assis, tem por finalidade: “a disciplina e coesão daquele corpo especializado, tendo em vista o melhor desempenho de suas funções constitucionais: a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública²⁰”

Cabe salientar que a autoridade que pratica o ato visando preencher interesses pessoais desposados do interesse público o faz com desvio de finalidade e, assim, se expõe à responsabilização nas três esferas de sanção, a saber: civil, penal e administrativa.

A forma é a solenidade prevista na lei e que deve ser observada na prática do ato administrativo, no âmbito do Exército, está prevista no art. 34 do RDE. Cabe

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 623.

²⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.* 2011. p. 162.

mencionar que todas as Forças Armadas e as Forças Auxiliares também seguem o mesmo padrão.

Já o objeto conforme Jorge Cesar de Assis: “identifica-se com o conteúdo do próprio ato, através do qual a Administração Militar manifesta sua potestade sancionadora, apurando a falta disciplinar e punindo o militar faltoso”²¹.

Os atos administrativos com privação de liberdade e demissão pela repercussão e efeitos que geram na vida da pessoa humana devem, necessariamente, ser motivado.

Somente com o devido processo administrativo é possível chegar à conclusão se o militar, em tese, é culpado ou inocente, na prática de alguma transgressão disciplinar. Por meio deste processo, o militar poderá se defender utilizando-se do seu direito consagrado ao contraditório e à ampla defesa, conforme o art. 5º, inciso LV, da CF/88, assim definido: “LV - aos litigantes, **em processo judicial ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados **o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes”²² (grifo nosso).

Sem os requisitos do ato administrativo na aplicação da prisão disciplinar ou outra punição disciplinar, o mesmo passa a desafiar o remédio heróico do *habeas-corpus*, nos casos em que o direito de ir e vir, ficar e permanecer esteja sendo ameaçado, pois é entendimento pacífico que o remédio em questão não se presta a tutelar outros tipos de direitos nesse sentido. Cabe acrescentar que, em matéria de defesa, outras espécies de abusos desafiam outros instrumentos de salvaguarda e não o *writ*, o qual se presta a tutelar os direitos de liberdade e que será objeto de estudo o capítulo seguinte.

Chegamos à conclusão de que o devido processo administrativo tem que ser respeitado, caso contrário poderá levar a sua absoluta nulidade, vindo, posteriormente, a punição disciplinar ser anulada pelo Poder Judiciário.

²¹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.* 2011. p. 164.

²² CF/88, art.5º, inciso LV.

1.1.4 Procedimentos Administrativos Obrigatórios

Na seara militar, tanto os militares federais ou estaduais, estão sujeitos a várias modalidades de processos administrativos militares. Para exemplificar podemos mencionar nas Forças Armadas – FFAA, a Sindicância, o Conselho de Justiça, e o Conselho de Disciplina, todos com um rito específico.

Já as diversas corporações militares estaduais (polícias militares e corpos de bombeiros militares) possuem seus próprios processos administrativos disciplinares, o quais por tornarem complexa e abrangente a presente pesquisa, não serão objeto de estudo.

Primeiramente, apenas para lembrar, é oportuno diferenciar processo e procedimento, conforme a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não se confunde **processo** com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.

O **procedimento** é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos, equivale a rito, a forma de proceder; o **procedimento** se desenvolve dentro de um processo administrativo.

[...] a lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final; nesse caso, existe o procedimento, **cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração**. [...] é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre [...], nos **processos disciplinares** ²³(grifo nosso)

No caso específico do processo disciplinar, dentro do Exército, o ordenamento destes atos para a solução da controvérsia está meticulosamente previsto no seu art. 12, do RDE²⁴, que todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina, leia-se transgressão disciplinar, deverá encaminhar ao seu chefe imediato, por meio de um documento escrito denominado “Parte”, este deve

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.* 2011. p. 623.

²⁴ BRASIL. Decreto nº 4.346 de 26 de agosto de 2002. **Regulamento Disciplinar do Exército**. Brasília, DF, 27 ago. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1º nov. 2011.

ser claro, preciso e consiso; qualificar os envolvidos e as testemunhas; discriminar bens e valores; precisar local, data e hora da ocorrência e caracterizar as circunstâncias que envolverem o fato, sem tecer comentários ou emitir opiniões pessoais.

Em seguida, a autoridade destinatária da “Parte disciplinar”, deve dar a solução no prazo máximo de oito dias, devendo, obrigatoriamente, ouvir as pessoas envolvidas, obedecendo as demais prescrições regulamentares. Caso não seja possível solucionar a questão no prazo estipulado, o motivo deverá ser publicado no documento denominado boletim interno e, neste caso, o prazo será prorrogado para trinta dias úteis.

A complexidade da transgressão cometida poderá determinar um procedimento específico a ser adotado. No caso de prisão, só o comandante do Exército ou comandante de Organização Militar. Já se a autoridade não for à competente deverá encaminhá-lo ao seu superior hierárquico²⁵.

Para apurar esta transgressão disciplinar, deverá ser aberto um Formulário para Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), uma sindicância administrativa, ou na dúvida, entre crime e transgressão, poderá ser aberto um Inquérito Policial Militar (IPM).

Os procedimentos a serem seguidos, para apuração de transgressão disciplinar, estão definidos, passo a passo, no anexo IV, do item 4 do RDE²⁶, da seguinte forma:

- Recebida e processada a parte, será entregue o FATD ao militar arrolado como autor do(s) fato(s) que aporá o seu ciente na 1ª via e permanecerá com a 2ª via, tendo, a partir de então, três dias úteis, para apresentar, por escrito (de próprio punho ou impresso) e assinado, suas alegações de defesa, no verso do formulário;
- Em caráter excepcional, sem comprometer a eficácia e a oportunidade da ação disciplinar, o prazo para apresentar as alegações de defesa poderá ser prorrogado, justificadamente, pelo período que se fizer necessário, a critério da autoridade competente, podendo ser concedido, ainda, pela mesma

²⁵ BRASIL. Decreto nº 4.346 de 26 de agosto de 2002. *Op.cit.*

²⁶ *Ibidem.*

autoridade, prazo para que o interessado possa produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa;

- Caso não deseje apresentar defesa, o militar deverá manifestar esta intenção, de próprio punho, no verso do FATD;
- Se o militar não apresentar, dentro do prazo, as razões de defesa e não manifestar a renúncia à apresentação da defesa, nos termos do item "c", a autoridade que estiver conduzindo a apuração do fato certificará no FATD, juntamente com duas testemunhas, que o prazo para apresentação de defesa foi concedido, mas o militar permaneceu inerte;
- Cumpridas as etapas anteriores, a autoridade competente para aplicar a punição emitirá conclusão escrita, quanto à procedência ou não das acusações e das alegações de defesa, que subsidiará a análise para o julgamento da transgressão; e
- Finalizando, a autoridade competente para aplicar a punição emitirá a decisão, encerrando o processo de apuração.

No final destes procedimentos, caso a autoridade militar que estiver apurando o FATD, constatar que o militar cometeu, por exemplo, uma infração tida como grave, a critério do poder discricionário do Comandante da OM, será publicada no boletim interno a referida punição, após o militar será recolhido ao “xadrez”.

Todas estas etapas devem ser obedecidas, com a finalidade de garantir ao acusado o direito ao pleno exercício do direito de ampla defesa e o contraditório, sob pena de nulidade do respectivo processo administrativo disciplinar. A falta desta sistematização, ou melhor, a falta do devido processo administrativo disciplinar, torna-o ilegal ou, expressamente, inconstitucional.

Cabe observar, novamente, mesmo estando em acordo com os procedimentos descritos, esta mesma transgressão disciplinar, na esfera judicial, poderá ser considerada ilegal se estiver em desacordo com alguma norma superior, ou com a própria Carta Magna.

2 O HABEAS CORPUS E AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES

2.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O *habeas corpus* é uma expressão latina que significa “tome o corpo”, conforme os ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos: “Garantia suprema da liberdade de locomoção, com vistas a defender o *jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*, *habeas corpus* significa “tome o corpo”, isto é, submeta o paciente ao juiz para que examine a coação e o liberte, se for o caso²⁷”.

A vida, a liberdade, constituem-se, sem sombra de dúvidas, no mais importante direito assegurado no ordenamento jurídico pátrio e estrangeiro. Desta forma, o presente assunto é de extrema importância em virtude dos direitos garantidos pelo *writ* em comento, que além de assegurar a liberdade de locomoção, representou uma vitória das minorias contra arbitrariedades dos governantes.

Este remédio constitucional representa uma medida judicial de apreciação imediata pelo Poder Judiciário, o qual se presta a proteger o direito da liberdade, quando a restrição desta for ilegal ou abusiva. Esta liberdade representa o livre arbítrio do ser humano de ir, vir ou de permanecer em um determinado lugar.

Constata-se que grande parcela da sociedade, militares, e até operadores do direito, desconhecem a possibilidade jurídica da impetração de *habeas corpus* por prisão decorrente de transgressão disciplinar em face da vedação constitucional expressa no Art. 142, § 2º, da CF/88.

