



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Augusto Cezar Rodrigues Santos

**SANÇÕES DISCIPLINARES MILITARES E O INSTITUTO DO HABEAS CORPUS:
SUA LEGALIDADE NO CONTEXTO JURÍDICO VIGENTE**

Juiz de Fora

2012

AUGUSTO CEZAR RODRIGUES SANTOS

**SANÇÕES DISCIPLINARES MILITARES E O INSTITUTO DO HABEAS CORPUS:
SUA LEGALIDADE NO CONTEXTO JURÍDICO VIGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes

JUIZ DE FORA

2012

AUGUSTO CEZAR RODRIGUES SANTOS

**SANÇÕES DISCIPLINARES MILITARES E O INSTITUTO DO HABEAS CORPUS:
SUA LEGALIDADE NO CONTEXTO JURÍDICO VIGENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luiz Eduardo Moura Gomes - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.
Universidade Federal de Juiz de Fora

Eu creio em mim mesmo. Creio nos que trabalham comigo, creio nos meus amigos e creio na minha família. Creio que Deus me emprestará tudo que necessito para triunfar, contanto que eu me esforce para alcançar com meios lícitos e honestos. Creio nas orações e nunca fecharei meus olhos para dormir, sem pedir antes a devida orientação a fim de ser paciente com os outros e tolerante com os que não acreditam no que eu acredito. Creio que o triunfo é resultado de esforço inteligente, que não depende da sorte, da magia, de amigos, companheiros duvidosos ou de meu chefe. Creio que tirarei da vida exatamente o que nela colocar. Serei cauteloso quando tratar os outros, como quero que eles sejam comigo. Não caluniarei aqueles que não gosto. Não diminuirei meu trabalho por ver que os outros o fazem. Prestarei o melhor serviço de que sou capaz, porque jurei a mim mesmo triunfar na vida, e sei que o triunfo é sempre resultado do esforço consciente e eficaz.

(MAHATMA GANDHI)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por guiar-me e consolar-me em todos os momentos, derramando sua unção e amor em minha vida.

Aos meus familiares, minha mãe pelo seu acompanhamento, paciência, credibilidade, amor e admiração, ao meu pai pela confiança e admiração.

Agradeço a minha companheira, tão presente em minha vida, sempre com seu carinho, compreensão e companheirismo.

Agradeço ao meu filho, que com pouca idade sentiu minha ausência, ainda que momentânea, em virtude da busca pelo aperfeiçoamento, mas que foi um motivo de grande inspiração e de força para que eu pudesse superar os obstáculos que apareceram no caminho.

Não posso deixar de ressaltar os mestres que foram fundamentais para a conclusão não somente do curso, mas minha formação pessoal e intelectual.

Em especial ao professor Luiz Eduardo Moura Gomes por sua orientação sempre constante e independente de qualquer data, horário ou circunstância, sempre disposto a sanar minhas dúvidas por mais que superficiais.

Enfim, agradeço a todos aqueles que estão presentes em minha vida e participaram desta conquista.

RESUMO

O presente estudo tem como proposta aprofundar o entendimento do tratamento do Habeas Corpus, antes de mais nada uma garantia constitucional, a ser aplicado diante de situações de cerceamento ou ameaça ao direito à liberdade de locomoção. O trabalho em questão traz o instituto do Habeas Corpus como meio de suprimir a coação ou constrangimento, mesmo que presente ou em iminência de ocorrer. Embora nas prisões e sanções disciplinares nas esferas Militares, seja no Exército, Marinha ou Aeronáutica, esta garantia constitucional sofra restrições, ela é consagrada e caracterizada por ser um direito Fundamental ao indivíduo, matéria expressa em nosso art. 5^a, LXVIII, CF/88. Neste estudo serão abordadas questões que ensejam a impetração do Habeas Corpus e as situações fáticas em que cabe tal instituto. E ainda os momentos em que seria cabível junto a questões disciplinares no âmbito militar.

Palavras - chaves: Habeas Corpus, Impetração, Esfera Militar.

ABSTRACT

The present study is to deepen the understanding of the proposed treatment of Habeas Corpus, first and foremost a constitutional guarantee, also nicknamed the remedy to be applied in situations of threat or restriction of the right to freedom of movement. The work in question bears the Institute of Habeas Corpus as a means of suppressing coercion or constraint, even if this occurs or eminence. Although prisons and disciplinary spheres Military, is in the Army, Navy or Air Force, this constitutional guarantee is restricted, such a guarantee is consecrated and characterized by being a fundamental right to individual matters expressed in our art.5 th, LXVIII, CF / 88. This study will address issues that lead to the filing of Habeas Corpus and the factual situations that fit this institute. And the times when it would be appropriate along the disciplinary issues in the military.

KEYWORDS: Habeas Corpus, filing, Military Ball.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI ou ADIN - Ação de Inconstitucionalidade

Art. - Artigo

CF - Constituição Federal

CPP - Código de Processo Penal

CPPM - Código de Processo Penal Militar

FATD - Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar Militar

HC - Habeas Corpus

RDE - Regulamento Disciplinar do Exército

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 A PROFISSÃO MILITAR.....	10
2.1 Características da Profissão Militar.....	10
2.2 Princípios básicos da Profissão Militar.....	12
2.3 Processo administrativo disciplinar militar	13
3 INSTITUTO DO HABEAS CORPUS	17
4 HIPÓTESES DE CABIMENTO	22
4.1.1 Hipótese do inciso I do art. 648 CPP.....	23
4.1.2 Hipótese do inciso II do art. 648 CPP.....	24
4.1.3 Hipótese do inciso III do art. 648 do CPP.....	25
4.1.4 Hipótese do inciso IV do art. 648 do CPP.....	25
4.1.5 Hipótese do inciso V do art.648 do CPP.....	26
4.1.6 Hipótese do inciso VI do art.648 do CPP.....	27
4.1.7 Hipótese do inciso VII do art.648 do CPP.....	28
4.1.8 Impetração de Habeas Corpus em Hipótese de Punição Disciplinar Ilegal.....	28
5 COMPETÊNCIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS.....	35
5.1 Competência para apreciação.....	35
5.2 Legitimação.....	36
5.3 Questionamento da ADI 3340.....	37
5.4 Impetração do habeas corpus e exaurimento vias administrativa.....	42
5.5 Consequências da prisão disciplinar ser considerada Ilegal ao julgar do Poder Judiciário	44
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado neste estudo tem como pressuposto e embasamento o que foi estabelecido na Constituição de 1988, no que tange aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, garantias estas precípuas e indisponíveis, as quais, uma vez presentes na Constituição, garantem a todos os cidadãos, dentre outros, o direito à liberdade de locomoção, de “ir e vir”. A relevância do reconhecimento da liberdade dos indivíduos é matéria inquestionável, sendo fundamental num Estado Nação que almeja a igualdade, a liberdade e o desenvolvimento. Tal garantia quando restringida ilegalmente, ou, carente de argumentos e/ou fatos, seja em caráter definitivo ou cautelar deve ser combatida através do remédio constitucional conhecido como Habeas Corpus (HC).

Nosso objetivo se respalda neste posicionamento, onde a liberdade como um direito fundamental resguardado, não pode ser violada sem respaldo e embasamento concreto, pois caso ocorresse teríamos nítida violação do texto constitucional. Em nosso estudo destacaremos a aplicação desse instituto nas sanções à transgressões disciplinares militares cerceadoras da liberdade.

O direito do cidadão não ter sua liberdade de locomoção restringida, é uma garantia fundamental, inserida dentre as cláusulas pétreas. Procedente do latim, pétreas significa em sentido literal “petrificadas”, imutáveis, o que faz com que tais cláusulas assumam uma grande importância no texto constitucional. São consideradas como dispositivos constitucionais norteadores do estado democrático de direito que não podem ser modificados, alterados ou extintos pelo Poder Constituinte derivado, demonstrando, por oportuno, a grande importância que tem no texto constitucional e no ordenamento jurídico.

À luz da democracia, em nítido momento e desenvolvimento histórico, nossa nação possui como norte os Direitos Humanos, os quais abrangem todo e qualquer cidadão, ou seja, antes mesmo da assunção de qualquer vínculo ou posição perante o Estado, o cidadão terá, intrinsecamente, sua característica de indivíduo de direito. Destacamos a igualdade de todos os cidadãos em relação a seus direitos e deveres.

No entanto, há de se convir que existem elementos, ou seja, cidadãos que complementam a sociedade, que num fim mais próximo e objetivo assumem responsabilidades acrescidas de onerosidade com vista ao coletivo. Diria que são pessoas complementadoras da ordem necessária, com significativa participação na ordem coletiva, na construção dos pilares de nossa nação, como por exemplo, os militares, representantes das Forças Armadas. Cidadãos estes incumbidos de representar a defesa de nossa nação em casos

extremos, na proteção do território nacional de ameaças à soberania, e até mesmo, trazendo para a atual conjuntura nacional, no cotidiano, atuando de maneira imprescindível na manutenção da lei e da ordem em nossa sociedade e garantindo a preservação e manutenção dos poderes constitucionais. Os representantes das Forças Armadas ora mencionados são cidadãos de direito como os demais, mas não tão “comuns” como os outros elementos da sociedade, uma vez que trazem consigo tamanha onerosidade e peculiaridade como veremos a seguir.

Em virtude desta peculiaridade, o direito de locomoção, que é garantido constitucionalmente, apresenta ressalvas e uma delas recai sobre a figura do militar, a qual é foco do presente estudo. Seria a contida no art. 466, parágrafo único, alíneas “a” e “b”, do Código de Processo Penal Militar, onde observamos em sua redação uma exceção à aplicação do habeas corpus em sede de punições disciplinares aplicadas de acordo com os regulamentos das Forças Armadas e das Polícias e Bombeiros Militares estaduais.

Para melhor desenvolvermos o presente estudo acadêmico, trabalharemos os capítulos da seguinte forma:

Na introdução serão feitas as considerações a respeito do tema.

O segundo capítulo apresentará a profissão militar com suas características elementares, seus princípios, e o processo administrativo disciplinar militar.

Já o terceiro capítulo versará sobre o instituto do habeas corpus propriamente dito, suas espécies, requisitos e exceções à sua utilização.

O quarto capítulo abordará as hipóteses de cabimento do habeas corpus, bem como a possibilidade de impetração de habeas corpus em hipótese de punição disciplinar ilegal.

No quinto capítulo trataremos da competência para apreciação, legitimação para impetração, o questionamento da ADI 3340, a impetração do habeas corpus e o exaurimento das vias administrativas bem como as consequências da prisão disciplinar ser considerada ilegal ao julgar do Poder Judiciário.

Por fim, trabalharemos nossa conclusão, onde sintetizaremos todos os argumentos apresentados ao longo do trabalho em favor a utilização do remédio constitucional do habeas corpus em sede de transgressão disciplinar militar.

A metodologia utilizada para tanto foi a da pesquisa bibliográfica feita nas áreas do Direito Constitucional, Administrativo e Administrativo Militar, este último, através dos estudiosos como Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, Jorge César de Assis, Diógenes Gomes Vieira, entre outros, além dos julgados dos tribunais superiores referente ao assunto proposto.

2 A PROFISSÃO MILITAR

Diniz entende que a profissão militar tem revelado aspectos singulares, uma vez que os países perceberam em suas Forças Armadas a importância da existência de um grupo forte, capaz de tomar decisões, bem como de atuarem contra ameaças à sua soberania e independência, ressaltando que os recursos humanos altamente qualificados, treinados, motivados e equipados são os fundamentos de qualquer Força Armada, contribuindo assim para atingir o objetivo principal de uma sociedade, o bem estar comum.

