



Universidade Federal de Juiz de Fora

Faculdade de Direito

José Octávio Távora Neto

**A (IN)APLICABILIDADE DO HABEAS CORPUS NAS
PUNIÇÕES DISCIPLINARES**

Juiz de Fora

2012

José Octávio Távora Neto

**A (IN)APLICABILIDADE DO HABEAS CORPUS NAS
PUNIÇÕES DISCIPLINARES**

Monografia apresentada como elemento essencial à conclusão do curso de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.
Professor Orientador – Luiz Antônio Barroso Rodrigues

Juiz de Fora

2012

José Octávio Távora Neto

**A (IN)APLICABILIDADE DO HABEAS CORPUS NAS
PUNIÇÕES DISCIPLINARES**

Monografia de conclusão de curso submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Profº. Luiz Antônio Barroso Rodrigues (Orientador)

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Profº. Cléverson Raimundo Sbarzi Guedes

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Profº. Cristiano Álvares Valladares do Lago

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2012

Dedico este trabalho à minha família,
sempre presente nos momentos mais
difíceis do curso.

Agradecimentos

Agradeço, sinceramente, a todos aqueles que me ajudaram ao longo do curso. Em especial a minha esposa e a minha filha, alicerce fundamental de meus estudos, pelo incondicional apoio prestado e pela compreensão nos momentos de minha ausência. Meus pais, grandes iniciadores e incentivadores a permanecer no caminho do dever. Meus amigos, colaboradores de meu aprendizado. E àqueles professores que procuraram transmitir seus conhecimentos, aos quais agradeço na pessoa do professor Luiz Antônio, responsável pela correção deste trabalho. Por fim, agradeço ao nosso fiel Deus, minha fortaleza nos momentos mais árduos de minha vida.

“A disciplina militar prestante não se aprende, Senhor, na fantasia, sonhando, imaginando ou estudando, senão vendo, tratando e pelejando.”

CAMÕES em *“Os Lusíadas”*

“Em conclusão, nenhum príncipe pode ter segurança sem seu próprio exército, pois, sem ele, dependerá inteiramente da sorte, sem meios confiáveis de defesa, quando surgirem dificuldades.”

MAQUIAVEL em *“O Príncipe”*

Resumo

Este estudo inicia-se abordando os diversos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e Auxiliares, buscando enfatizar as penas privativas de liberdade presentes em cada um deles, bem como descrever que tais atos constituem atos administrativos e que cabe a uma autoridade competente. Trata, ainda, dos pilares basilares das forças militares: a hierarquia e a disciplina. Abordando como tais institutos evoluíram e, hoje em dia, justificam a aplicação das punições disciplinares no âmbito das Forças Armadas e Auxiliares. Estes assuntos têm por fundamento apresentar as punições disciplinares como atos administrativos que possuem, segundo a Constituição, o privilégio de não suportar controle judicial. Neste contexto, cabe o estudo do *habeas corpus* como instituto que, apesar de garantido constitucionalmente, é vedado nos casos de punições disciplinares. Para tanto, teremos o estudo do instituto do *habeas corpus* e analisaremos suas características, confrontando a vedação imposta com os direitos e garantias inseridas pelo artigo 5º, LXVIII, da CF/88. Cabe, da mesma forma, analisar o controle judicial dos atos administrativos como forma de garantir o disposto no *caput* do artigo 37, da CF/88. Tais fatos acabarão por demonstrar que o artigo 142, § 2º, também da CF/88, que veda a impetração de *habeas corpus* nos casos de punições disciplinares, deve ser interpretado de maneira restritiva, sendo vedado, dessa forma, apenas a análise do mérito da punição disciplinar e não o controle judicial pelo qual devem ser submetidos os atos administrativos.

Palavras-chave: Regulamentos Disciplinares – Forças Armadas e Auxiliares – Hierarquia e Disciplina – Habeas Corpus – Punições Disciplinares – Ato Administrativo – Controle Judicial.