Este instituto jurídico que merece atenção e estudo, representa um marco histórico na evolução dos direitos fundamentais da pessoa contra o poder do Estado, pois sem a liberdade de ir, vir e ficar outras não se realizam. Conforme entendimento pacífico da doutrina, o *habeas corpus*, originou-se no direito inglês com a edição da Magna Carta outorgada pelo rei João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, a qual em seu art. 48, assim definia: “Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento por seus pares, de acordo com as leis do país”

²⁷ BULOS, Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333.

Dentro dos “Portões das Armas”, a importância do remédio heróico foi lucidamente esclarecida pelo Promotor da Justiça Militar, o Dr. João Rodrigues Arruda, da seguinte forma:

Equivocadamente as mudanças são debitadas à Constituição de 1988, que teria ampliado os direitos e garantias fundamentais. Especificamente quanto à ampla defesa e o contraditório essa interpretação não é a melhor. O constituinte apenas explicitou o que já era pacífico na doutrina e na jurisprudência.

A verdade é que os subordinados descobriram o caminho dos tribunais e as sucessivas ordens de *habeas corpus* deixaram perplexos os comandantes. A resistência em aceitar o controle do Poder Judiciário nas atividades administrativas, a adoção de normas sem o crivo do Poder Legislativo e outras práticas tradicionalmente adotadas nas Forças Armadas deixam a mostra um viés comum às organizações fechadas.²⁸

2.2.1 Evolução Constitucional Do *Habeas Corpus* No Brasil

Apenas para conhecimento, faremos um breve estudo histórico sobre o *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro, não trataremos sobre o instituto nos demais países e teorias diversas sobre o instituto, pois o objeto desta monografia é estudar o instituto do *habeas corpus* dando ênfase às limitações deste *writ* no Direito Militar.

Este remédio heróico ingressou no nosso ordenamento jurídico com a promulgação do Código de Processo Criminal, em 1832, conforme prescrevia o seu art. 340: “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”. Sua finalidade era liberatória nos casos que ocorresse constrangimento à liberdade individual.

Com a Lei n.º 2.033, de 1871, estabeleceu o *habeas corpus* preventivo, previsto em seu art. 18 §1º: “Tem lugar o pedido de concessão da ordem de *habeas corpus*, ainda, quando o impetrante não tenha chegado a sofrer constrangimento ilegal, mas se veja dele ameaçado”.

Como garantia constitucional, ingressou na Constituição de 1891, conforme teor do art. 72§ 22: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se

²⁸ ARRUDA, João Rodrigues. **O Uso Político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad, 2007. p.54.

achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. Mas com a reforma constitucional de 1926 voltou a sua natureza original de proteção apenas à liberdade de locomoção.

Já nas Constituições de 1934 (art. 113, nº 23), 1937 (art. 122, nº 16), 1946 (art. 141, § 23), 1967 (art. 150, § 20) e 1969 (art. 153, § 20), o remédio heróico previa a proteção da liberdade de locomoção, mas todas já previam seu não cabimento nas transgressões disciplinares.²⁹

Com o Ato Institucional nº 5, de 3 de dezembro de 1968, o *habeas corpus* foi restringido, sendo suprimido, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular. Já em 1978, com a revogação do Ato Institucional, o *habeas corpus* retorna ao ordenamento jurídico.

Nos dias atuais, a CF/88, refere-se ao *writ*, no seu art. 5º, inciso LXVIII, com a seguinte definição: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Porém, a referida Carta Magna faz a devida ressalva nos casos de transgressão disciplinar no seu art. 142, § 2º, com a seguinte redação: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares”. Essa restrição será devidamente esclarecida ao longo do nosso estudo, mas apenas para colaborar com nosso raciocínio, o Dr. Osmar Fernandes Machado, Procurador da Justiça Militar e Corregedor Nacional do Ministério Público, assim analisa a questão:

[...], constata-se que possíveis restrições ao instituto do *habeas corpus* decorrentes da legislação possuem caráter relativo, no sentido de que a lei deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais e que essa relatividade deve ser observada quando o julgador deparar com prisão decorrente de ilegalidade ou abuso de poder em pedidos de *habeas corpus*, visando a preservar os direitos e as garantias constitucionais, que protegem a liberdade de locomoção.³⁰

²⁹Constituições do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 1º nov. 2011.

³⁰ MACHADO, Osmar Fernandes. O *habeas corpus* e suas limitações no Direito Militar: incompetência do 1º Grau de Jurisdição da Justiça Militar para apreciar o remédio heróico. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília-DF. n. 20, nov 2007.

2.2.2 O Habeas Corpus No Ordenamento Infraconstitucional

Após análise do referido remédio heróico na nossa Lei Maior, torna-se fundamental fazer uma análise do instituto com ênfase às normas infraconstitucionais. No Direito Processual Penal Militar, este foi previsto pela primeira vez no art. 272 do Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, que estabeleceu o Código da Justiça Militar.

Atualmente o assunto é regulado pelo Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, com a seguinte redação: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder”. Já o vigente Código de Processo Penal Comum, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, faz a menção ao instituto nos arts. 647 e seguintes.

O CPPM, em seu art. 1º, caput, e § 2º: “O processo penal militar reger-se-á pelas normas contidas neste Código, assim em tempo de paz como em tempo de guerra, salvo legislação especial que lhe for estritamente aplicável”.

Apenas para esclarecer, cabe ressaltar os ensinamentos do Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar Federal aposentado, que assim esclarece:

Aplicam-se subsidiariamente, as normas do CPPM aos processos regulados em leis especiais (art. 1º, caput, e § 2º). As leis especiais seriam as de segurança do Estado (impropriamente denominada de lei de segurança nacional). Com a Constituição de 88, a competência foi deferida à Justiça Federal, embora com a denominação igualmente imprópria de crimes políticos, em vez de crimes contra a segurança externa e interna (art. 109, IV, da CF) [...] Nos casos concretos, se houver divergência entre as normas da lei processual penal militar e as contravenções ou tratados de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas, desde que não contrariem a Constituição (art. 102. III. B, da CF) [...]

A atual orientação política brasileira de aceitar imposições, embora vedadas, na tentativa de obter assento no Conselho de Segurança da ONU, ignora afrontas aos princípios constitucionais e põe em risco nossa soberania. Nessa linha de conduta, foram incluídos, na Constituição, os §§ 3º e 4º ao art. 5º, pela EC 45/2004. Segundo o § 3º, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, se aprovadas na forma do citado parágrafo. Pelo § 4, o Brasil submete-se à Jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Em decorrência dessa adesão, poderá ocorrer extradição de brasileiro para ser julgado perante Tribunal que, como

se sabe, somente processa e julga militares e civis de países de 2º e 3º, que não tenham proteção das grandes potências!³¹

O Código de Processo Penal Comum, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, assim se refere ao *habeas corpus*, no seus arts. 647 e seguintes:

Art. 647. Dar-se-á ***habeas corpus*** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.³² (grifo nosso)

Cabe salientar, que os casos omissos do CPPM serão supridos, conforme art. 3º, letras “a” a “e”, da seguinte forma: pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; pela jurisprudência; pelos usos e costumes militares; pelos princípios gerais de Direito; pela analogia³³.

É oportuno comentar que os Regimentos Internos dos tribunais do país também trazem detalhes de extrema importância para a impetração do *writ*. Apenas para realçar nossa pesquisa, o art. 190 do Regimento Interno do STF, assim aborda o tema:

Art. 190. A petição de *habeas corpus* deverá conter:

CPP: § 1º do art. 654.

I – o nome do impetrante, bem como o do paciente e do coator;

II – os motivos do pedido e, quando possível, a prova documental dos fatos alegados;

III – a assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever.

³¹ LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³² Art. 647 e 648, do CPP.

³³ Art. 3º, do CPPM.

2.2.3 Espécies E Natureza De *Habeas Corpus*

O *habeas corpus*, conforme visto, constitui-se em uma ação constitucional popular, na qual tutela o direito de ir, vir de qualquer um do povo.

Entende-se que, por sua natureza, cuida-se de ação sumaríssima, que, por isso, exige prova pré-constituída, o que impede a sua utilização para superar situação de fato controvertida ou que demande dilação probatória.³⁴

O *habeas corpus* possui duas espécies básicas: *habeas corpus* repressivo e o *habeas corpus* preventivo. Para melhor esclarecer, do ponto de vista prático e na lição do escritor Sr. Diógenes Gomes, temos que:

O objetivo do *habeas corpus* preventivo é a obtenção de um alvará de salvo-conduto, onde, por exemplo, um Juiz Federal expedirá uma ordem mandamental contra a autoridade coatora, a fim de que esta fique impedida de prender disciplinarmente o militar [...]