Para Oliveira, o militar é um ocupante de cargo ou função pública militar, com suas graduações e postos, respectivamente com a escala nos diversos círculos hierárquicos previstos nos seus Estatutos.

Esta mesma profissão diferencia - se de outras por apresentar características, princípios, costumes e regulamentos peculiares, tendo em vista estar em jogo vidas, liberdades, ordem, igualdade entre os povos e a manutenção de um Estado forte, ou seja, um Estado Democrático de Direito.

2.1 Características da Profissão Militar

As características da profissão militar chamam a atenção de todos, até mesmo daqueles que não acreditam na sua importância pois apresenta - se como uma profissão que atrai para si os olhos daqueles que a precisam e desprezo daqueles que a combatem.

A profissão militar, submete o profissional a exigências muito peculiares, que não são impostas, na sua totalidade, a nenhum outro servidor. Dentre essas exigências vale lembrar: risco de vida permanente; sujeição a preceitos rígidos de disciplina e hierarquia; dedicação exclusiva; disponibilidade permanente; mobilidade geográfica; vigor físico; proibição de participar de atividades políticas; proibição de sindicalizar-se e de participação em greves ou em qualquer movimento reivindicatório; restrições a direitos sociais; dentre os quais incluem-se: remuneração do trabalho noturno superior à do trabalho diurno; jornada de trabalho diário limitada há oito horas; repouso semanal remunerado; e remuneração de serviço extraordinário, que extrapole às oito horas diárias estabelecidas pela Constituição como limite ao trabalho normal para as demais categorias. Vínculo com a profissão mesmo na inatividade; sujeição a regulamentos disciplinares e códigos penais militares.

Alguns segmentos da sociedade declaram através dos meios de comunicação, formadores de opinião, de haver injustiça no fato dos militares da União possuir direitos que outros trabalhadores não possuem. Não seriam as das maiores injustiças tratar com igualdade os que exercem atividades distintas?

Durante toda a sua carreira, o militar convive com risco. Seja nos treinamentos, na sua vida diária ou na guerra, a possibilidade iminente de um dano físico ou da morte é um fato permanente de sua profissão, exercício da atividade militar, por natureza, exige o comprometimento da própria vida.

O militar não pode exercer qualquer outra atividade profissional, o que o torna dependente de seus vencimentos, historicamente reduzidos, e dificulta o seu ingresso no mercado de trabalho, quando na inatividade, o mesmo ainda se mantém disponível para o serviço ao longo das 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial, além de pode ser movimentado em qualquer época do ano, para qualquer região do país, indo residir, em alguns casos, em locais inóspitos e destituídos de infraestrutura de apoio à família.

Ao contrário de outras categorias profissionais, os militares não dispõem de um sistema de previdência. O que garante a segurança da família, após a sua morte, é a instituição da pensão, para a qual todo militar contribui com 7,5% de sua remuneração bruta durante o período em que está em atividade e, também, após passar para a reserva ou ser reformado.

O exercício da profissão militar exige uma rigorosa e diferenciada formação. Ao longo de sua vida profissional, o militar de carreira passa por um sistema de educação continuada, que lhe permite adquirir as capacitações específicas dos diversos níveis de exercício da profissão militar e realiza reciclagens periódicas para fins de atualização e manutenção dos padrões de desempenho.

Maria Zanella Di Pietro (2007) afirma que os servidores públicos militares gozam dos mesmos direitos de um trabalhador privado, referente à 13º salário, salário-família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença à paternidade e assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os seis anos de idade em creches e pré-escolas, além, de fazerem jus a alguns direitos do servidor público: teto salarial, irredutibilidade de vencimentos e outro previsto nos art. 142, 3º, VIII e art. 7º, VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV.

A autora entende ainda que os militares destacam - se pela dedicação exclusiva, não podendo este servidor público exercer outra atividade remunerada em comum com a atividade militar e relembra o que expressa claramente o art. 142, parágrafo 3º no qual proíbe expressamente a sindicalização, a greve e a filiação de partidos políticos.

2.2 Princípios básicos da Profissão Militar

Estatuto dos Militares, lei 6880/80 traz em seu art. 2º os princípios básicos da Instituição Militar que são a hierarquia e a disciplina e em seu art. 14, parágrafos 1º, 2º e 3º os respectivos conceitos destes dois alicerces.

“Não é diferente a compreensão de hierarquia para igreja, que a entende como a ordem dos membros do povo de Deus que, pelo sacramento da ordem, participam nos ministérios da Igreja com a correspondente autoridade.” (GIULIANI)

Oliveira afirma que a Hierarquia e Disciplina devem ser concebidas como verdadeiros princípios de direito, servindo como bússola, pois orienta a organização, o exercício e o desenvolvimento da atividade militar.

Para Giuliani, a hierarquia e a disciplina refletem no dever - poder de punir. O superior, ao tomar o conhecimento de uma infração a lei, regulamento, normas e disposições que fundamentam a organização militar, tem a obrigação de responsabilizar o infrator, se inferior hierárquico, ou comunicar a autoridade superior para que tome providências.

Sobre o Direito Disciplinar Militar, Assis (2008) entende que é complexo e deve-se analisá-lo com cautela, evitando conflitos de interpretação entre o poder disciplinar existente na administração pública com o poder punitivo do Estado, *o jus puniendi*. Aquela é uma faculdade punitiva interna, abrangendo apenas as infrações relacionadas com as atividades dos administrados, visando a correção de atitudes, e já esta visa o interesse social ao reprimir os crimes e contravenções definidas em lei, sendo exercida pelo Judiciário.

Os princípios da hierarquia e disciplina além de serem os princípios primordiais na vida castrense, são também utilizados como instrumentos de aplicação de transgressões disciplinares, ou seja, são as balizas para a apuração, procedimentos, aplicação e até recursos das contravenções penais militares, no entanto, há que se cuidar para que não sirvam de escopo para práticas punitivas abusivas e à margem da legislação em vigor.

2.3 Processo administrativo disciplinar militar

O Ordenamento Jurídico Brasileiro apresenta diversos tipos de processos tais como o civil, o penal, o trabalhista, e o Processo Administrativo Disciplinar que é espécie do gênero Processo Administrativo.

Determina a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 37 que: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)."

Pouco importa se sob jurisdição civil ou militar os atos administrativos para que tenham validade jurídica devem estar revestidos de elementos estruturais essenciais. São esses elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A falta de um dos requisitos do ato administrativo pode levar a invalidação do ato praticado questionando a sua ilegalidade e possibilitando a anulação do ato pelo Poder Judiciário.

A Administração Pública é exercida através de seus prepostos que na Administração Civil é exercida pelos servidores públicos civis, e na Administração Pública Militar é exercida pelos militares.

Na década passada, a classificação dos servidores públicos obedecia a uma divisão imposta pela própria Constituição, qual seja, a dos servidores públicos civis e a dos servidores públicos militares. Sendo, ainda, os servidores públicos militares divididos em militares das Forças Armadas (art. 142, §3º, CF) e os Policiais Militares e Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 42 e parágrafos da CF).

A partir da Emenda Constitucional nº 18, datada de 05 de fevereiro de 1988, o legislador constituinte derivado modificou a denominação de servidores públicos civis apenas para servidores públicos e renomeou os servidores públicos militares, em somente militares àqueles das Forças Armadas (art. 142, § 3º, CF) e, ainda, de militares dos estados, o contingente das Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal e Territórios e dos Corpos de Bombeiros Militares (art. 42, caput, CF).

Sendo assim, o Soldado, o Tenente, o Cabo, o Coronel, o Almirante, o Brigadeiro, o General etc. são militares das Forças Armadas e, por conseguinte, servidores públicos, em sentido lato.

O mesmo se aplica aos Policiais Militares e Bombeiros dos estados, ou seja, são servidores públicos em sentido lato.

O Comandante é o chefe da Organização Militar, servidor público em sentido lato, condutor de seus subordinados, sendo da sua integral responsabilidade as decisões que tomar, pelas ordens que emitir e pelos atos que praticar no exercício do seu Comando e na administração que implementar.

Aplica-se a chamada teoria dos motivos determinantes sempre que o ato, a despeito de ser discricionário, contiver motivos indicados, aos quais tornar - se - á vinculado. Assim, se apresentados motivos na feitura do ato discricionário, a esses motivos ele estará vinculado. A inexistência ou a incorreção verídica dos motivos levará a sua invalidação. O ato discricionário, quando motivado, fica vinculado ao motivo que lhe serviu de suporte, com o que, se verificado ser o mesmo falso ou inexistente, deixa de subsistir.

Pode o ato administrativo consistir na aquisição, no resguardo, na transferência, na modificação, na extinção ou na declaração de direitos, conforme o fim a que a vontade se preordenar, além de decorrer de expressa previsão legal.

O art. 142 § 2º da Constituição Federal de 1988 não deve afastar o controle judicial da legalidade do ato administrativo. Sendo assim, a análise quanto ao cabimento de habeas corpus em punições disciplinares não deve ser tão superficial e no caso de ato administrativo viciado o remédio constitucional em questão pode e deve ser utilizado.

Processo Administrativo Disciplinar na conceituação de Hely Lopes Meirelles é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração Pública.

O Processo Administrativo Disciplinar compreende três fases, a instauração, o inquérito administrativo dividido em instrução, defesa e relatório, e o julgamento. Se a autoridade administrativa não tiver elementos suficientes para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar, quer por dúvidas quanto à autoria do fato ou por quanto a real existência de irregularidade no serviço público, procederá à sindicância, que de toda forma estará inclusa nos autos do processo administrativo disciplinar.

Para entendermos melhor, faz - se necessário estudarmos o Regulamento Disciplinar do Exército, tomado como exemplo, uma vez que o mesmo aproxima - se dos princípios Constitucionais, por ter sido reformulado em 2002 e para isto estudaremos as modalidades de punições disciplinares, aplicação das transgressões disciplinares e a interposição de recursos.

Com o objetivo da preservação da disciplina e tendo em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence as punições disciplinares classificam-se conforme o julgamento da transgressão, apresentando uma ordem de gravidade, a qual será vista posteriormente.

O Exército Brasileiro através do RDE estabelece alguns procedimentos antes do julgamento de uma transgressão, adotando o que prescreve o anexo I do respectivo Regulamento Disciplinar.

Segundo a professora Ana Clara Paixão, o Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), quando não precedido da devida apuração, mediante Sindicância ou mediante qualquer outro instrumento nos moldes da Sindicância, não representa o devido processo legal por. não suprir a exigência legal, haja vista que a autoridade coatora, que normalmente também é o seu próprio Comandante, acumula no processo que mandou iniciar, o papel de autoridade processante, de promotor da acusação e de autoridade decisória, o que faz com que o militar acusado, seja punido sem um processo justo e imparcial. A jurisprudência neste sentido manifestou - se da seguinte forma:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INAFASTABILIDADE. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS AOS LITIGANTES EM GERAL. - Embora estejam os servidores militares submetidos à disciplina e regime jurídico próprios, que os distinguem dos funcionários públicos civis, encontram-se também sujeitos aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa quanto às infrações disciplinares que lhes são imputadas, conforme orientação assente na Suprema Corte. - A sindicância e o processo administrativo disciplinar, civil ou militar, são procedimentos de natureza vinculada e sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, sendo as **garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa de observância obrigatória também no âmbito administrativo, sob pena de nulidade do procedimento.**(grifo meu) - Outrossim, em que pese a Administração Pública estar adstrita ao princípio da legalidade, não há que prescindir de observar o princípio constitucional do devido processo legal, oportunizando o contraditório e a ampla defesa, mormente cuidando o licenciamento a bem da disciplina de uma penalidade e, não, de simples dispensa discricionária. - O desligamento do apelado, a bem da disciplina, sem apuração da suposta falta através de procedimento administrativo regular, com oportunidade de contraditório e ampla defesa, enseja a nulidade do ato administrativo correspondente, por violação à cláusula pétrea insculpida no art. 5º,

LV, da Lei Magna. - Conclui-se, pois, que é nula a punição disciplinar quando não resulta do devido processo legal e quando não é propiciado do servidor o direito ao contraditório. Simples sindicância não guarda consonância com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não podendo dar causa a sanção disciplinar. - Conhecimento e improvemento do recurso e da remessa necessária. (TRF2 – Apelação Cível nº 322372/RJ – 6ª Turma Especializada – Rel Des Federal Carlos Guilherme Francovich, j. 28.05.08, DJ de 09.07.2008, pág. 106).

Ou seja, é ilegal ou inconstitucional a aplicação de punição disciplinar sem que haja prévio processo administrativo militar, ainda que seja a aplicação de uma mera punição. Assim sendo, caso a administração pública militar não cumpra a legislação, o processo administrativo militar poderá ser considerado nulo e em consequência nula será a punição disciplinar.

O instituto jurídico do recurso nos processos administrativos militares está previsto nos seus respectivos regulamentos disciplinares. Vale lembrar que os recursos na área administrativa não se distanciam do previsto em outros dispositivos do ordenamento jurídico pátrio.

Ou seja, ainda que na esfera militar, em obediência ao devido processo legal, previsto constitucionalmente, há que se observar todas as regras e procedimentos atinentes à apuração da possível transgressão disciplinar, dando ao acusado a possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa em Direito admitidos, uma vez que se trata de uma questão de ordem pública essencial a qualquer país que pretenda ser minimamente democrático. Prova disso é a presença, no próprio Regulamento Disciplinar do Exército, dos Anexos IV e V, os quais trazem as instruções para padronização do contraditório e da ampla defesa nas transgressões disciplinares e o modelo do formulário de apuração de transgressão disciplinar. Caso tais procedimentos não se fizessem necessários não haveria razão para a sua presença no regulamento em questão.

3 INSTITUTO DO HABEAS CORPUS

Habeas Corpus é o nome dado ao remédio jurídico que visa garantir a liberdade ambulatoria do cidadão, tendo por finalidade fazer cessar ou mesmo evitar violência ou coação de liberdade, decorrente de abuso de poder e também de ilegalidade.

Do latim, Habeas Corpus significa “tome o corpo”, e tem por objetivo fundamental a tutela da liberdade física e locomotiva do indivíduo.

Com este remédio heróico, impugna – se atos judiciários ou administrativos, coisa julgada e até mesmo de particulares.

Temos o Habeas Corpus como remédio constitucional cabível em todas as hipóteses ou situações em que alguém tiver seu direito à liberdade sendo suprimido, sofrendo um constrangimento ilegal, ou, ainda que não se esteja sofrendo essa supressão, mas que esteja na iminência de acontecer essa violação à liberdade.

O Habeas Corpus sendo uma condição de ação de conhecimento, o seu provimento pode ser:

a) Declaratório: é aquele em que se requer o reconhecimento de uma causa extintiva da punibilidade.

b) Constitutivo: é aquele em que se requer a anulação de algum ato praticado pelo poder jurisdicional.

c) Condenatório: é aquele em que se reconhece a violação, a ilegalidade, da restrição da liberdade de locomoção e se impõe à autoridade coatora a condenação às custas devido à má-fé ou abuso de poder.

d) Mandamental: este é o caso em que se o órgão julgador entender existir vedação à liberdade de locomoção, ou seja coação, este órgão julgador expedirá ordem para que a autoridade que está coagindo venha cessar imediatamente a constrição, sob pena de responder por desobediência.

A doutrina chama o Habeas Corpus, quando há coação ilegal à liberdade de locomoção, de LIBERATÓRIO, e quando a liberdade de locomoção está sob ameaça é chamado de PREVENTIVO. Estas são as espécies de Habeas Corpus:

1- Liberatório: este tem como objetivo restituir, garantir a liberdade de alguém que se esteja preso.

2- Preventivo: este tem como objetivo evitar que a ameaça, a iminência de prisão seja concretizada.

O instituto do Habeas Corpus possui expressões próprias, a saber:

- paciente: quem sofre o constrangimento ilegal, é o beneficiário do instituto;
- coator: aquele que exerce o constrangimento, a violência ou a coação desprovida de fundamento legal;
- impetrante: quem pede, impetra a ordem em favor do paciente;
- impetrada: autoridade a quem o pedido é endereçado;

- detentor: quem detém o paciente.

O Habeas Corpus é tratado na parte que se destina ao recurso, dentro do Código de Processo Penal, o que gera dúvidas sobre a sua natureza jurídica como ação ou recurso. No entanto, doutrina majoritária o vê como ação, uma vez que o recurso só pode haver contra decisão não transitada, ao passo que o Habeas Corpus pode ser impetrado contra decisões transitadas em julgado ou não. Tem – se ainda que pode ser pedido contra atos de autoridades, desde que não sejam judiciárias, alcançando até atos de particulares, enquanto o recurso só é cabível contra decisões judiciárias, podendo esta ação ser impetrada por qualquer pessoa, nacional, estrangeira, menor e pelo Ministério Público e, no caso de analfabetos, basta que alguém assine por ele.

Requisitos do habeas Corpus:

- Deve ser impetrado de forma escrita
- Em língua portuguesa para que qualquer um nacional tenha acesso
- Deve constar o nome da autoridade que está coagindo e do paciente.
- Ainda deve constar a assinatura do impetrante e seus dados, endereço, ou daquele que estiver impetrando em nome do coagido.

Estes requisitos básicos para impetração do Habeas Corpus, temos disposto no texto do art. 654 § 1º do Código de processo Penal:

A petição de habeas corpus conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

Relevante ressaltar que quando o impetrante não souber o nome da autoridade coatora poderá fazer referência ao cargo ocupado pela autoridade coatora, ou ainda indicar quem está detendo o preso, para que ele possa indicar quem é o responsável pela autorização da coação, violação da liberdade e, se o impetrante não souber identificar o nome do paciente, poderá descrevê-lo por dados característicos físicos, profissionais, residenciais, desde que caracterize, não podendo ser feito de maneira genérica.

Tendo exposto as espécies de Habeas Corpus, seria relevante já comentarmos a respeito da exceção, sendo a o foco de questionamento que iremos abordar no decorrer de nosso trabalho.

Perante a Constituição, todos nós somos sujeitos de direitos e também de deveres, ou seja, qualquer cidadão, independente de sua classe social, econômica ou religiosa é unido pelas garantias e direitos fundamentais. Diante deste entendimento podemos afirmar que a figura do militar também está inserida neste rol, ou seja, também são titulares das regras protetivas dos direitos fundamentais, ou seja, ainda que garantidores da pátria, os integrantes das Forças Armadas não estão excluídos da abrangência das garantias constitucionais, uma vez que antes de qualquer posição assumida perante o estado tem - se um cidadão.

A Constituição de 1988, com fim de garantir a liberdade dos cidadãos, para uma dignidade e autonomia em suas escolhas, trouxe a disposto em seu art. 5º, LXI – “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”.

O texto acima, transcrito da Constituição, deixa aberta a hipótese de prisão nos casos de transgressão disciplinar militar, e isto enseja clara discussão quanto à igualdade estabelecida pela própria Constituição. Situação esta em que a inobservância da igualdade e do tratamento igualitário ficaria a desejar para aqueles que se enquadrarem e estiverem sujeitos aos regulamentos militares.

Ainda no art. 5º, LXVIII da Constituição de 1988, temos disposto o direito a um “remédio” contra o vício, a patologia da liberdade de locomoção garantida aos indivíduos, tal dito remédio seria o Habeas Corpus. Este mesmo instituto seria a ferramenta utilizada contra a privação da liberdade quando ilegal, desnecessária ou mesmo que legal mas sem fundamento, o qual também é tratado na legislação ordinária, como veremos adiante. O Código de Processo Penal em seu art. 648 traz as hipóteses e situações em que caberiam a impetração do Habeas Corpus como medida de direito aos cidadãos.

O art.142, §2º, da Constituição Federal limita a abrangência do Habeas Corpus quando este for relacionado às punições disciplinares, como dispõe sua redação: “Não caberá Habeas Corpus em relação a punições disciplinares”.

Partindo da redação da Constituição, a qual tem essa limitação, surge uma indagação quanto ao motivo da negatória do instituto quando se tratar dessas punições disciplinares especificamente. O entendimento dessa vedação norteia - se pela idéia que se tem do Princípio da Hierarquia e Disciplina que são inerentes, diretamente relacionados à estrutura militar. Esta limitação à impugnação do remédio constitucional não pode ser entendida como absoluta, uma vez que num estado democrático de direito como o nosso nada pode ser tido como absoluto tendo por base a relatividade e a particularidade de cada situação em questão.

Nas questões disciplinares na esfera militar, não é absolutamente impossível impetrar Habeas Corpus. Esta impossibilidade existe sim quando for contra, ou questionar a infração disciplinar em sua essência, em seu conteúdo específico, ou seja, quanto ao questionamento de mérito.

Como dispõe o art. 647 do Código de Processo Penal este remédio constitucional não é cabível nas hipóteses de punição disciplinar, questão que será tomada posteriormente como foco de nosso trabalho. Pois quanto a esta regra temos na doutrina hipótese em que é apropriada a impetração, mas somente nos quesitos formais em relação a prisão, ou seja, a competência da autoridade que a aplicou, excluindo questionamento sobre o mérito.

Quanto à atividade punitiva estatal, caso não represente risco imediato ou remoto à locomoção, não caberá Habeas Corpus, sendo que diante deste posicionamento foram editadas duas súmulas pelo STF (Supremo Tribunal Federal), são elas a 693 e 695.

“não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”, Súmula 693 do STF.

O entendimento da súmula acima, sobressai da idéia de que uma sanção pecuniária não viola a liberdade de locomoção do indivíduo, considerando que toca no caráter patrimonial, mediante isso é incabível a impetração do remédio constitucional em tese

“não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade”, Súmula 695 do STF.

Quanto a esta súmula, analisaremos que uma vez cessada a punição de restrição da liberdade do indivíduo pelo Estado, não há que se questionar a restrição ao direito de liberdade de ir e vir, pois a pretensão de cessar a liberdade em questão já expirou, não se obtendo assim hipótese para que o Habeas Corpus seja impetrado.

Ainda neste sentido temos os julgados a seguir:

CRIMINAL. HC. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO. CUMPRIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA OU AMEAÇA À LIBERDADE DE IR E VIR. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Em relação à punição disciplinar militar, **só se admite a análise da legalidade do ato, via habeas corpus, quando encontrar-se ameaçada a liberdade de locomoção do cidadão.**

II. Cumprimento da sanção disciplinar imposta ao paciente.

III. Inexistindo ofensa ou ameaça ao direito de ir e vir do paciente, não se justifica a utilização do writ.

IV. Ordem não conhecida. (STJ; RHC 14906 / DF; Ministro GILSON DIPP; QUINTA TURMA; data do julgamento: 01/04/2004)(grifei)

"HABEAS CORPUS. MILITAR. SANÇÃO DISCIPLINAR (PRISÃO). PACIENTE REFORMADO. **COAÇÃO ATUAL E IMINENTE INEXISTENTE**. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. A punição disciplinar por transgressão militar tem a natureza jurídica de ato administrativo, e o seu exame, por meio de Habeas Corpus, embora possível, fica restrito à regularidade formal do ato (competência, cerceamento de defesa, cumprimento de formalidades legais).