Já o *habeas corpus* liberatório também chamado de repressivo é utilizado quando, por exemplo, o militar já está preso ou detido ilegalmente, onde se pedirá ao Juiz Federal, no caso de transgressão disciplinar, que expeça alvará de soltura, ordenando à autoridade coatora a libertação do paciente.³⁵

O primeiro, o *habeas corpus* preventivo é aquele que se impetra quando alguém sofre a ameaça, por parte da polícia ou de outra autoridade, de ser preso ilegalmente ou por abuso de poder, sendo expedido o *salvo conduto* e pode ser requerido em face da expressão "... sempre que o indivíduo se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação..." conforme redação do art. 5º, LXVIII, CF/88.

Já o segundo, o *habeas corpus* repressivo ou liberatório é a aquele impetrado quando o indivíduo estiver preso ilegalmente ou por abuso de poder, ocasião que será expedido pela autoridade judiciária o *alvará de soltura*, podendo ser requerido em face da expressão "... sempre que alguém sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção..." conforme redação do art. 5º, LXVIII,CF/88.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.567.

³⁵ VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual Prático do Militar**. 2011 p.102.

2.2.4 Objeto E Sujeitos Do *Habeas Corpus*

2.2.4.1 Objeto

O objeto do habeas corpus é a liberdade de locomoção, em outras épocas o mesmo poderia ser usado para atacar outras formas de arbitrariedade, praticada contra qualquer tipo de liberdade, tais como: a liberdade de pensamento, de crença, de reunião e de expressão.

Atualmente este remédio heróico, conforme previsão constitucional, protege o direito do indivíduo de ir, vir, ficar, e de mover-se à vontade, desde que a lei não restrinja esta liberdade física. Conforme a lição de Vitore André Z. Maximiano “cabe lembrar que este remédio constitucional poderá ser impetrado, sem qualquer embaraço, mesmo na hipótese de inexistência de ação penal, desde que para atacar ato ilegal ou revestido de abuso de poder que causa o constrangimento ao direito de ir e vir de qualquer pessoa. Bastará o risco de ofensa ao direito de locomoção para se tornar viável o ajuizamento deste instrumento de defesa que, insiste-se, independe de ação penal em curso.”³⁶

Já para o constitucionalista José Afonso da Silva, assim esclarece: “ a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhora de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional”.³⁷

Por outro lado, se houver restrição prevista em lei, não caberá o *habeas corpus* em virtude da falta do objeto específico de sua tutela, que é a liberdade de locomoção. Para exemplificar, conforme o art. 659, do CPP: “Se o juiz ou tribunal verificar que já cessou a violência ou coação ilegal julgará prejudicado o pedido.”³⁸

Também o STF tem firmado entendimento que não cabe o *habeas corpus* quando a pena a ser aplicada ao caso seja exclusivamente de multa, por não haver ofensa ao direito de locomoção.

³⁶ MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Habeas Corpus**. São Paulo: Saraiva 2008. p.4.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 237.

³⁸ Código de Processo Penal. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

2.2.4.2 Sujeitos do Habeas Corpus

No *habeas corpus*, o autor da ação é chamado impetrante. O beneficiário que reclama a tutela jurisdicional é o paciente. E o responsável pelo ato ilegal ou revestido de abuso de poder que ameaça ou ofenda o direito de locomoção do paciente é o impetrado ou coator. São esses legitimados que serão agora analisados.³⁹

Paciente

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica. Poderá ser requerido pelo próprio paciente, por menor ou incapaz, brasileiro ou estrangeiro, por pessoa desprovida de capacidade postulatória ou pelo Ministério Público.⁴⁰

Do exposto, verifica-se que o paciente, o qual será analisado nesta pesquisa, é o militar que estiver na iminência de ser preso ou se já estiver preso disciplinarmente. Este militar que está tendo sua liberdade de locomoção ameaçada, conforme analisado, é tecnicamente identificado de “paciente”.

Impetrante

A pessoa que busca junto ao poder judiciário a proteção da liberdade de locomoção de alguém é denominada “impetrante”, e essa pessoa, com legitimidade ativa, poderá ser qualquer pessoa, independente de idade, sexo, posição social, profissão (militar ou não) ou nacionalidade. Percebe-se que não é obrigatória a presença de advogado. Caso o impetrante seja pessoa jurídica ou qualquer pessoa, não haverá necessidade de procuração.

Na hipótese de o *writ* ser impetrado por advogado, em defesa de seu cliente, não se exige a juntada de instrumento de procuração, em vista das especificidades deste remédio constitucional.⁴¹

³⁹ MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Op.cit.* 2008. p.13.

⁴⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op.cit.*, 2011.p.340.

⁴¹ MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Op.cit.* 2008. p.15.

Na falta de assinatura do impetrante, cabe destacar os ensinamentos e a citação de Diógenes Gomes:

O que não se pode, de jeito nenhum, é o impetrante deixar de assinar a petição do writ, conforme decisão recente do STF:
“EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PETIÇÃO INICIAL SEM ASSINATURA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. SUPERACÃO DAS ALEGAÇÕES. LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Há obstáculos intransponíveis ao conhecimento do *habeas corpus*: a) a ausência de assinatura da impetrante na petição inicial deste writ, a caracterizar ato inexistente; b) a orientação contida na Súmula nº 691, do STF, eis que se trata de impetração de *habeas corpus* contra decisão monocrática que indeferiu pedido de liminar requerida em outro writ anteriormente aforado perante o STJ. 2. Ainda que se admita a impetração do *habeas corpus* pelo próprio paciente e por pessoa que não possua capacidade postulatória em juízo, no caso concreto não se observa a assinatura da impetrante na petição inicial, a caracterizar ato inexistente e, por isso, insuscetível de propiciar qualquer apreciação acerca do mérito (grifos meus). 3. Houve mera decisão monocrática do relator do STJ no sentido do indeferimento do pedido de liminar, incidindo o óbice representado pela orientação acolhida na Súmula 691, desta Corte. 4. Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento do requerimento de liberdade provisória. 5. HC não conhecido.” (STF – HC nº 90937/GO – Segunda Turma – Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 02.09.08, DJe de 25.09.2008).⁴²

Autoridade coatora ou impetrado

O impetrado é quem causa a ameaça ou a violência ao direito de ir e vir do paciente. É aquele que dá a ordem para manter o paciente sob privação da liberdade ou sob risco de prisão iminente ou futura. Evidentemente que não será o carcereiro ou o agente que apenas fiscaliza a custódia, mas o responsável em ordenar propriamente o constrangimento ilegal. Aliás estabelece o art. 658 do CPP que “o detentor declarará à ordem de quem o paciente estiver preso”, permitindo, assim, a identificação da autoridade coatora.⁴³

Na seara militar, tanto federal ou estadual, a autoridade coatora será aquela autoridade com o poder de impor a punição disciplinar, sendo necessariamente militares. No âmbito das Forças Armadas, as autoridades que podem aplicar uma determinada sanção disciplinar, estão assim enumeradas nos seguintes regulamentos: art. 19, do RDMAR; art. 10, do RDE; e art. 42, do RDAER.

⁴² VIEIRA, Diógenes Gomes. *Op.cit.* 2011, p.10.

⁴³ MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Op.cit.* 2008. p.20.

2.2.5 Considerações Diversas

Apesar de não haver previsão constitucional, tanto a doutrina como a jurisprudência dos Tribunais são unânimes em possibilitar a concessão de liminar em *habeas corpus*, desde que haja o *periculum in mora* (probabilidade de dano irreparável) e o *fumus boni iuris* (elementos da impetração que indiquem a existência da ilegalidade no constrangimento).

Importante, ainda, tecer comentários sobre o princípio da encampação, também utilizado no *habeas corpus*, ocorrendo quando a autoridade coatora é erroneamente identificada. Todavia, devido ao fato de a mesma ser superior à erroneamente identificada e prestar informações, ou seja, defender-se do *writ* acaba por ratificar a ilegalidade, e assim fazendo, passará (encampação – ratificação da punição ilegal) a ser a autoridade coatora.⁴⁴

É oportuno ressaltar, neste item, a Súmula nº 694, do STF: “Não cabe *habeas corpus*” contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.”

E se ocorrer abuso de autoridade cometidos por militares, está assim esclarecido na Súmula nº 172, do STJ: “Compete à Justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.”

2.2.6 O Habeas Corpus Nas Punições Disciplinares

2.2.6.1 Cabimento do Habeas Corpus nas Punições Disciplinares

Conforme o ensinamento de Jorge César de Assis, nos tribunais e na doutrina, pode-se vislumbrar basicamente três correntes, quanto ao cabimento do *habeas corpus* nas punições disciplinares:

⁴⁴ VIEIRA, Diógenes Gomes. *Op.cit.* 2011, p.105.

A **primeira**, mais ortodoxa, inadmite o remédio heróico, pura e simplesmente.[...]

A **segunda corrente**, mitigada, ao mesmo tempo em que entende inviável o *habeas corpus* nas punições disciplinares, propugna que esta vedação está dirigida apenas ao mérito do ato disciplinar – que é de natureza administrativa.[...]