2. A ação de Habeas Corpus **só pode ser instaurada quando se constatar coação ilegal atual e iminente à liberdade de ir e vir**, o que não ocorre no caso concreto, pois, segundo ressaí do acórdão proferido pela autoridade ora apontada como coatora, **o paciente foi reformado**.

3. Destarte, **não sendo atual ou iminente**; ao contrário, sequer se divisando a possibilidade de cumprimento da referida punição, **falece interesse na presente impetração**.

4. Writ não conhecido, em consonância com o parecer ministerial." (STJ; HC 80852 / RS; Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; QUINTA TURMA; data do julgamento: 27/03/2008)(grifei)

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO

A Constituição Federal de 1988, vigente em nosso país, traz em seu inciso LXVIII, art.5º, a disposição a respeito do Habeas Corpus: “concerde-se-a 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”.

Diante do exposto no inciso do artigo supracitado podemos entender o Habeas Corpus como uma garantia ao direito de locomoção, garantia esta exclusiva e individual a cada cidadão. Essa garantia se firma, se concretiza quando observada qualquer situação de coação, ameaça que viole a liberdade, o direito de ir e vir, ou seja, a livre locomoção do indivíduo.

Cabe ao Tribunal ou Juiz estabelecer uma ordem que venha findar a violação dessa liberdade, seja uma coação ou ameaça que esteja restringindo, diminuindo ou mesmo limitando a liberdade do indivíduo se locomover.

Estabelecido pela Constituição como um direito coletivo, independente de raça, denominação religiosa ou sexual, origem, etc. caberá a todos cidadãos, e diante desta amplitude que abrange o titular, é caracterizado pelo texto da carta magna, como sendo uma

Ação Constitucional de procedimento especial, onde não existem custas para sua impetração visando garantir o cessamento da ameaça ou violência à liberdade, independente de poder aquisitivo, financeiro ou outro qualquer.

Observada esta garantia em nossa constituição, a mesma trás consigo, em um artigo posterior, uma idéia de restrição ao entendimento desse direito de liberdade de locomoção, ou seja, “ir e vir”. O art.142 em seu parágrafo 2º excetua da concessão ao habeas corpus, para as questões de sanções disciplinares das Forças Armadas.

Consideremos de forma superficial, que seria um confronto de normas estabelecidas em uma própria constituição, que no seu artigo 5º estabelece um direito fundamental a todos cidadãos, e posteriormente este mesmo direito já generalizado sofre uma ressalva limitando - se para aqueles sujeitos às sanções e prisões disciplinares.

Não bastando conter em nosso texto Constitucional, podemos observar o instituto do Habeas Corpus em nosso Código de Processo Penal que é anterior à nossa Constituição sendo o mesmo recepcionado por ela, esse código teve seu vigor a partir do ano de 1941.

O Código de Processo Penal trás em seu art. 647 disposições a respeito do Habeas Corpus, no entanto, estabelece de forma expressa que vem para conter a violência à liberdade de locomoção quando ilegal, mas observada uma ressalva, que seriam os casos de privação da liberdade nas punições disciplinares, como se observa a seguir: “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.”

Consideremos que o artigo exposto anteriormente de forma bem clara já trazia as considerações a respeito do mesmo instituto tomado pela Constituição, sendo que uma situação de exceção claramente e expressa estabelecia o não cabimento junto as punições disciplinares.

Ainda em acompanhamento ao código de processo penal, observamos que um de seus artigos posteriores, o que estabelece considerações a respeito do habeas corpus, trás uma lista de situações que caberiam o instituto do habeas corpus. Consideremos pois, que seja um rol exemplificativo, uma vez que não seria possível explicitar todos os casos que poderiam vir a surgir na realidade prática, uma vez que consideramos as peculiaridades de cada situação nos casos reais.

Temos disposto no art. 648 do CPP a redação das hipóteses de quando a coação do direito de ir e vir é considerada ilegal, mas não devemos nos restringir às hipóteses enunciadas no dispositivo, pois elas não são exaustivas, e sim exemplificativas, podendo nos

casos reais, existirem inúmeras outras hipóteses, ou seja, é possível que a coação seja ilegal por outro motivo, além dos explicitados nos incisos I a VII a seguir transcritos:

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.

Importante mencionar que não cabe a utilização do *writ* constitucional para questionar exclusão das Forças Armadas, conforme súmula 694 – STF.

4.1.1 Hipótese do Inciso I do art. 648

O inciso I do art.648 traz – “Quando não houver justa causa para a coação”: a idéia deste inciso é um tanto quanto ampla e polêmica, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, uma vez que as normas processuais apenas mencionam de forma direta a justa causa sem, no entanto, destacar o real contorno do seu conceito. Isso faz com que o disposto no referido inciso seja utilizado de forma residual, assim quando não tivermos nenhuma das hipóteses dos demais incisos, esse será utilizado de forma residual, supletiva.

A questão se dá em torno da amplitude do termo “justa”, o qual está diretamente ligado à questão de justiça, denotando a necessidade de se utilizar critérios de proporcionalidade para que se possa vislumbrar o alcance aludido do termo.

Certo é que a justa causa deve estar consubstanciada na idéia de um mínimo probatório fundamentador para que se possa exercer a ação penal, em virtude dos danos irreparáveis gerados por esta à dignidade do indivíduo.

Exemplificando:

O Capitão de Marinha que estando doente deixa de participar de solenidade militar a qual estava escalado. Mesmo apresentando atestados médicos, o Comandante da Organização Militar, com objetivo claro de perseguição, imputa ao Capitão prática de transgressão disciplinar do art. 7º nº. 45, do Decreto nº. 88.545/1983, punindo o Capitão com a pena de

prisão de 2 dias.

A prisão constitui restrição ao direito de ir e vir do militar e não está presente a justa causa para a punição disciplinar visto que o Capitão estava realmente doente.

Tal militar poderá impetrar habeas corpus, pois está na iminência de sofrer coação ao seu direito de ir e vir, e para contestar a justa causa que resultou na punição imposta, visto que o militar não estava simulando doença.

4.1.2 Hipótese do Inciso II do art. 648

Temos disposto no inciso II do art.648 o Código de Processo Penal a segunda hipótese que é a de “Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei”, nos casos de prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão de corrente de pronúncia, e ainda as prisões que decorram de sentença condenatória ainda recorrível, além da prisão temporária. As prisões citadas anteriormente devem, todas elas, serem cumpridas de acordo com a lei, não podendo em hipótese alguma extrapolarem o tempo que a lei determina .

Exemplificando:

O Soldado da Aeronáutica que abriu as dependências do prédio do Comando sem autorização para tanto, cometendo a transgressão disciplinar do art. 7º, nº. 89, do Decreto nº. 76.322/1975, e foi punido com a pena de prisão de 2 dias. No entanto, o militar já está a 10 dias preso.

Tal militar poderá impetrar habeas corpus, pois está na iminência de sofrer coação ao seu direito de ir e vir, e para contestar a não observância aos prazos de fixação das medidas restritivas de liberdade.

4.1.3 Hipótese de cabimento do Inciso III do art. 648

Continuando a análise dentro do CPP temos o inciso III do art. 648 que traz em sua redação: “Quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê - lo”.

Ao aplicarmos a hipótese aos casos de transgressões disciplinares militares podemos assim exemplificar:

O Tenente da Aeronáutica que abriu as dependências do prédio do Comando sem autorização para tanto, cometendo a transgressão disciplinar do art. 7º, nº. 89, do Decreto nº. 76.322/1975, foi punido com a pena de prisão de 2 dias.

Tal punição foi determinada por Major que não exercia o Comando da Organização

Militar a que pertence o Soldado.

Preceitua o art. 46 do Decreto nº. 76.322/1975: "É vedado às autoridades abaixo do Comandante da organização Militar recolher à prisão qualquer militar, salvo nos casos de crime ou falta grave, justificando o seu ato."

Adentrar em recinto sem permissão não constitui falta grave para os efeitos do art. 12.

Tal militar poderá impetrar habeas corpus, pois está na iminência de sofrer coação ao seu direito de ir e vir, e para contestar a competência do ato administrativo exarado pelo Major que determinou a prisão do tenente. O Major não exercia o Comando da Organização Militar e, portanto, não tinha competência para determinar a prisão.

4.1.4 Hipótese do Inciso IV do art. 648 CPP

O art.648 em seu inciso IV traz disposto "Quando houver cessado o motivo que autorizou a coação".

Este inciso prevê as situações em que a prisão a priori era legal, posteriormente tornando ilegal devido a sua continuidade diante do fim da hipótese que a respaldava. A partir do momento que desaparece a razão a qual autorizava, a manutenção da prisão deve ser extinta de imediato, não sendo, haverá ilegalidade em sua continuidade.

Poderíamos dar como exemplo um réu que fora condenado a 5 anos de reclusão em regime fechado, assim que encerrado este prazo não tem o porque continuar a privar a liberdade, então a autoridade judicial reconhece a extinção da pena, mas a autoridade responsável pelo cárcere se recusa a libertá-lo, dará ensejo à impetração de Habeas Corpus para combater a continuidade ilegal do cárcere. Ainda podemos citar como exemplos de casos de cessação do motivo que autorizou a coação, o relaxamento do flagrante, a revogação da preventiva, a concessão do livramento condicional ou do sursis, etc.

4.1.5 Hipótese do Inciso V do art. 648 CPP

Continuando a análise do art. 648 do Código de Processo penal, temos o inciso V que tem em sua redação "Quando não for alguém admitido a prestar fiança nos casos em que a lei autoriza".

A redação acima trata daquelas situações em que a letra da lei dispõe que é cabível a concessão de liberdade provisória mediante fiança. Pois existem situações que é cabível e outras não, sendo que naquelas em que é cabível a fiança deve ser lhe dado a hipótese.

Os crimes em que não será cabível a fiança estão previsto no art. 323 do Código de Processo Penal, são eles:

- I - nos crimes de racismo;
- II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afim, terrorismo e nos definidos como hediondos;
- III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Os crimes definidos como hediondos citados no inciso II do art. 323 do Código de Processo Penal, estão previstos nos art.1º da Lei 8072/90, a Lei dos Crimes Hediondos, consumados ou tentados são eles:

- “I - homicídio (art.121). quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art.121, §2º, I, II, III, IV, V);
 - II - latrocínio (art. 157,§ 3º, infine);
 - III - extorsão qualificada pela morte (art.158, §2º);
 - IV - extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º, 3º);
 - V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º);
 - VI - estupro de vulnerável (art.217 - A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);
 - VII - epidemia com resultado morte (artigo 267,§1º);
 - VII – B - falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.
- Parágrafo Único: Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº. 2889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado.

Nas situações em que o juiz reconhecer a existência de excludente de ilicitude, quando não estiverem presentes os motivos que autorizam a prisão preventiva, quando for cometida infração de menor potencial ofensivo e o agente comprometer - se a comparecer em juízo, nestes casos, o delito sendo cabível fiança ou não, deverá ser requerida pedido de liberdade provisória independente de fiança, caso este pedido seja negado deverá ser impetrado Habeas Corpus. A liberdade provisória poderá ser pedida a qualquer crime independente se afiançável ou inafiançável. Segundo entendimento do STF (Supremo Tribunal Federal), é inconstitucional a vedação ao direito de liberdade provisória nos crimes previstos como hediondos, caso seja negada, será situação evidente de impetração de Habeas Corpus.