Por fim, a **última corrente**, extremamente liberal, permitiria a concessão ilimitada de *habeas corpus* em sede de transgressões disciplinares, permitindo analisar não só os aspectos legais do ato disciplinar atacado, mas inclusive o próprio mérito daquele ato administrativo essencialmente militar⁴⁵.(grifo nosso)

Conforme este autor, na 1ª corrente, poderíamos mencionar: Cretella Júnior, Walter Ceneviva e José Afonso da Silva.

Na segunda corrente, cabe mencionar: Gerson da Rosa Pereira, Ackel Filho, o próprio Jorge César de Assis, Pontes de Miranda. Já os tribunais brasileiros, juntamente com o STF, têm se inclinado a esta mesma corrente.

Não se poderia deixar de anotar, entretanto, a existência de corrente mais severa, capitaneada por José Luiz Dias Campos Júnior, que entende incabível não só o *habeas corpus* nas transgressões disciplinares como também em relação aos crimes militares próprios.⁴⁶

Nosso entendimento está em acordo com a segunda corrente. Ou seja, embora exista a vedação constitucional do cabimento do *habeas corpus*, nas punições disciplinares militares, esta restrição merece ser interpretada de acordo com a lei e sem a prática de atos abusivos ou ilegais.

Fazendo uma análise da nossa Lei Maior observamos o rol dos direitos fundamentais de 1ª geração estão definidos como cláusulas pétreas, neste rol não há nenhuma ressalva contra o cabimento do remédio heróico.

Para complementar nossa pesquisa, o Exmo Sr. Juiz Federal Jerônimo Belinati Martins, assim esclarece:

Além disso, a Constituição de 1988 ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, o qual constitui o núcleo básico do ordenamento constitucional brasileiro, buscou não só preservar, mas, acima de tudo, promover a dignidade da pessoa humana, de tal sorte que – já se disse alhures – sempre se poderá extrair o princípio a partir deste amplo rol protetivo. Aliás, a Carta se preocupou não apenas com a instituição mas também com a efetivação destes direitos, atribuindo um papel ativo ao cidadão e ao Judiciário. Buscou também superar a

⁴⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.* 2011. p. 186/187.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 188.

concepção de direitos subjetivos, para dar lugar a liberdades positivas, realçando o aspecto promocional da atuação estatal.⁴⁷

Cabe destacar que este “*writ*” é uma garantia de direitos fundamentais, podendo ser usado quando as demais disposições de Direito falharem na salvaguarda dos direitos de ir, vir e permanecer, evitando deste modo que pessoas sejam expostas a privações indevidas.

Apenas para reafirmar o entendimento do STF:

O entendimento relativo ao § 20 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, segundo o qual o princípio de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência **dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado a função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do art. 142 da atual Constituição**, que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar⁴⁸ (grifo nosso)

Para Vitore André Zilio Maximiano, ao discorrer sobre o assunto em comento, assim esclarece: “Vale lembrar que as carreiras militares primam fundamentalmente pela relação hierárquica entre seus membros, de modo que os respectivos regimentos fixam diversas punições administrativas que envolvem a privação de liberdade. Por esse motivo, o constituinte de 1988 estabeleceu a citada restrição. Ocorre que a vedação apontada no âmbito militar não pode ser considerada absoluta. A regra nesses casos é o não cabimento de *habeas corpus*, mas, havendo flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a pessoa ofendida poderá socorrer-se do remédio heróico.”⁴⁹

2.2.6.2 Inadmissibilidade do Habeas Corpus nas Punições Disciplinares

Ao longo desta pesquisa, verificamos algumas hipóteses em que não é possível a impetração de *habeas corpus*. Para facilitar nosso estudo, assim fica

⁴⁷ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**. Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá, 2003. p. 52.

⁴⁸ HC 70.648/RJ, Rel Moreira Alves, julgado em 9-11-1993, DJ de 4-3-1994, p.3289.

⁴⁹ MAXIMIANO, Vitore André Zilio. *Op.cit.* 2008. p.4.

demonstrado na lição do Dr. Jorge César de Assis, ao discorrer sobre a inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus* no tocante ao Direito Militar, a saber:

- a) Durante a vigência do estado de sítio (CF, arts. 137 e 138, I e II; caput; e 139, I e II), já que a própria Constituição prevê a suspensão de garantias constitucionais;
- b) Contra transgressão disciplinar, como demonstraremos a seguir; Se não há atentado contra a liberdade de locomoção, porque esta é *conditio sine qua non*, para a concessão do remédio jurídico;
- c) Para exame aprofundado e valoração das provas do processo, conforme mansa e pacífica jurisprudência.⁵⁰

Concordamos plenamente com este posicionamento, mas cabe acrescentar, conforme já estudado nesta monografia, que a punição disciplinar é um ato administrativo, sendo óbvio que o Poder Judiciário não pode julgar seu mérito, salvo nos casos em que a punição é aplicada por autoridade incompetente ou contra dispositivo legal.

2.2.7 A Análise Do Poder Judiciário

Conforme demonstrado, o magistrado ao analisar do cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, deverá analisá-lo sob o prisma da legalidade, analisando tanto o ato administrativo, bem como as garantias individuais.

Para facilitar nosso estudo, vejamos a jurisprudência do STJ (Recurso Ordinário em *habeas corpus* 2000/0017728-8):

PROCESSUAL PENAL. MILITAR. HABEAS-CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR. ART. 142, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. – Consoante o disposto no art. 142, §2º, da Constituição Federal, incabível o uso do habeas-corpus em relação a punições disciplinares militares. - **A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, sendo viável, portanto, a utilização do remédio tutelar constitucional da liberdade de locomoção, **relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais, a competência do agente, o direito de defesa e as razões em que se****

⁵⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.*, 2010. p. 30.

apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. - Na hipótese em que se ataca o mérito das razões que ensejaram a imposição da penalidade, o tema situa-se fora do alcance do habeas-corpus. - Recurso ordinário desprovido.⁵¹ (grifos nossos)

Neste aspecto, deve verificar se o ato administrativo, com todos os seus requisitos de validade e legitimidade, observando-se também se houve obediência a todas as garantias individuais previstas na CF/88. Assim destacam-se:

- Quanto a competência, deverá ser verificado se há falta de competência, ou seja, se a punição imposta for aplicada por militar incompetente ou de hierarquia inferior ao transgressor.
- Quanto à falta de motivo ao ato administrativo militar, deverá ser verificado se foi para atender um capricho pessoal e não legal da autoridade.
- Quando faltar finalidade ao ato administrativo, sabendo-se que para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.
- Quando faltar motivo determinante, que assegura ao administrado que a existência de motivos falsos vicia o ato administrativo.
- Quando houver desvio de poder, na qual a autoridade se utiliza de um fim alheia à vontade punitiva.
- Quando houver falta de motivação, ou seja, deve-se possibilitar ao punido saber, de forma específica, em que errou e por que foi punido, sendo ilegais fundamentos de forma genérica.

No mesmo sentido, quando faltar o devido processo legal, ou a ampla defesa, há possibilidade da impetração do *habeas corpus*.

Cabe destacar, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, da obrigatoriedade de um procedimento administrativo formalizado, que esclarece:

[...] surge, pois, uma questão de importância capital, qual seja, a de saber-se quando se deverá reputar obrigatória a instauração de um procedimento. Esta obrigatoriedade propor-se-á nos seguintes casos:
a) sempre que um interessado provocar manifestação administrativa. [...]

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. *Habeas corpus* nº2000/0017728-8, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF. 11 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 1º nov. 2011.

b)quando a providência administrativa a ser tomada, tendo efeitos imediatos sobre o administrado, envolver a privação da liberdade ou de bens. Isto porque o art. 5º, LIV, da Constituição estabelece: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵²

Com relação aos direitos fundamentais, a Lei Maior, traz a liberdade como regra fundamental, bem como, diversos dispositivos destinados a manutenção desse princípio elementar devem ser observados, tais como: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou à pessoa por ele indicada; o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e advogado; o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Do exposto, percebe-se que a instituição militar exige dos militares uma conduta regrada e rígida, calcada na hierarquia e na disciplina, em respeito à sua própria finalidade. Mas isso não autoriza dizer que não se deve obedecer à legalidade (art. 37, da CF), já que qualquer que seja a instituição estatal (militar ou não) encontra-se limitada, por meio dos princípios fundamentais do Estado, de forma que a compatibilização dos fatores faz com que a ordem jurídica obedeça aos princípios básicos exigidos pela sociedade, aplicáveis a todos, indistintamente, civis ou militares.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 504.

2.2.8 A Justiça Competente

Primeiramente é oportuno destacar que o presente estudo trata do cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, não abordaremos as infrações penais militares, quando o coator ou o paciente for militar das FFAA, cuja competência é da Justiça Militar, de acordo com o art. 124 da CF/88.

Para esclarecer, vejamos a redação da Carta Magna, sobre o assunto específico:

Art. 102. Compete ao **Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

c) **nas infrações penais comuns** e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e **os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica**, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o "**habeas-corpus**", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

[...]

Art. 109. Aos **juízes federais** compete processar e julgar:

[...]

VII - os "**habeas-corpus**", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; (grifo nosso)

[...]