Nas situações que a infração for afiançável, que não seja concedida a liberdade provisória haverá claro constrangimento ilegal, cabendo ao lesado invocar o remédio constitucional do Habeas Corpus para tal violação.

Quanto a competência para arbitramento de fiança, no Código de Processo Penal temos dispostas tais regras, nas situações em que a pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos, poderá a autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia, arbitrar a fiança e, contra a negatória deste caberá Habeas Corpus, nas demais hipóteses a fiança deverá ser requerida ao juiz que terá o prazo de 48 horas para decidir, já se este denegar liberdade provisória pelo arbitramento de fiança caberá Recurso em Sentido Estrito, conforme art.581, V do Código de Processo Penal.

Portanto poderíamos citar alguns exemplos que se negado seria momento de impetrar Habeas Corpus:

- Prisão em Flagrante - liberdade provisória com ou sem fiança caso seja legal – se legal caberia relaxamento - se negado qualquer dos pedidos caberá Habeas Corpus.

- Prisão Temporária- pedir revogação se for ilegalidade - se negado caberá Habeas Corpus.

- Prisão Preventiva - pedir revogação se for caso de ilegalidade - se negada a revogação caberá impetração de Habeas Corpus.

4.1.6 Hipótese de cabimento do Inciso VI do art. 648 do CPP

Já no inciso VI do art. 648 do Código de Processo Penal temos a situação de: “Quando o processo for manifestamente nulo”.

Para que seja acolhido o pedido jurisdicional, qualquer que seja, seja com fim acusatório, seja para desacolher o pedido acusatório, deverá primeiramente haver regularidade e legalidade do processo penal que está a discutir o pedido, ou seja, a causa. Caso haja algum vício ou ilegalidade, seja inépcia ou outro vício qualquer, o processo gerará um constrangimento ilegal ao réu, diante disto teríamos nítida violação ao dispositivo do art.5º, LVI, da Constituição Federal, que estabelece que ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem que haja o devido processo legal.

Esta coação pela ação que não está de acordo com o determinado pela Constituição que é o devido processo legal, poderá ser sanada via Habeas Corpus.

Exemplificando:

O soldado do Exército que fingiu estar acometido de doença para não participar de formatura, cometendo a transgressão disciplinar do nº. 18, do Decreto nº. 4.346/2002, foi punido com a pena de detenção de 2 dias. No entanto a prova da transgressão disciplinar foi obtida mediante escuta telefônica não autorizada por autoridade judiciária.

A prisão constitui restrição ao direito de ir e vir do militar e não está presente o requisito de validade do ato administrativo referente à legalidade na obtenção da prova.

Tal militar poderá impetrar habeas corpus, pois está na iminência de sofrer coação ao seu direito de ir e vir, e para contestar a legalidade do ato administrativo viciado (prova produzida por meio ilícito) que resultou na punição imposta.

4.1.7 Hipótese do Inciso VII do art. 648 CPP

Ainda temos o disposto do inciso VII do art.648 do Código de Processo Penal: “Quando extinta a punibilidade”.

A hipótese deste inciso vem elencada no código penal, em seu art. 108, quando se tem a extinção da punibilidade. Então, caso haja extinta a punibilidade e o indivíduo seja privado de sua liberdade ou mesmo que se tenha iniciado processo será cabível impetração de Habeas Corpus.

4.1.8 Impetração de Habeas Corpus em Hipótese Punição Disciplinar Ilegal

No âmbito das Forças Armadas o instituto do Habeas Corpus é tratado de forma restrita, não sendo cabível sua impetração nas prisões por punição disciplinar militar. Isto confirmado pelo exposto no texto constitucional em seu art.142, § 2º, onde se observa nitidamente a restrição em sua redação:

art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§2º - Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

A princípio, observando a vedação do Habeas Corpus no âmbito de punições disciplinares no âmbito das Forças Armadas, iremos entender o que seria poder disciplinar.

O chamado poder disciplinar é aquele em que incube à Administração Pública fazer apurações e aplicar sanções aos servidores ligados a ela, e ainda as pessoas que estão sujeitas de certa forma ao regulamento e disciplinas impostas pelos regulamentos da mesma. Podemos citar como um exemplo de pessoas que estão sujeitas aos regulamentos da administração e

não são servidores, aquelas que contratam junto à administração pública, ficando sujeitas ao poder disciplinar. Ainda temos outras sanções aplicadas pela administração que se fundam no poder de polícia, além do já dito poder disciplinar. O poder de polícia é ainda mais amplo que o poder disciplinar, uma vez que ele alcança além dos servidores e contratados ou vinculados à administração, os particulares. Esta é uma distinção marcante entre as duas formas de sanção aplicadas pela administração pública.

Os atos no ramo da administração pública em regra são vinculados, pois devem ter previsão legal, devendo obedecer o estabelecido em lei. Podemos ter atos discricionários, que são aqueles que permitem uma margem de oportunidade e conveniência, nestes o administrador terá essa liberdade para analisar se é benéfico, necessário para a administração, desde que tal discricionariedade se encontre dentro dos limites balizados pela lei.

Ao nosso entendimento, em se tratando particularmente das transgressões disciplinares militares, os regulamentos disciplinares não enquadram a transgressão de acordo com a sua gravidade, deixando à mercê do aplicador do regulamento o respectivo enquadramento. Não há uma gradação que estabeleça se a transgressão “X” é leve, média ou grave. A consequência disso é a ocorrência de “um peso e duas medidas”, ou seja, a mesma transgressão cometida por agentes diferentes pode ter uma gradação disforme, podendo em um dado momento ser tida como leve, como média ou como grave, a depender da visão de quem aplica a sanção, em latente ofensa ao princípio da isonomia, da anterioridade e por que não da legalidade.

Comentado sobre o poder disciplinar, iremos discorrer sobre as condições para sua aplicação, o momento será aquele que configurar uma ação ou omissão que vá contra as regras estabelecidas. Citaremos os conceitos com base nos regulamentos dispostos pelas forças armadas.

O conceito de transgressão disciplinar deve ser analisado sob a ótica de cada Instituição militar, seja no nível Federal ou Estadual, uma vez que cada uma delas tentará trazer no seu escopo jurídico o enquadramento necessário para a atividade fim a ser realizada, tendo somente em comum os princípios da hierarquia e disciplina.

Na Marinha do Brasil, o conceito de transgressão disciplinar é visto como contravenção disciplinar, no art. 6º do decreto nº 88545, de 26 de julho de 1963. No caso da Aeronáutica o Decreto 76322/75 traz em seu art. 8º o conceito de transgressão disciplinar.

Já o regulamento disciplinar do Exército Brasileiro, o mais novo deles, e em sintonia com o texto constitucional vigente, o decreto nº 4346, de 26 de agosto de 2002 - Regulamento Disciplinar do Exército em seu art.14º dispõe: “Transgressão disciplinar é toda ação praticada

pelo militar contraria aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva a ética, aos deveres e as obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Diante disto, faz - se necessário diferenciar crime militar e transgressão disciplinar, uma vez que, ao ocorrer o fato típico, antijurídico, será feita uma análise para averiguar se aquele fato enquadra - se como crime ou transgressão disciplinar.

O art. 42 do Estatuto dos Militares, lei federal 6.880, de 9 de dezembro de 1980, dispôs que a violação das obrigações ou dos deveres militares, constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específica.

A diferença entre estes dois institutos jurídico já está prevista nos próprios Regulamentos Disciplinares, onde os mesmos declaram que a transgressão disciplinar não se confunde com o crime militar, sendo definida pelo Regulamento Disciplinar do Exército, por exemplo, como qualquer violação dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua forma elementar e simples.

São modalidades de punições disciplinares nas Forças Armadas em ordem crescente de severidade: a advertência; o impedimento disciplinar; a repreensão; a detenção disciplinar; a prisão disciplinar; o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina, de acordo com o art. 24 do RDE, sendo que a detenção disciplinar e a prisão disciplinar implicam no cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente.

A Advertência é a forma mais branda de punir, consistindo em uma admoestação feita verbalmente ao transgressor, podendo ser feita em caráter reservado ou ostensivo. O Impedimento disciplinar é a obrigação de o transgressor não se afastar da Organização Militar, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir. Já a repreensão é a censura enérgica ao transgressor, feita por escrito e publicada em Boletim Interno.

A detenção disciplinar é o cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente, o qual deve permanecer no alojamento da subunidade a que pertencer ou em local que lhe for determinado pela autoridade que aplicar a punição disciplinar. Por fim, a prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal. A prisão disciplinar deve ser cumprida com prejuízo da instrução e dos serviços internos, exceto por comprovada necessidade do serviço.

No entanto, apenas configuram restrição ao direito de ir e vir as punições disciplinares de detenção disciplinar e prisão disciplinar.

Ou seja, nas Instituições Militares tem - se a sanção na esfera penal, que são as punições contra o cometimento dos crimes militares e a sanção na esfera administrativa, onde se aplica as transgressões ou contravenções disciplinares.

Entendido a respeito das transgressões militares, voltamos a questão principal de nosso trabalho, ou seja, o cerceamento da liberdade nas transgressões disciplinares militares. Esta limitação tem relação diretamente proporcional aos princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Tal indagação surge ao pensar que um cidadão comum da sociedade se tiver seu direito de liberdade, ir e vir, cessado, surge o anseio e possibilidade de confronto a essa violação com base no disposto em nossa Constituição, a qual, em relação ao militar dispõe que será garantido às instituições militares aplicarem sanções disciplinares sem questionamento algum, mesmo que seja cerceamento de liberdade, não cabendo ao paciente o direito ao remédio constitucional do Habeas Corpus.

Ao analisarmos o disposto anterior, percebemos uma nítida desigualdade entre o indivíduo civil e o militar, uma vez que o Habeas Corpus é uma garantia constitucional para aquele e limitada a este ultimo.

O STF guardião de nossa Constituição já tem seu parecer a respeito desta determinação constitucional, com decisões embasadas na literalidade do texto constitucional, ainda tem uma Súmula que trata da relação militar das Forças Armadas e o instituto do habeas corpus: "Não cabe habeas corpus contra imposição de pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou função pública"; visto disposto na súmula reforçamos a idéia de que o tratamento nas relações militares tem restrições que não são impostas aos cidadãos comuns.

“EMENTA: HABEAS CORPUS. Militar. Condenação. Pena acessória. Exclusão das Forças Armadas. Não conhecimento. Inexistência de risco ou dano à liberdade de locomoção. Aplicação da súmula 694. Agravo improvido. Não cabe habeas corpus contra imposição de pena de exclusão das forças armadas (grifo meu).” (STF - HC nº 89198 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/11/2006, DJ 01-12-2006 PP-00092 EMENT VOL-02258- 03 PP-00449 RT v. 96, n. 858, 2007, pág. 518-521)”.

O acórdão acima é referente a uma situação de desligamento, nas situações de sanções disciplinares temos disposto no CPPM a respeito da aplicação do habeas corpus habeas no art. 466:

Art.466 – Dar - se Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação de sua liberdade ou abuso de poder.

EXCEÇÃO

Parágrafo único. Excetua-se, todavia, os casos em que a ameaça ou coação resultar:

- a) de punição aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas;
- b) de punição aplicada aos oficiais e praças das polícias e corpos de bombeiros, militares, de acordo com os respectivos Regulamentos Disciplinares;
- c) da prisão administrativa, nos termos da legislação em vigor, de funcionário civil responsável para com a Fazenda Nacional, perante a administração militar;
- d) da aplicação de medidas que a Constituição do Brasil autoriza durante o estado de sitio;
- e) nos casos especiais previstos em disposição de caráter constitucional.

O artigo citado acima traz disposto situação de cabimento do Habeas Corpus no âmbito militar desde que restringida a liberdade de locomoção por abuso de poder ou ilegalidade, mas seu parágrafo único traz as exceções dispostas nas alíneas. Observadas as alíneas “A” e “B”, nos deparamos mais uma vez com o confronto da idéia de estado democrático de direito, pois quando se tratar de prisões aplicadas de acordo com os regulamentos das Forças Armadas, não há que se falar em legalidade ou questionamentos. Isto nitidamente deixa uma lacuna para caracterização de ilegalidade e abuso de poder, uma vez que não há como se questionar.

Temos uma questão polêmica, onde se observa de certa forma um confronto com a Constituição. Essa polêmica levou o STF a posicionar - se a respeito do assunto de forma positiva a respeito da impetração do habeas corpus na esfera disciplinar militar, mas podendo ser discutida matéria quanto a legalidade da prisão e do ato que a resultou, sendo indiscutível o mérito que ensejou a prisão ou punição. Ou seja, o STF se posicionou a favor da impetração do habeas corpus contra punição disciplinar no que tange à matéria processual, deixando o mérito intocável.

Abaixo temos exemplos de acórdãos do STF e STJ que tratam da aplicação do Habeas Corpus, mas sem questionamento do mérito, pois quanto a este seria incabível:

A concessão de *habeas corpus* impetrado contra punição disciplinar militar, desde que voltada tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação das questões referentes ao mérito, não configura violação ao art. 142, §

2º, da CF.” (STF - RE nº 338.840-1/RS - 2ª Turma - Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 19.08.03, DJU de 12.09.2003) Desta forma, tem-se que o militar punido disciplinarmente detém o direito constitucional a impetrar habeas corpus quando a punição estiver eivada de ilegalidade. Entretanto, o *writ* não poderá ser utilizado para se questionar o mérito da mesma, conforme entendimento do STF.

Ainda temos por parte do STJ entendimento, ou seja, Jurisprudência firmada a respeito do assunto em questão, como exemplo o acórdão a seguir:

EMENTA: Concede-se ordem de *habeas corpus* para o fim de obstar aplicação de punição administrativa, consubstanciada em processo administrativo disciplinar que inobservou as formalidades legais pertinentes, cerceando o direito de defesa do paciente.” (STJ – RHC nº 6529 – 5ª Turma – Rel Min. Cid Fláquer Scartezini – j. 23.06.97, DJU 1.09.97, pág. 40854).

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. MILITAR. SANÇÃO DISCIPLINAR (PRISÃO). PACIENTE REFORMADO. COAÇÃO ATUAL E IMINENTE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. A punição disciplinar por transgressão militar tem a natureza jurídica de ato administrativo, e o seu exame, por meio de *Habeas Corpus*, embora possível, fica restrito à regularidade formal do ato (competência, cerceamento de defesa, cumprimento de formalidades legais). 2. A ação de *Habeas Corpus* só pode ser instaurada quando se constatar coação ilegal atual e iminente à liberdade de ir e vir, o que não ocorre no caso concreto, pois, segundo ressaí do acórdão proferido pela autoridade ora apontada como coatora, o paciente foi reformado. 3. Destarte, não sendo atual ou iminente; ao contrário, sequer se divisando a possibilidade de cumprimento da referida punição, falece interesse na presente impetração. 4. *Writ* não conhecido, em consonância com o parecer ministerial.” (STJ – HC nº 80.852/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 28/04/2008).

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE *HABEAS CORPUS*. PRISÃO DISCIPLINAR MILITAR. CONTROLE JUDICIAL. 1. Tem entendido a jurisprudência, interpretando o § 2º do art. 142 da CF (“Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”), que o controle judicial da punição disciplinar militar na via do *habeas corpus* restringe-se à sua legalidade (competência, forma, devido processo legal etc), não se estendendo ao segmento de mérito, radicado na conveniência e na oportunidade da punição. 2. “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

judiciária competente” (CF - art. 5º, LXI), exceto nos casos de transgressão militar 3. Improvimento do recurso.” (TRF1 – RCHC nº 2002.34.00.035931-5 – 3ª Turma – Rel. Des. Federal Olindo Menezes, j. 11/ 03/2003) Em regra, então, saber-se-á se é possível que o Poder Judiciário “aceite” um *habeas corpus* em relação à punição disciplinar quando a resposta à seguinte indagação for negativa: “o objetivo da *habeas corpus* é discutir se a punição foi justa ou injusta?”. Do exposto, inegável que o militar pode utilizar o *habeas corpus* quando pretender discutir a legalidade da punição disciplinar.

Visto as posições dos tribunais, podemos destacar que já existe jurisprudência dos mesmos, principalmente do STF que é o guardião da Constituição, no sentido de que é possível, em sede de discussão de prisão disciplinar, tomar mão do *habeas corpus*, entretanto se tocar ao mérito não há o que se discutir, impossibilitando o questionamento se justa ou não a prisão, mas apenas se fora por atos e embasamentos legais.

5 COMPETÊNCIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS

O remédio constitucional do Habeas Corpus deverá ser impetrado perante autoridade superior a que esta efetuando a coação. Diante desta afirmativa deverá ser impetrado perante juiz de direito, ou Tribunal de segunda instância ou ainda Tribunal Superior a depender de qual seja a autoridade coatora.

Como exemplo poderíamos citar alguns exemplos para melhor visualização, como ocorre na hipótese de autoridade policial coatora situação na qual deverá ser impetrado o Habeas Corpus junto ao juiz de Direito de primeira instância. Caso seja o juiz de primeira instância a autoridade coatora, deverá ser impetrado junto ao tribunal de segunda instância. Nos tribunais Superiores o Habeas Corpus deverá ser impetrado somente após terem sido esgotadas as vias inferiores.

Vale tomarmos nota de que em hipótese de coação por meio de particular ainda será cabível impetração de Habeas Corpus, neste caso podemos dar como exemplo a situação em que o paciente é retido no hospital por ainda não ter emitido cheque calção para pagamento das despesas, caberá o remédio constitucional por esta coação contra o responsável pela coação. Vale ainda lembrar que recentemente fora considerado como crime a exigência de cheque calção em hospitais particulares para garantia de prestação e atendimento em urgência.

5.1 Competência para apreciação

A Justiça Federal é competente para o conhecimento de habeas corpus em que sejam pacientes os militares das Forças Armadas. Neste sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. **INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM.** INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I - À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF). II - **A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes.** III - Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF). IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V - HC prejudicado." (STF; RHC 88543 / SP - SÃO PAULO; Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 03/04/2007; Primeira Turma)

Para os militares da Polícia Militar e para os militares dos Bombeiros é competente para o conhecimento de tais ações a Justiça Estadual.

5.2 Legitimação

Será legitimado para impetrar o Habeas Corpus todo aquele que estiver sofrendo ou prestes a sofrer a coação. Este será a figura do impetrante, mas ainda temos previsão legal que poderá ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou em favor de terceiro, bem como o Ministério Público, e ainda os Juízes de ofício quando no decorrer do processo que estiverem presidindo perceberem qualquer hipótese de coação ou iminência de acontecimento.

O Habeas Corpus poderá ser impetrado pela própria pessoa que estiver sofrendo a coação, isso mesmo independente de representação de advogado e ainda que não tenha capacidade postulatória. É um ato que não necessita da figura do advogado para ser impetrado.

Ainda é prevista a possibilidade de ser impetrado por terceiro que poderá ser advogado ou não, em favor da pessoa que estiver sofrendo ou estiver na iminência de sofrer a coação, ressaltando – se que se impetrado por advogado não é necessário que haja procuração outorgada. Poderá também ser impetrado pelo Ministério Público, e compete ainda ao juiz de

direito expedir de ofício ordem de Habeas Corpus nos processos de sua competência quando a autoridade coatora não for ele mesmo.

Autoridade Coatora é aquela responsável pelo constrangimento ilegal a qual se quer combater, regra geral são as autoridades policiais ou judiciárias. Como já ressaltado anteriormente, existe entendimento majoritário da ocorrência de hipóteses em que o particular seja essa autoridade coatora também.

Quanto ao prazo para se impetrar o Habeas Corpus não há previsão, devendo ser cabível a qualquer momento desde que haja a coação ou constrangimento de locomoção, ou iminência de ambos. Posto isto, podemos entender que o não existe prazo para o titular tomar mão do remédio constitucional, estando as hipóteses de cabimento presentes poderá ser impetrado a qualquer momento.

O requerimento deve ser embasado na ilegalidade do caso real. A depender da situação real poderá ser impetrado Habeas Corpus de duas naturezas: pode ser de natureza liberatória, que cocorre nos casos em que a coação já existe, devendo assim ser impetrado para cessar imediatamente. Pode ser de natureza preventiva, que tem como fim evitar a ocorrência da coação, mesmo que ainda não presente, mas em iminência de acontecer.

Este Habeas Corpus preventivo é de tamanha amplitude, podendo ser impetrado mesmo antes de instauração de um inquérito policial ou mesmo antes de um simples indiciamento. Nesta modalidade de Habeas Corpus o pedido sempre se resumirá ao salvo conduto em favor do paciente, isto com base no disposto no art. 660, § 4º do Código de Processo Penal.

Após abordarmos o habeas corpus como sendo um instrumento efetivador dos direitos fundamentais, previsto no texto constitucional, chegamos à conclusão que, independente da situação ou motivo, todo e qualquer brasileiro o fará jus quando restringida sua a liberdade de locomoção.

Consideradas tais afirmativas, direcionaremos nosso estudo, para a exceção, o porque do não cabimento do remédio constitucional Habeas Corpus, nas punições disciplinares militares.

5.3 Questionamento da ADI 3340

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADIn) é uma ação necessária quando alguma matéria legislativa, com poder de lei, ou ordem, viole o disposto na Carta Magna, ou seja, nossa Constituição de 1988. A ADIn que trataremos adiante foi proposta pelo Procurador

Geral da República, Cláudio Fontelles, em novembro de 2004, e teve como intuito declarar inconstitucional o Decreto nº 4346/02 e seu anexo I, que fazem disposições e estabelecem o Regulamento Disciplinar do Exército e listam as transgressões disciplinares, sob a premissa de que a Constituição de 1988 ao determinar que os crimes e transgressões militares sejam definidos em lei, não permite a definição de tipos penais via decreto presidencial, violando assim o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, segundo o qual é obrigatória a fixação dos delitos e infrações militares em lei em sentido formal. Para Fontelles, o RDE, apesar de aprovado por decreto presidencial, ao ser recepcionado pela Constituição de 1988 ganhou status de lei ordinária, e por isso só pode ser alterada por outra lei de igual hierarquia, em respeito ao princípio da Hierarquia das Leis.

Em suma, a argumentação era de que esse instrumento normativo, ou seja, o Decreto nº 4346 de 2002 viola o art.5º, LXI, CF, no que toca à criação e fixação por lei de crimes e transgressões militares.

A divergência, ou controvérsia destacada do Decreto impugnado pela ADI, regula - se pela matéria em exame, onde teremos a reserva legal para o tratamento de crimes e transgressões militares. Posto isso, surge a relevância para exame da Lei. nº 6880 de dezembro de 1980, a qual determinou o Estatuto dos Militares. O art. 47 deste Estatuto dispõe que caberá ao poder Executivo a competência para regulamentar as contravenções e transgressões disciplinares, ainda estabelecer normas a respeito das penas disciplinares e a previsão de recursos quando cabível.