Art. 124. À **Justiça Militar** compete processar e julgar os **crimes militares** definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da **Justiça Militar**⁵³. (grifo nosso)

Do exposto, verifica-se que a competência da Justiça Militar (art.124, da CF/88), refere-se apenas a crimes militares e se a autoridade coatora não for Comandante da Marinha, do Exército ou Aeronáutica, a competência será da Justiça Comum e não da Justiça Militar, mais especificamente do Juiz Federal de 1ª Instância. Por outro lado, se for um dos comandante das FFAA, a competência será do STF.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

Por fim, no caso dos militares estaduais (policiais e bombeiros militares), a competência para o processamento e julgamento do *habeas corpus* contra punições disciplinares é exclusiva da Justiça Militar Estadual, observando as peculiaridades dos Regimentos dos Tribunais de Justiça Militar de cada ente da federação.

Cabe complementar nosso estudo com os ensinamentos de Guilherme de Sousa Nucci, que assim esclarece:

Lembremos que o Tribunal de Justiça Militar, componente da Justiça Estadual, especializado em julgar policiais militares e integrantes do Corpo de Bombeiros Militares, está sujeito à jurisdição do STJ e não do STM (Superior Tribunal Militar). Este é apenas o órgão de segundo grau da Justiça Militar Federal e não o órgão de segundo grau da Justiça Militar Federal e não o órgão de cúpula de toda a Justiça Militar no Brasil. Nesse sentido: STF: CC7346, rel. Celso de Mello, 07.12.2006.⁵⁴

Na Constituição Federal, assim está definida a justiça competente para processar e julgar *habeas corpus* contra punições disciplinares envolvendo militares estaduais:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 4º Compete à **Justiça Militar estadual** processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra **atos disciplinares militares**, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º **Compete aos juízes de direito do juízo militar** processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais **contra atos disciplinares militares**, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares⁵⁵. (grifo nosso)

Atualmente, podemos complementar o assunto em comento, com os ensinamentos de Jorge César de Assis:

Em termos de Justiça Militar Estadual, temos uma nova divisão, seja, Justiça Militar Estadual completa em seus dois graus de jurisdição, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul; Justiça Militar Estadual apenas de primeiro grau, com a superior instância afeta ao Tribunal de Justiça que é o caso dos demais Estados e do Distrito Federal.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 1034.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

Nos Estados em que existe Tribunal Militar Estadual, a este compete o julgamento do pedido de *habeas corpus*, à semelhança do que ocorre com o E. Superior Tribunal Militar.

Nos Estados onde a superior instância é o Tribunal de Justiça, a este compete o processamento e julgamento do HC, quando a autoridade for o Comandante do paciente – incluindo aí as transgressões disciplinares.

A matéria não é pacífica, e hoje, com o debate da reforma do Judiciário está mais acalorada.

É necessário, entretanto, que haja previsão nas Leis de organização judiciária dos Estados, e que o Tribunal de Justiça preveja tal tipo de julgamento em seu Regimento Interno.

Quero chamar à atenção que, apesar do art. 125, § 4º, da CF/88, prever a criação da Justiça Militar Estadual, por Lei Estadual, poucos Estados, salvo engano, adequaram-se a esta nova realidade. E, já se passaram quase vinte anos.⁵⁶

Para finalizar a nossa pesquisa, neste tópico, por ser matéria ainda não regulamentada, não entraremos no mérito das possíveis modificações na estrutura da Justiça Militar da União denominada PEC 358/05.

⁵⁶ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.*, 2010. p. 38.

3 A CONSTITUIÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO

3.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Podemos chamar de constitucionalismo a evolução das relações entre governantes e governados que faz surgir à constituição. A doutrina não é pacífica ao afirmar nomenclaturas, fases e marcos do constitucionalismo.

De uma forma simples podemos dizer que a Constituição de um País é a lei máxima, localizada no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, sendo a fonte inicial de todas as demais normas. Estas devem adotar uma posição de obediência à Lei Maior que fixa todos os princípios gerais que formam o país.

Para muitos autores existem vários sentidos de constituição, neste sentido Uadi Lammêgo Bulos, afirma:

Constituição é o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, de forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder político[...] A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seguindo o magistério doutrinário, prefere adotar uma pluralidade de acepções [...]⁵⁷

A palavra Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico, ou seja, relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintas - até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado, objeto aqui de exame.⁵⁸

Podemos deduzir que a Constituição é o núcleo da formação de normas que regulam o funcionamento de todas as atividades do mecanismo social de um Estado, dando sua direção e a sua própria condição de existência e, portanto, havendo alguma norma que não esteja de acordo com aquela, que apresente alguma contradição, a mesma não merece prosperar e a própria Constituição apresentará a forma de ser extirpada, esta norma, do ordenamento jurídico vigente.

⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Op.cit.*, 2011.p. 94.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 80.

3.3.1 Princípios Constitucionais

3.3.1.1 Considerações Iniciais

O nosso objetivo é abordar sumariamente alguns princípios, expressos ou implícitos, que possam ter relevância jurídica na Administração Pública; especificamente, dando ênfase ao Direito Administrativo Militar.

Na análise dos princípios que incidem sobre os processos administrativos militares, vale dizer, sobre o Direito Disciplinar Militar, há que se ter extrema cautela a fim de que não se acabe por confundir o poder disciplinar da Administração Pública, com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal.⁵⁹

O poder disciplinar, como visto ao longo desta pesquisa, representa uma faculdade punitiva da Administração, sob o enfoque dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares. Por outro lado, a punição criminal é aplicada com interesse social, sob enfoque das leis penais pelo Poder Judiciário.

Analisaremos agora alguns princípios aplicáveis ao Direito Disciplinar Militar, elencados no transcorrer deste estudo.

3.3.1.2 Legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência

Conforme já exposto ao longo desta pesquisa, a Administração Militar, federal ou estadual, submete-se aos princípios específicos consagrados no art. 37, caput, da Carta Magna e, sem a pretensão de esgotar o assunto, os mesmos estão assim elencados sob a ótica militar:

O princípio da legalidade que significa que os diversos órgãos da administração atuarão submissos à lei, ou seja, só pode fazer o que a lei manda ou permite, e só pode proibir o que a lei proíbe. O administrador militar não pode se

⁵⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.* 2011. p. 200.

afastar ou se desviar dela, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade, disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

O princípio da moralidade refere-se a “moral administrativa”, que é aquela imposta ao servidor militar para guiar a sua conduta interna em consonância com as regras morais, segundo as exigências da instituição a que serve e, nesse caso, confunde-se com o princípio da probidade administrativa.

O princípio da impessoalidade em que o administrador militar deve buscar, por suas ações, sempre o interesse público; não deve visar a seus interesses pessoais; deve orientar-se tão somente pelo fim legal com os meios mais adequados para satisfazer o interesse público. Jamais o administrador público poderá agir para se promover, ou para perseguir desafetos.

O princípio da publicidade significa a divulgação dos atos dos agentes públicos para conhecimento e cumprimento, da parte dos administrados. A princípio, todos os atos dos agentes públicos devem ser publicados, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou em caso de interesses superiores da Administração Pública, que serão preservados em processo previamente declarado sigiloso. Enfim, com a publicidade busca-se um controle efetivo dos atos administrativos.

Por fim, o princípio da eficiência que foi introduzido pela emenda constitucional nº 19/98, denominada “Reforma Administrativa”, significa que os agentes públicos devem gerir os interesses públicos de modo a alcançar a melhor realização possível. Tem, portanto, os seguintes pressupostos: plena satisfação dos administrados e menor custo para a sociedade. Filosoficamente significa “a boa administração”.

3.3.1.3 Legalidade absoluta versus legalidade relativa

Para facilitar o estudo deste item, do ponto de vista militar, transcreveremos a lição do Promotor da Justiça Militar, o Dr. Jorge César de Assis:

Trazendo a discussão do princípio da legalidade para a previsão das transgressões disciplinares, iremos constatar que, no Brasil, atualmente, destacam-se duas correntes, a saber:

A da LEGALIDADE ESTRITA OU ABSOLUTA, fundada no art. 5º, inc. LXI, da CF/88, segundo a qual, todas as transgressões disciplinares devem estar previstas em lei formal, elaborada a partir do art. 59 e ss. da Constituição Federal.[...]

A da LEGALIDADE AMPLA OU RELATIVA, segundo a qual, o art. 5, inc. LXI, da Carta Magna, na parte em que se refere à transgressão disciplinar definida em lei, deve ser interpretado de forma ampla, tendo em vista a situação peculiar das Forças Armadas e de seus integrantes, cujos princípios de estrutura e manutenção também se encontram constitucionalmente protegidos.⁶⁰

Os seguidores da legalidade absoluta entendem que, a partir da CF/88, não é mais possível a edição de regulamento disciplinar editado por decreto, mas somente por lei. Os regulamentos anteriores à atual Carta Magna teriam sido recepcionados com o status de lei ordinária e só por elas poderão ser revogados ou modificados.