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Ao fazermos a leitura do dispositivo citado anteriormente, observamos clara inconstitucionalidade do Decreto nº 4346/2002, pois se a Constituição determina que as transgressões e os crimes militares sejam definidos por lei, então não poderá haver definição de tipos penais por decreto do Presidente. Posto isso, conclui - se que o Decreto Normativo em sua essência violou a Constituição Federal, indo de encontro com o disposto em seu art.5º, LXI.

Ao destacarmos a ADI 3340, temos como base fundamental para a análise da mesma, a sua problemática, ou seja, seu ponto de divergência. Este problema se surge em torno da ausência de uma especificidade, isto resultando na negativa do conhecimento da mesma pelo

pleno do Supremo Tribunal Federal. Faltou ao Procurador Geral um direcionamento mais detalhado, mais específico, dos pontos a serem questionados e mesmo atacados, esbarrando assim na amplitude do seu teor, ou seja, pecou pela excessiva abrangência. Caso não fosse tomada de teor tão amplo, abordasse o assunto em “stricto sensu”, detalhadamente, poderia lograr êxito em seu objetivo, fazendo com que a corte do STF conhecesse da matéria em plenário.

Observamos na lei 9868/99 em seu art.3º, I, o qual estabelece que a petição inicial indicará o inciso, o dispositivo do ato normativo ou lei impugnado e ainda que se tenha os fundamentos jurídicos do pedido, em relação e referência a cada uma das impugnações. Visto este dispositivo, podemos dizer que deveria ser específica a inicial da ADI, a qual deveria abordar apenas o tocante ao cerceamento da liberdade. Podemos concluir que o vício em torno da propositura se deu por abordar a inconstitucionalidade de todo o Decreto, pois sabemos que o Decreto em sua totalidade disciplina princípios, e preceitos que vão ao encontro de valorização ética, de conduta e principiológica das Forças Armadas. Assim sendo, questionável é a impugnação de sua matéria de forma ampla, como foi feita.

A discussão em plenário do Supremo Tribunal Federal não logrou por êxito, mas havemos de destacar o voto do Ministro Cezar Peluso, que traz uma dissertação exaurida quanto ao tema, que observaremos a seguir:

Parece fora de dúvida que essa norma constitucional resolve, ao meu ver, mais um caso exemplar de conflito clássico entre autoridade e liberdade, por isso, deve ser interpretada restritivamente, porque impõe limite a restrição da liberdade. Então, o Canon de interpretação, em matéria de conflito entre autoridade e liberdade, é sempre in dubio pro libertate. A mim, parece não ser possível chegar - se a uma interpretação, pelo menos de maneira satisfatória, da norma do inciso LXI, do art.5º, da Constituição Federal, sem conjugá-la com a norma prevista no Art.142, § 2º. Tenho por muito difícil ou até mesmo impossível superar o obstáculo do texto, quando se refere a “definidos em lei”, para excluir o caso de transgressão disciplinar. O fato de o adjetivo estar no plural não deixa nenhuma dúvida de que a Constituição exige que tanto o crime propriamente militar, como a transgressão disciplinar militar hão de estar definidos em lei. Isto se entende, porque o remédio constitucional de defesa geral da liberdade, o habeas corpus, está, por sua vez, restringido pelo Art.142, § 2º, o qual não permite que o remédio da punição seja apreciado por via de habeas corpus. Noutras palavras, conjugando-se ambas as normas, entende - se a razão por que exige a Constituição que o caso de transgressão militar, para fundamentar prisão a título de pena ou de flagrante, tenha de estar definido em lei, pois o remédio constitucional de caráter genérico para tutela da liberdade, nesse caso, não sofre séria restrição Constitucional em nome dos princípios e das exigências da autoridade militar.

Ao analisarmos o voto do Ministro César Peluso, observamos que seus argumentos vão ao encontro do trabalho em tese, tendo como questionamentos a ocorrência de prisão por

transgressões, sanções advindas de ato normativo do executivo, ou seja, decreto, e não por lei como ordena a Constituição Federal.

No que se refere à previsão constitucional contida no art. 5º, LXI, *in fine*, CF, defendida em nosso trabalho, de que é necessária a previsão legal para o cerceamento da liberdade apresentaremos a seguir argumentos doutrinários e jurisprudenciais.

DE PLÁCIDO E SILVA, em sua obra "Vocabulário Jurídico", define o termo LEI: "(...) é a regra jurídica escrita, instituída pelo legislador, no cumprimento de um mandato que lhe é outorgado pelo povo. Considerando-a neste aspecto é que GAIUS a definiu: Lex est quod populus jubet et constituit (...aquilo que o povo ordena e constitui.)."

Segundo ensina HELY LOPES MEIRELLES os decretos, por sua vez:

"são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinados a prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas, de modo expresso, explícito ou implícito, pela legislação... Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei, e, por isso mesmo, não a pode contrariar."

Corroborando a nossa tese temos, na lição do ilustre MIGUEL REALE:

"(...) não são leis os regulamentos ou decretos, porque estes não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Tudo o que nas normas regulamentares ou executivas esteja em conflito com o disposto na lei não tem validade, e é susceptível de impugnação por quem se sinta lesado. A ilegalidade de um regulamento importa, em última análise, num problema de inconstitucionalidade, pois é a Constituição que distribui as esferas e a extensão do poder de legislar, conferindo a cada categoria de ato normativo a força obrigatória que lhe é própria."

Ainda neste sentido, José Afonso da Silva, renomado doutor, comenta e afirma uma interpretação lógica e direta junto a Constituição, observada a seguir:

"é absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: a lei regulará, a lei disporá, a lei complementar organizará, a lei criará, a lei definirá, etc".

Ao buscarmos embasamento que reforce a nossa tese junto à jurisprudência, temos o entendimento do TRF 3ª REGIÃO no RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 3 SP 2002.61.03.000003-6 - Órgão julgador: 5ª TURMA - Data decisão: 23/05/2005 - Documento TRF300096690). Veremos a seguir o posicionamento desse Tribunal:

A expressão "definidos em lei" do art.5º, inciso LXI do Texto Maior abrange espécies legislativas que passaram pelo processo legislativo institucional, haja vista

estamos em um Estado Democrático de Direito, onde o primado da democracia, vista sob o ângulo da representação, deve ser destacado. Ademais, transgressão militar e crime militar, só cabem quando presente ofensa ao princípio da legalidade, e, portanto devem estar definidos em lei e passados em processo legislativo constitucional. Assim, malgrado exista diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar, e que as punições disciplinadas estão fundadas nos princípios de hierarquia e da disciplina, ambos visam a punição do infrator, ensejando, inclusive, pena restritiva de liberdade. Dessa maneira, a garantia do indivíduo está exatamente na estrita definição de conduta infratora prevista em lei, evitando com isso ser processado e penalizado por atos não previstos anteriormente em lei, mas em mero regulamento.

Se ao paciente foi imposta pena de prisão, de quatro dias, por conduta incompatível prevista no Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, Decreto nº76.322/75, denota-se que sua liberdade de locomoção foi afetada, com ofensa ainda imediatamente ao princípio da legalidade. Nada obsta, neste particular, aplicação deste princípio penal às transgressões militares, que estão relacionadas ao Direito Administrativo, eis que esta se tratando do direito de locomoção do Indivíduo.

Os princípios da hierarquia e da disciplina, ínsitos na seara militar (artigo 142, “caput” da CF) e necessários à estrutura organizacional miliciana, são dotados, na sua axiologia, de menor intensidade daqueles conferidos aos direitos e garantias fundamentais do homem, não chegando, assim, a ponto de reiterar a validade plena e imediata destes. **Os militares, conquanto insertos numa estrutura administrativa própria, são, antes de tudo, e principalmente antes de serem incorporados às fileiras militares, cidadãos, cujos direitos e garantias estão amplamente assegurados em nosso direito constitucional vigente.** (grifo meu)

O artigo 47 da Lei 6880/80 (Estatuto dos Militares) tão somente menciona que “os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares”, sem descrever, contudo quais condutas são transgressões militares, **em clara ofensa ao princípio da legalidade.** (grifo meu)

O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ADCT, ao determinar que “ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que toca à ação normativa, demonstra a preocupação do constituinte em não deixar nas mãos do Poder Executivo a regulamentação de matérias que sejam de importância para a democracia, especialmente quando se trata

de ação normativa, de modo que imperiosa, nesses casos, a edição de lei *stricto sensu*, com obediência ao processo legislativo constitucional.

O entendimento do Tribunal nitidamente questiona a validade da prisão disciplinar, situação que como dispõe a Constituição, deveria ser matéria tratada por lei e não por decreto, uma violação à Carta Magna, ainda limitando a impetração do Habeas Corpus que seria o instrumento legal a ser usado em confronto à ilegalidades e vícios no ato da prisão.

A partir do exposto, apresentados argumentos jurisprudenciais e doutrinários, conclui-se que é um assunto muito questionado, e debatido, principalmente na jurisprudência, onde não se tem posição consolidada. Com isso enxergamos tamanha lacuna que deixa a entender prisões administrativas militares embasadas em decretos que não sejam válidos se analisarmos junto a Constituição de forma categórica.

Não poderíamos nos furtar em analisar a afronta em relação ao princípio da hierarquia das leis.

A restrição quanto ao cabimento do habeas corpus nas punições disciplinares encontra-se prevista no art. 142 da Constituição Federal limitando, deste modo, uma proteção de um direito fundamental (liberdade de locomoção).

A restrição quanto ao não cabimento de habeas corpus contra punições disciplinares está situado no art. 142, § 4º, da Constituição, ou seja, no capítulo destinado às Forças Armadas.

Como sabemos os direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal tem hierarquia diferenciada e garantia da eternidade em relação aos demais direitos que constam da carta constitucional. Os dispositivos do art. 5º da Constituição são hierarquicamente superiores a todos os demais artigos da Constituição.

Deste modo, não poderiam os demais artigos constitucionais impor restrições ao exercício dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição.

O art. 5º está hierarquicamente superior ao art. 142, no entanto, o art. 142 impõe restrições ao exercício do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal. Essa é a posição de Nucci e Antônio Magalhães Gomes Filho.

Se o art. 5º, inc. LXVIII da Constituição tivesse sido redigido com ressalva do cabimento de habeas corpus às punições disciplinares não haveria inconsistência e tampouco impropriedade legislativa.

5.4 Impetração do habeas corpus e exaurimento das vias administrativas

Embasando nos estudos até aqui feitos, sabemos que o Estatuto do Militares é uma norma inferior a Constituição e antecedente à mesma, sabendo - se que este Estatuto fora criado no auge da Ditadura Militar. Posto este breve comentário conseqüentemente analisaremos e concluiremos que ele está em confronto com a ordem constitucional presente, pois esta garante antes de mais nada o direito à vida, à igualdade, e à liberdade, estando em consonância com o regime democrático de direito onde todos são amparados pela Constituição, o que não era observado no momento histórico da ditadura militar, caracterizado por violações de direitos, liberdade e confronto aos princípios que se emanaram na nova ordem constitucional.

Segundo Diógenes em seu Manual Prático do Militar observamos que o Estatuto dispõe no seu § 3º do art. 51 a necessidade do esgotamento da esfera administrativa, como disposto a seguir:

Art. 51 - O militar que se julgar prejudicado ou ofendido por qualquer ato administrativo ou disciplinar de superior hierárquico poderá recorrer ou interpor pedido de reconsideração, queixa ou representação), segundo regulamentação específica de cada Força Armada.