Os seguidores da legalidade relativa, os quais incluem o Promotor Jorge César de Assis, entendem que vige no Brasil, um princípio de legalidade ampla. Esta corrente aceita os regulamentos que especificam infrações e penas administrativas também por Decretos.

Assim, a fonte natural dos regulamentos disciplinares é, no nível federal, o art. 47 do Estatuto dos Militares, não cabendo então, por ser despicienda, qualquer discussão sobre a recepção ou não dos decretos anteriores a 1988, com *status* de lei ordinária. Defende esta corrente, que é o art. 47 da Lei 6.880/80–EM, que foi recepcionado pela Lei Maior, autorizando a edição de regulamentos disciplinares militares por decretos previdenciais.⁶¹

Para enriquecer nossa pesquisa, no tocante ao princípio da legalidade, quanto ao cabimento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no Recurso Ordinário em *Habeas-corpus* n. 88.543, da seguinte forma: “[...] a legalidade da imposição de punição constritiva de liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas-corpus* [...]”

Cabe destacar que a discricionariedade é do administrador público, e que o judiciário não pode invadir o mérito administrativo, porém a justiça pode analisar os outros requisitos do ato administrativo, para finalizar vejamos:

⁶⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.*, 2011. p. 202.

⁶¹ *Ibidem*. p.203.

Processo HC 5397/DF *HABEAS CORPUS* 1997/0000675-1 Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 28/05/1997 Data da Publicação/Fonte DJ 04/08/1997 p. 34649 Ementa- *HABEAS-CORPUS. MILITAR. PENA DISCIPLINAR. ART. 142, PAR. 2., DA LEI MAGNA - INCABIVEL, NOS TERMOS DO ART. 142, PAR. 2., DA CARTA DA REPUBLICA, HABEAS-CORPUS EM RELAÇÃO A PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES. - A RESTRIÇÃO, TODAVIA, CIRCUNSCREVE-SE AO EXAME DE MERITO. OS ASPECTOS EXTRINSECOS DO ATO QUE APLICOU A PUNIÇÃO DISCIPLINAR PODEM, CONTUDO, SER OBJETO DE APRECIÇÃO PELA VIA DO MANDAMUS.* - PEDIDO INDEFERIDO. Acórdão POR UNANIMIDADE, INDEFERIR A ORDEM Resumo Estruturado DESCABIMENTO, *HABEAS CORPUS*, APRECIÇÃO, MERITO, PENA DISCIPLINAR, MILITAR, PREVISÃO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, STJ, APRECIÇÃO, *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO, FALTA, EXPEDIÇÃO, MANDADO DE PRISÃO. Referência Legislativa LEG:FED CFD:000000 ANO:1988***** CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL ART:00142 PAR:00002 Doutrina OBRA : DIREITO CONSTITUCIONAL, EDIT. ATLAS, 1997, P. 123. AUTOR : ALEXANDRE DE MORAES (repertório de jurisprudência do Superior Tribunal Justiça).⁶²

3.3.1.4 Princípio da tipicidade

Este princípio, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88, é a famosa reserva legal utilizada no direito penal, mas que não encontra respaldo no direito administrativo e, conseqüentemente, nas transgressões disciplinares. Assim está definido na Lei Maior: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Para Maria Sylvia Zanella Di Prieto, ao contrário do direito penal, em que a atipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual, não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece à atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser

⁶² Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=167232>> Acesso em: 1º nov. 2011.

levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.

Por isso mesmo, na punição administrativa, a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem adequada da pena.⁶³

3.3.1.5 Princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário

Evitando abuso sobre os direitos das pessoas, este princípio está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pode-se afirmar que modernamente existem dois grandes sistemas de controle jurisdicional dos atos administrativos.

Um desses sistemas é denominado jurisdição ordinária, no qual os atos da administração pública se submetem à revisão perante o Poder Judiciário em sua quase-totalidade. É o denominado sistema de jurisdição única. A jurisdição denomina-se única porque tanto os atos particulares quanto aqueles emanados da administração pública se submetem à jurisdição comum.⁶⁴

Em outras palavras, o Brasil adotou o Sistema de Jurisdição Única, isto é, o controle do ato administrativo pela Justiça Comum, seja ela federal ou estadual. Conseqüentemente, o acesso ao Poder Judiciário poderá ocorrer a qualquer tempo, quando efetivamente, no caso concreto, ocorrer lesão ou ameaça de lesão a um direito líquido e certo

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.* 2011. p. 633/634.

⁶⁴ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 39.

3.3.1.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Na esperança de esclarecer que a prisão é a exceção e não a regra, o constituinte determinou em seu art. 5º, LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Também foi assegurado o contraditório e a ampla defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes, conforme redação do art. 5º, inciso LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Sendo assim, qualquer prisão por transgressão disciplinar deverá estar de acordo com o direito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, independente do processo administrativo disciplinar estar na esfera administrativa ou judicial.

Por contraditório e ampla defesa deve-se entender, além da observância pela Administração Militar do rito adequado, a cientificação do processo ao acusado, a oportunidade de contestar a acusação, produzindo as provas que entender necessárias e que sejam admitidas em Direito, o acompanhamento dos atos da instrução e a utilização dos recursos cabíveis.⁶⁵

Sobre o assunto em comento, assim esclarece o RDE, em seu art. 35, §§ 1º e 2º:

Art. 35. O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade.

§ 1º **Nenhuma punição disciplinar será imposta sem que ao transgressor sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa**, inclusive o direito de ser ouvido pela autoridade competente para aplicá-la, e sem estarem os fatos devidamente apurados.

§ 2º Para fins de ampla defesa e contraditório, são direitos do militar:

I - ter conhecimento e acompanhar todos os atos de apuração, julgamento, aplicação e cumprimento da punição disciplinar, de acordo com os procedimentos adequados para cada situação;

II - ser ouvido;

III - produzir provas;

IV - obter cópias de documentos necessários à defesa;

⁶⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.*, 2011. p. 208.

- V - ter oportunidade, no momento adequado, de contrapor-se às acusações que lhe são imputadas;
- VI - utilizar-se dos recursos cabíveis, segundo a legislação;
- VII - adotar outras medidas necessárias ao esclarecimento dos fatos; e
- VIII - ser informado de decisão que fundamente, de forma objetiva e direta, o eventual nãoacolhimento de alegações formuladas ou de provas apresentadas.(grifo nosso)

3.3.2 Inconstitucionalidade Da Vedação De *Habeas Corpus* Nas Punições Disciplinares Militares

Embora exista a vedação legal de concessão de *habeas corpus* na Carta Magna (§ 2º, art. 142, CF/88) para as punições militares, essa vedação é relativizada à medida que, se o ato administrativo que decretou a punição, no caso de prisão disciplinar, não observou os princípios que devem conter os atos administrativos válidos é competente o poder judiciário para analisar e conhecer o *habeas corpus* ao militar que esteja preso ilegalmente.

Após uma pesquisa na doutrina e jurisprudência, de forma abrangente, o assunto em comento está totalmente esclarecido pelos autores Adriano Sant'ana Pedra e Anderson Sant'ana Pedra, os quais passaremos a descrever.

O § 2º do artigo 142 prescreve uma exceção à regra trazida pelo artigo 5º, LXVIII, da CF, ao não permitir a utilização dessa importante garantia constitucional a punições disciplinares militares.⁶⁶

Pelo princípio da unidade da constituição, não há que se falar em inconstitucionalidade do §2º do artigo 142 em face do artigo 5º, LXVII, já que “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo a declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida” (STF, ADI nº 815/DF, Rel.Min. Moreira Alves, DJ 10.05.1996, p.15.131). Além do mais, a vedação foi trazida pelo poder constituinte originário, que, do ponto de vista jurídico, é incondicional, ilimitado e soberano na tomada de decisões, podendo, inclusive, trazer exceções às regras gerais.⁶⁷

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1709.

⁶⁷ Ibidem

Como dito, as Forças Armadas tem a hierarquia e a disciplina como princípios estruturantes, e para a manutenção destes, não cabe *habeas corpus* de punições disciplinares militares, sob pena de retirar a força da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas, já que poderia o *decisum* de um magistrado, alheio às peculiaridades das corporações militares, substituir a avaliação da autoridade militar acerca do cabimento da aplicação de uma punição disciplinar militar.⁶⁸

A vedação quanto a utilização do *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares abrange os militares da ativa e os da reserva, pois, como visto, a disciplina e a hierarquia devem ser mantidas em todas as circunstâncias entre os seus membros. Acerca disto, podem ser conferidas as súmulas 55 e 56 do STF.⁶⁹

Para se ter configurada uma transgressão disciplinar é imperioso a observação de quatro pressupostos: 1) hierarquia: o transgressor deve estar subordinado a quem o pune; 2) poder disciplinar: a lei deve atribuir poder de punir a esse superior; 3) ato ligado à atribuição: o fundamento da punição tem estar ligado à atribuição do punido; e, 4) pena: a sanção deve estar prevista em lei. Se ausente qualquer um desses pressupostos, não houve na verdade transgressão disciplinar. Daí decorre que o cerceamento da liberdade de locomoção, sendo ilegal, pode então ser sindicado pelo Poder Judiciário tendo, inclusive, o STF manifestado a respeito no HC nº 70.648 (Rel.Min. Moreira Alves, DJ 04.03.1994, p. 3.289).⁷⁰

Percebe-se, sem sombra de dúvidas, que o ponto polêmico, ao qual passaremos a abordar no próximo item, é o enfretamento formal da vedação imposta aos militares prevista no art. 142, §2, da CF, em detrimento da garantia material e individual, prevista no art. 5º, LXVIII, da CF/88, que assegura o remédio heróico em estudo.

Para finalizar, cabe salientar que o militar (independente de posto ou graduação), antes da situação de estar militar, é um cidadão brasileiro amparado pelas garantias constitucionais, podendo, sem sombra de dúvidas, usufruir de seus direitos fundamentais previstos na Constituição.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1709.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

3.3.3 Conflito De Normas Constitucionais

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, uma norma para ser inconstitucional deve ser posterior e conflitar com a Constituição. Nesse sentido, como conceber a idéia de uma norma inserida dentro da constituição seja inconstitucional?

Fazendo uma pequena análise topográfica da CF/88, denota-se que o seu Título II, abrange cinco grupos de direitos fundamentais, assim elencados: Direitos individuais, art. 5º; Direitos coletivos, art. 5; Direitos sociais, art. 6º e 193; Direitos à nacionalidade, art. 12; e Direitos políticos, art. 14 a 17.

É certo que todo o texto inserido no corpo da Magna Lei tem um valor jurídico relevante, contudo os preceitos e direitos ali elencados tem uma ordem de importância, de forma que os constitucionalistas modernos falam em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e até quinta geração. O direito à liberdade, de primeira geração, está logo no caput do art. 5º da CF/88, para todos, sem distinção entre civis ou militares, assim como o direito ao *habeas corpus* está firmado no inciso LXVIII deste artigo.⁷¹

A relevância das garantias e direitos fundamentais é de tamanha magnitude que o legislador constituinte de 1988 estabeleceu, no art. 60, § 4º, inciso IV: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais”.⁷²

Após esta breve consideração, percebe-se que o não cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, inserido no art. 142, § 2º, da CF/88, que é parte integrante do CAPÍTULO II, da SEÇÃO III, do Título V, da CF, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas segundo o qual, “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”, está em flagrantemente conflito com o art. 5º, inciso LXVIII “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

⁷¹ NASCIMENTO, José Marcos do. **Prisão Administrativa Militar**. A Denegação do Habeas Corpus. (s.c.): Nossa Livraria, 2011. p. 82.

⁷² NASCIMENTO, José Marcos do. *Op.cit.*, 2011. p. 82.

Ao longo do texto da Lei Maior, este conflito vai se estendendo em face do inciso XXXV, do art. 5º da CF/88 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, também, com o art. 5º, *caput*, da CF/88. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade...”.

Como se não bastasse os conflitos supracitados extrapolam as barreiras de nosso País, pois, também vai de encontro com o art. 7.º, n.º 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a saber:

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 prevêm 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 pessoa.⁷³

Continuando nosso raciocínio, o art. 25.º, n.º 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim determina:

Toda pessoa tem o direito a um recurso simples e rápido ou qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.⁷⁴

Numa leitura clara e cuidadosa das disposições do texto do tratado, não consta que o recurso simples e rápido (leia-se *habeas corpus*) seja restringido aos militares, quando tendo sua liberdade de ir e vir limitada por prisões disciplinares ilegais, ou abusivas.⁷⁵

Ressaltamos que por força do § 2.º, do art. 5.º, da CF, que prevê expressamente que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados que a República Federativa do Brasil seja parte, sendo que por meio do decreto legislativo nº 27, de 25 de outubro de 1992,

⁷³ Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 1º nov. 2011.

⁷⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 1º nov. 2011.

⁷⁵ NASCIMENTO, José Marcos do. *Op.cit.*, 2011. p. 84.

promulgada pelo decreto do executivo nº 678, de 6 de novembro de 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado Pacto de São José da Costa Rica, que passou a ser norma interna de conteúdo constitucional, conforme prevê o §3º, inciso LXXVIII, art. 5º, CF/88 por tratar de direitos e garantias fundamentais asseguradas aos cidadãos da América.

Do exposto, não nos resta dúvidas quanto ao conflito de normas que a vedação de *habeas corpus* nas punições militares, prevista no art. 142, § 2º, apresenta não só com outras normas constitucionais, de cunho de garantia dos direitos fundamentais do cidadão, com princípios constitucionais consagrados neste mesmo aspecto. Caso fosse a intenção do constituinte de limitar o seu cabimento nas transgressões disciplinares o teria feito expressamente no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, o que não ocorreu. Sem muita pretensão poderíamos constatar este conflito de normas dentro da própria constituição, uma vez que são normas de mesma fonte e igual força normativa.

3.3.4 Solução De Conflito De Normas Constitucionais

Ao longo desta monografia, deparamos com a idéia de normas que se contraponham dentro da própria Constituição. Para dirimir dúvidas sabemos que quando a lei é omissa o juiz deve julgar de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme prevê o art. 4º, da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Mas a maior dificuldade é quando houver várias possibilidades da aplicação da norma.

Bem mais delicado é o conflito entre os princípios de Direito Natural e os do Direito positivo, pátrio ou comparado. É o problema da “resistência às leis injustas”, ou da não-obediência ao que é “legal”, mas não é “justo”. Na prática a questão se resolve ou se ameniza, através de processos interpretativos, graças aos quais a regra jurídica “injusta” vai perdendo as suas arestas agressivas, por sua correlação com as demais normas, no sentido global do ordenamento.⁷⁶

Concordamos plenamente com esta idéia, pois, em um passado próximo o Poder Judiciário sequer analisaria o *habeas corpus* impetrado por militar no caso específico de uma punição disciplinar.

Com a evolução da sociedade, vão modernizando-se, também, suas instituições e ciências, o direito não é diferente. Assim, acreditamos que, em um futuro próximo, esta vedação formal a concessão de *habeas corpus* para as punições militares seja extraída da nossa Lei Maior em virtude do atual grau de desenvolvimento da humanidade e do seu ordenamento jurídico. Além do mais, diante de tais avanços e conquistas seria incompatível e contraditória uma idéia de restrição de garantias e direitos fundamentais do cidadão.

3.3.5 Uso Subsidiário Do Mandado De Segurança

Outra solução cabível do ponto de vista legal para a vedação de análise do *habeas corpus* nas punições disciplinares, seria a utilização de outro remédio

⁷⁶ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p.313.

constitucional com caráter subsidiário, previsto no art. 5º, inciso LXIX, da CF/88, onde prevê o uso de mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*. Nesse caso, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, em que se poderia inserir a autoridade militar. Não nos resta dúvida que o direito de liberdade de locomoção de qualquer cidadão (civil ou militar) é um direito líquido e certo.

Neste sentido, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] quando prevê o mandado para proteger “direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*”; como este é cabível para proteção do direito de locomoção (art. 5º, LXVIII), ele exclui o cabimento o mandado de segurança, salvo no caso de punições disciplinares militares, porque aqui não cabe *habeas corpus*, conforme artigo 142, §2º, da Constituição. **A exclusão do *habeas corpus* não impede a propositura de mandado de segurança**, já que nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). (grifo nosso).⁷⁷

Ainda, na lição do Promotor da Justiça Militar, Dr. Jorge César de Assis, ao discorrer sobre restrições ao mandado de segurança, assim define:

Dentre as várias hipóteses de restrições ao cabimento do **mandado de segurança** (direito amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*⁷⁸; contra lei em tese⁷⁹; contra despacho em decisão judicial em que haja previsão de recurso⁸⁰), cremos que duas hipóteses estão intimamente relacionadas com o Direito Disciplinar Militar, a saber:

A primeira, que impede o mandado de segurança contra ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução, previsto no art. 5º, I, da LMS. Se a lei ou decreto prevê expressamente o efeito suspensivo do recurso, o ato punitivo não gera efeitos, de sorte que não causa nenhuma lesão enquanto o recurso não for decidido. Falta, portanto, uma das condições da ação que é o interesse de agir. Como exemplo, citamos o Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de São Paulo e o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul, onde o efeito suspensivo dos recursos disciplinares é previsto.

A segunda restrição, impetração contra ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (LMS, art.5º, III), deve ser interpretado com cautela, sob pena de se inviabilizar o recurso ao mandado de segurança no direito disciplinar militar. A Lei 1.533 é de 1951, devendo, por óbvio, se adaptar ao mandamento constitucional que assegura o remédio da segurança e a inafastabilidade do acesso ao Judiciário. Com isso queremos dizer **que o**

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.* 2011. p. 790/791.

⁷⁸ CF, art. 5º, LXIX.

⁷⁹ Súmula 266, do STF.