...

§ 3º O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado.

Visto o disposto no Estatuto Militar a respeito do esgotamento das vias administrativas para impetrar o HC veremos o inciso XXXV do art. 5º da CF/88: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Observado o dispositivo constitucional chegamos à conclusão que qualquer que seja a ameaça ou lesão ao direito do cidadão deverá ser levado ao conhecimento do judiciário. Isto nos leva ao entendimento de que não seria necessário o esgotamento das vias administrativas para pleitearmos um direito violado. Este tema despertou a necessidade de uma pacificação, que fora por decisão do TRF 4ª Região, que julgou não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988 tal dispositivo do Estatuto Militar:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MILITAR PUNIDO COM PENA DE PRISÃO POR TER IMPETRADO MANDANDO DE SEGURANÇA PARA DEFESA DE SEUS DIREITOS. O Dec.90608/84, item 15 do Anexo 1, ao

estabelecer que caracteriza infração disciplinar “recorrer ao judiciário sem antes esgotar todos os recursos administrativos” e o ART. 51, PAR-3, DO Estatuto dos Militares (Lei-6880/80), ao enunciar que “ O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado”, não foram recepcionados pela Magna Carta de 1988 (grifos meus), onde é assegurado o direito de acesso ao Judiciário, sem a necessidade de esgotar previamente a via administrativa.” (TRF4 - 3ª Turma - REO nº 9404393118/RS - Rel. Juíza Luiza Dias Cassales, j. 30/09/98, DJU de 30.08.1998, pág. 489).

EMENTA - ADMINISTRATIVO. MILITAR. ACESSO AO JUDICIÁRIO. ATO PUNITIVODISCIPLINAR. NULIDADE. O disposto no regulamento castrense (Lei-6880/80, art-51), que prevê que o militar só pode recorrer ao judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e, ainda assim, desde que previamente cientificado seu superior, não encontra mais respaldo frente à Constituição de 1988. A punição imposta afronta o art-5, inc-35, da Carta de 1988, motivo pelo qual bem lançada a sentença que a declarou nula.” (TRF4 - 5ª Turma - REO nº 9004143173/RS - Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, j. 24/08/1995, DJU de 18.10.1995, pág. 71.609).

O TRF 5 também segue tal posicionamento conforme segue:

EMENTA: (...) o disposto no § 3º do art. 51 da Lei Nº 6.880/80, que exige cientificação prévia ao superior hierárquico pelo subordinado de que ingressará em Juízo para a defesa de seus direitos não foi recepcionado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV.

Posto isto, não há necessidade de esgotamento da esfera administrativa, para somente após, impetrar habeas corpus contra prisão disciplinar ilegal.

5.5 Consequências da prisão disciplinar ser considerada ilegal ao julgar do Poder Judiciário

Em seu MANUAL PRÁTICO DO MILITAR, Diógenes Gomes traz este questionamento analisando o Código de Processo Penal, Regimento Interno do STF e ainda o Regimento Interno do STJ, esses dispositivos utilizados pelo autor para estudo do conhecimento da ilegalidade da prisão por parte do judiciário.

O art. 653 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 653. Ordenada a soltura do paciente em virtude de habeas corpus, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação.

Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.

Já o art. 205 do Regimento Interno do STJ :

Art. 205 Ordenada a soltura do paciente, em virtude de habeas corpus, a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação, será condenada nas custas, remetendo-se ao Ministério Público traslado das peças necessárias à propositura da ação penal (grifo meu).

Por fim o art.195 do Regimento Interno do STF:

Art. 195. Ordenada a soltura do paciente, em virtude de *habeas corpus*, a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação, será condenada nas custas, remetendo-se ao Ministério Público traslado das peças necessárias à apuração de sua responsabilidade penal.

Se cometido delito de abuso de autoridade pelo militar e reconhecido pelo poder judiciário este abuso, será o mesmo julgado e processado pela justiça comum por tal delito. A Súmula 172 do STJ destaca a competência quando houver abuso de poder por autoridade militar:

Súmula 172 STJ: “Compete à Justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”.

Com base nesta súmula concluímos que se praticado o delito de abuso de autoridade por um militar que integre as Forças Armadas, a competência para processamento e julgamento do delito caberá a Justiça Federal Comum.

Na hipótese de ser o militar infrator que cometera o delito da Polícia Militar e Bombeiros a competência caberá a justiça estadual comum para processar e julgar. Se constatada o crime de abuso de autoridade, deverá ser instaurada Ação Penal Pública. Diante desta realidade é certo que todos os militares de que as autoridades militares que abusam de sua autoridade podem ser punidas criminalmente.

Destacamos a necessidade de que todos os membros da Forças Armadas, das polícias e bombeiros militares estaduais em especial aqueles que aplicam o regulamento, tenham ciência e consciência de que o abuso de autoridade que muitas das vezes resulta em prisões e detenções pode gerar conseqüências a ponto de fazer com aqueles que o comete virem a responder criminalmente por seus atos.

Todo erro por parte do Estado contra o cidadão deve ser reparado, considerando que uma autoridade coatora das Forças Armadas, por exemplo, representa os interesses do Estado, devendo ser observada a legalidade em seus atos, o abuso de poder daria ensejo ao direito de reparação daquele que fora violado e reprimido, coagido pelo ato ou atos caracterizados ilegais.

Considerando que esta lesão teria como responsável precípua e diretamente o próprio Estado, o lesado teria pleno direito à reparação moral em razão de uma prisão disciplinar ilegal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer de todo nosso estudo e nossas pesquisas procuramos abordar o instituto do Habeas Corpus, também chamado de writ, em relação às sanções disciplinares que impõem cerceamento de liberdade, mais precisamente a Detenção Disciplinar e a Prisão Disciplinar, ou seja, a aplicabilidade do referido instituto na seara das transgressões disciplinares militares.

Na esfera militar, em especial nas Forças Armadas temos a restrição quanto a utilização do Instituto do Habeas Corpus, remédio constitucional garantido a todos os cidadãos pela Carta Magna. Ressaltamos, porém, que a própria constituição restringe a utilização do HC na esfera militar, e tal entendimento vai de confronto com próprio texto Constitucional, uma vez que é uma garantia fundamental de todos os cidadãos.

Tomamos como referência a idéia de que todo e qualquer membro das Forças Armadas antes de assumir tal compromisso, através do posto ou graduação junto à instituição militar, é um cidadão de direito junto ao Estado Democrático de Direito, é um cidadão.

Discorreremos as situações e momentos de cabimento do Habeas Corpus, as violações que ensejam sua impetração e sua própria garantia, concluindo por ser ilegal ou inconstitucional a aplicação de punição disciplinar sem o prévio processo administrativo militar, ainda que na aplicação de uma mera punição. Assim sendo, caso a administração pública militar não cumpra a legislação, o processo administrativo militar poderá ser considerado nulo e em consequência nula será a punição disciplinar.

Tocamos nas transgressões, levando - se em conta que matéria de restrição no âmbito Forças Armadas deveriam ser regidas mediante lei e não decretos do executivo. Ressaltamos que em determinados termos o Estatuto do Militar não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pois aquele se deu no auge da ditadura militar, momento histórico de nosso país onde

era nítida a violação dos direitos dos cidadãos, um abuso de poder por parte de um Estado autoritário e que não encontra espaço no contexto jurídico vigente.

Fizemos menção à violação ao Princípio da Hierarquia das Leis, primeiro porque se a Constituição determina que as transgressões e os crimes militares devam ser definidos por lei, então não poderá haver definição de tipos penais por decreto do Presidente, como é o caso do Decreto 4346 de 2002, em segundo lugar pois a garantia constitucional ao habeas corpus está presente no art. 5º, hierarquicamente superior ao art. 142 da Constituição Federal, tendo portanto, hierarquia diferenciada e garantia da eternidade em relação aos demais direitos que constam da carta constitucional, ou seja, os dispositivos do art. 5º da Constituição são hierarquicamente superiores a todos os demais artigos da Constituição não podendo os demais artigos constitucionais impor restrições ao exercício dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição.

Caso o art. 5º, inc. LXVIII da Constituição tivesse sido redigido com ressalva do cabimento de habeas corpus às punições disciplinares não haveria inconsistência e tampouco impropriedade legislativa.

Ainda que presente o argumento de que o Chefe do Executivo é autorizado pelo Constituinte de 1988 a “legislar” em casos específicos, por meio de Decretos, consoante o disposto no art. 84 da referida Carta Política, cremos que tal autorização encontra limites, estabelecidos nos fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que estaríamos permitindo que uma única pessoa fosse detentora do poder de tutelar bens jurídicos tão relevantes como é o caso da liberdade de locomoção do indivíduo, guardando semelhança peculiar ao Absolutismo há muito superado e em desacordo com o contexto jurídico vigente.

Posto isso, conclui - se que o Decreto Normativo em sua essência violou a Constituição Federal, indo de encontro com o disposto em seu art.5º, LXI.

Chegamos ao entendimento de que o cerceamento da liberdade pelo cometimento de transgressões disciplinares, devem ser matéria de discussão e confronto por habeas corpus sim, pois a legalidade e o abuso de poder podem e devem ser confrontados, uma vez que o mérito seria inatacável por ser o militar subordinado à questão ética, moral e disciplinar quando se agrega junto a uma das instituições das Forças Armadas.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Jorge de. Aspectos penais, processuais e administrativos no direito penal militar, Juruá, São Paulo/SP, 2008.
- MELLO, Bandeira de; ANTONIO, Celso. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed.- São Paulo, Malheiros 2002.
- CANOTILHO, Jose; GOMES, Joaquim. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. São Paulo, Almedina 2010.
- DE PLÁCIDO e SILVA. Dicionário Jurídico, 12 ed. São Paulo: Forense, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do Estado. Saraiva, São Paulo/SP, 1982.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo/SP: Atlas. 2007.
- ESTEVES, Diniz. Revista do Exército Brasileiro, v 146, 1º Quadrimestre, Ed, DEC, Brasília/DF, 2009.
- GOMES, Diógenes. Manual Prático do Militar – lançado em Agosto de 2009 pela Editora D & F Jurídica transgressões disciplinares.
- GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. Hierarquia e disciplina na função de julgar do Juiz Militar. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/artigos>. Acesso em Set 2012.
- <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 27 de julho de 2012.
- <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 10 de junho de 2012.
- MARTINS, Eliezer Pereira. Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade. 1 ed. São Paulo, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 1986.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Editora Revista dos Tribunais. 4ª edição revista, atualizada e ampliada, 2008.
- OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A Constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346, de 26/08/2002). Revista Direito Militar. N. 64. Março/Abril 2007.
- PAIXÃO, Ana Clara Victor. A inconstitucionalidade do Decreto Estadual n.º 4.717/96 - Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Goiás - RDPM-GO em face do Princípio da Reserva Legal) - Publicado no site. www.ujgoias.com Acesso em 20 Set 2012.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 7 ed., Saraiva, São Paulo, 1980.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Causas de Justificação da transgressão Militar. Disponível em <http://www.militar.com.br/legisl/art.direitomilitar>. Acesso: 28 Set 12.

RUSSO, Luciana. Direito Constitucional. coleção OAB nacional 1ª fase, Ed. Saraiva, São Paulo/SP, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo, 1997.

VIEIRA, Diógenes Gomes. Manual prático do militar. Ed. D e F jurídica, São Paulo, 2007.