⁸⁰ Lei 1.533/51, art. 5º, II.

fato de ser ato disciplinar não tem o condão de restringir o alcance do mandado de segurança, e a análise de seu cabimento, e da viabilidade da concessão ou não da segurança pleiteada, far-se-á no caso concreto, pelo magistrado.⁸¹(grifo nosso)

Cabe destacar, também, a competência para processar e julgar o MS, conforme previsão constitucional, *in verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

[...]

VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

Ainda nesse sentido, o Exmo Sr. Heraldo Garcia Vitta, Juiz Federal Titular da 2ª Vara de Bauru, assim esclarece:

Com efeito, embora os militares possam ser presos sem ordem judicial, nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, bastando à determinação de autoridade superior (evidentemente, depois do contraditório e da ampla defesa), e não haja possibilidade, em tese, de impetrar *habeas corpus*, nas punições disciplinares militares, o mandado de segurança pode ser utilizado para casos diferentes da liberdade de locomoção, exclusivamente.

Quanto a competência para o processo e julgamento do mandado de segurança impetrado contra autoridades militares, em princípio, é da Justiça Estadual (se a autoridade coatora for militar dessa unidade federativa) ou da Justiça Federal (se a autoridade coatora for militar federal).⁸²

Complementando o presente assunto, cabe mencionar os ensinamentos do Exmo Sr. Cássio Scarpinella Bueno:

Assim, mesmo que se trate de ato disciplinar, seu controle jurisdicional pelo mandado de segurança não pode ser descartado de plano. Faz-se necessário prévio exame do ato para verificar em que condições ele, embora discricionário ou, quando menos, rotulado de discricionário, foi praticado e em que condições os padrões de legalidade e de juridicidade que devem presidir a prática de qualquer ato administrativo foram observados, inclusive em se tratando de atos disciplinares. Se nesse exame se constatar que tais padrões foram devidamente observados – também no que diz respeito à competência das “formalidades essenciais” – descabe a

⁸¹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Op.cit.*, 2011. p. 309/310.

⁸² VITTA, Heraldo Garcia. **Mandado de Segurança**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.77.

declaração de nulidade do ato mesmo em sede de mandado de segurança. O que não pode prevalecer é que por detrás de uma ato chamado de “discricionário” se esconda ilegalidade ou abuso de poder. Havendo suspeita da ocorrência de qualquer desses vícios, o mandado de segurança (e, mais amplamente, o controle jurisdicional) tem pleno cabimento.⁸³

Esse posicionamento também é fortalecido pelo Sr. Alberto Bento Alves⁸⁴ e Sr. Paschoal Mauro Braga Mello Filho⁸⁵, ambos da Marinha do Brasil:

O remédio Constitucional Mandado de Segurança em sede de transgressão disciplinar é cabível, visto que não o é, *a priori*, o *Habeas Corpus*, por vedação expressa na Constituição. É importante, ainda, levar em consideração que o mandado de segurança é o remédio oportuno quando não for possível a utilização do primeiro e, ainda, que o recurso em sede de cumprimento de pena disciplinar, interposto pelo interessado, não trará efeito suspensivo do cumprimento da pena, sendo, pelo contrário, exigido o seu cumprimento para, então, haver a propositura do aludido recurso, que poderá seguir a cadeia hierárquica, até o mais alto grau dentro da instituição, tendo, como possibilidade, o cancelamento da punição aplicada com retificação nos assentamentos do militar.

Portanto, pode-se afirmar que o mandado de segurança em sede de transgressão disciplinar, se houver ilegalidade e/ou abuso de poder por parte da autoridade coatora, será cabível, pelo fato do recurso em sede de pena disciplinar não possuir efeito suspensivo do cumprimento da pena, sendo, pelo contrário, exigido o seu cumprimento.⁸⁶

Não querendo esgotar o assunto e conforme analisado, acreditamos que o militar que tiver sua liberdade de locomoção restringida por um ato arbitrário de uma autoridade, não querendo correr o risco de não ter sua pretensão analisada na impetração de *habeas corpus* a opção correta seria a impetração de um mandado de segurança. Ou seja, este outro “remédio constitucional” salvador para cessar o abuso cometido ou a ilegalidade.

⁸³ BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 40-41.

⁸⁴ Capitão de mar e guerra da Marinha do Brasil, Instrutor, Professor de Direito e Assessor Jurídico da Escola Naval.

⁸⁵ Capitão de corveta da Marinha do Brasil, Instrutor, Professor de Direito e Assessor Jurídico da Escola Naval.

⁸⁶ RAMOS, Dircêo Torrecillas (Coord.); COSTA, Ilton Garcia da (Coord.); ROTH, Ronaldo João (Coord.). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 496

CONCLUSÃO

Finalizando nossa pesquisa, pudemos concluir que a vedação constitucional de concessão de *habeas corpus* ao militar, prevista no § 2º, do art. 142, da Constituição Federal de 1988, deve ser relativizada, tendo em vista que o ato o qual decretar a prisão disciplinar constitui-se em um ato administrativo, e, por isso, é mister a observância de todos os princípios de validade que o norteiam.

A nossa Carta Política, no seu inciso XXXV, art. 5º, traz a previsão da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça a direito. Pode-se deduzir que a Administração tem todo o direito de punir o militar, por outro lado, este tem do direito de exercer a sua defesa, com base no devido processo legal.

Nesse sentido, não deve o Judiciário recusar-se a apreciação de *habeas corpus* impetrado por um militar, somente levando em consideração a vedação constitucional. Pelo contrário, deve analisá-lo e se houver carência de algum requisito de validade, deve conceder ao paciente o direito de sua liberdade de locomoção.

Concluimos que há necessidade de análise de *habeas corpus* pelo judiciário, e então, se for o caso, possibilidade de concessão aos militares, em sede de punição disciplinar que venha a privá-lo de sua liberdade de locomoção de forma arbitrária.

Chegamos, também, ao entendimento de que a possibilidade de fazer cessar a restrição de liberdade de locomoção imposta de forma arbitrária, por abuso de poder ou ilegalidade deve ser o Mandado de Segurança, pelo caráter subsidiário que o mesmo exerce, pois, a exclusão de *habeas corpus* não impede a propositura daquele, já que tem a função de proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* (art. 5º, LXIX, da CF/88), pois, nenhuma lesão ou ameaça de direito pode ser descartada pelo Poder Judiciário de apreciação (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Quanto à possibilidade de direito, concluimos, também, que embora os militares, por força de disposições regulamentares, possam encontrar-se sujeitos aos princípios de *hierarquia* e *disciplina*, que em nenhum momento pode significar

que os seus direitos e garantias fundamentais como cidadão brasileiro possam ser negados.

O militar, assim como qualquer outro cidadão, que se sinta constrangido em seu direito de ir e vir, está legitimado a interpor *habeas corpus*, que é uma garantia assegurada a todos os brasileiros e até mesmo aos estrangeiros, residentes no país ou que estejam de passagem no território nacional, conforme as regras da Convenção Americana de Direitos Humanos e Declaração Universal de Direitos Humanos.

Do exposto, o Poder Judiciário, de acordo com a doutrina e jurisprudência dominantes, com relação ao cabimento de *Habeas Corpus* nas transgressões disciplinares, deverá apreciá-lo no tocante a sua inconstitucionalidade ou a ilegalidade dos atos dos poderes públicos, sendo defeso verificar se as decisões foram justas ou injustas, para não entrar no mérito do ato administrativo.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, João Rodrigues. **O Uso Político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad, 2007

ASSIS, Jorge Cesar de. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Curitiba: Juruá, 2004.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. Curitiba: Juruá, 2011.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Direito Militar Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1980.

BRASIL. Decreto n. 4.346 de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 ago. 2002.

BRASIL. Decreto n. 76.322 de 22 de setembro de 1975. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 set. 1975.

BRASIL. Decreto n. 88.545 de 26 de julho de 1983. Aprova o Regulamento Disciplinar da Marinha e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jul. 1983.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A Nova Lei do Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional ao alcance de todos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002

CONVENÇÃO AMERICANA de Direitos Humanos. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/>>. Acesso em: 3 set. 2011.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar, Doutrina Jurisprudência Legislação**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Doutrina Legislação e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACHADO, Osmar Fernandes. O habeas corpus e suas limitações no Direito Militar: incompetência do 1º Grau de Jurisdição da Justiça Militar para apreciar o remédio heróico. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília-DF. n. 20, nov 2007.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade**. (s.c.): Direito 1996.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**. Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MAXIMIANO, Vitore André Zilio. **Habeas Corpus**. São Paulo: Saraiva 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, José Marcos do. **Prisão Administrativa Militar**. A Denegação do *Habeas Corpus*. (s.c.): Nossa Livraria, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed. São Paulo: RT, 2008.

RAMOS, Dirceô Torrecillas (Coord.); COSTA, Ilton Garcia da (Coord.); ROTH, Ronaldo João (Coord.). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1985

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu. **Aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos no Direito Administrativo Disciplinar Militar**. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br>>. Acesso em 1º nov. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual Prático do Militar**. Pernambuco: D&F, 2011.

VITTA, Heraldo Garcia. **Mandado de Segurança**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.