Abstract

This study begins approaching the many disciplinary rules of the Armed Forces and Auxiliaries Forces and searches to emphasize the prison sentences presents in each one of them as well as to describe that such acts are administrative acts and they are responsibility of the competent authority. It's also about two of the foundations of the militaries forces, the hierarchy and the discipline. Concerning that the evolution of these institutes justify the application of the disciplinary penalties in the Armed Forces and Auxiliaries Forces. These subjects intend to present the disciplinary punishments as administrative acts, because of this condition accordind to the Constitution, they have the privilege of no judicial control. In this context, the study of the *Habeas Corpus* as an institute that, despite constitutionally guaranteed, is prevented in the cases of disciplinary punishments. Therefore in this present work there is the analysis of the *Habeas Corpus* and its characteristics, being compared with the prevention imposed by the article 5, LXVIII, of the CF/88 in the cases of disciplinary punishments. Also considering the analysis of the judicial control of the administrative acts as a way to guarantee as provided in the *caput* of the article 37, of CF/88. These facts will end to demonstrate that the article 142, § 2º, that prohibit the habeas corpus in the cases of the disciplinary punishments, must be interpreted in a restricted way, avoiding the analysis only of the motive and not of the judicial control that all administrative act should be submitted.

Key Words: Disciplinary Rules – Armed Forces and Auxiliaries Forces – Hierarchy and Discipline – Habeas Corpus – Disciplinary Punishments – Administrative Act – Judicial Control.

Sumário

Introdução.....	09
1. Os regulamentos militares	
1.1 Hierarquia e disciplina nas Forças Armadas e Auxiliares.....	11
1.2 A previsão específica de cada instituição militar.....	12
1.3 As transgressões e punições disciplinares militares.....	13
1.4 A competência para aplicação.....	15
2. Habeas Corpus	
2.1 Surgimento e evolução histórica.....	18
2.2 Conceito e natureza jurídica.....	19
2.3 Funções e espécies.....	21
2.4 Hipóteses de cabimento.....	22
2.5 Procedimento e legitimidade.....	23
2.6 Competência para apreciação.....	25
2.7 Sentença e recurso cabível.....	26
3. Aplicação do <i>habeas corpus</i> nas punições disciplinares	
3.1 Vedação constitucional e infraconstitucional.....	28
3.2 Controle jurisdicional dos atos administrativos.....	29
3.3 Leitura do art. 142, § 2º frente ao art. 5º, LXVIII, da CF/88.....	31
3.4 Jurisprudência pertinente ao tema.....	34
3.5 Inaplicabilidade nos casos de punições demissionárias.....	37
3.6 Competência para julgar o <i>writ</i> nos casos de punições disciplinares..	38
Conclusão.....	42
Bibliografia.....	44

Introdução

O objeto de estudo do presente trabalho monográfico, qual seja, a possibilidade de concessão de *habeas corpus* em punições originadas de transgressões disciplinares no âmbito das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), foi assim definido por possuir enorme relevância, ao passo de que este tema tem acarretado debates nos Tribunais Superiores, a todo o momento.

A escolha do tema se baseou numa gritante antinomia entre o artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal, que prevê as possibilidades de concessão de *habeas corpus*, com o artigo 142, § 2º, do mesmo diploma, que veda a possibilidade de tal remédio constitucional em casos de punições disciplinares militares.

O *habeas corpus*, em sua função de remédio constitucional, serve para evitar a prática de atos ilegais ou abusivos, que tenham por consequência o ferimento, ou ao menos a ameaça, da liberdade de locomoção do indivíduo.

O processo de punição disciplinar configura um ato administrativo e como tal deve preencher certos requisitos próprios. A falta de qualquer requisito já é suficiente para demonstrar sua ilegalidade, a qual, em sentido amplo, inclui o abuso de poder.

Neste estudo, inicialmente, serão observadas as peculiaridades da profissão militar, sendo apresentado o regime de disciplina ao qual estão submetidos os militares e as punições aplicadas àqueles que não o seguem. Após isto, então, será introduzido o *writ* constitucional em caso, avaliando a possibilidade de sua aplicação em processos administrativos oriundos de transgressões disciplinares, ocorridas no âmbito das Forças Armadas.

O assunto, em uma rápida análise, parece ser de simples debate. No entanto, basta um pequeno aprofundar na discussão para que se apresentem latentes divergências temáticas.

Cabe dizer, ainda, que o artigo 142, § 2º, da CF/88, expressamente, veda a possibilidade desse remédio nos casos relativos à punições disciplinares militares, porém, tal dispositivo não deve ser lido de forma isolada, sendo certa a necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição Federal. Observando que, por lado oposto ao da regra proibitiva, existe descrita no artigo 5º, LXVIII, a possibilidade de *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.

Ademais, abre-se a discussão pelo fato da possibilidade da vedação do *writ* constitucional trazido em tela com relação às punições disciplinares configurar uma ingerência do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, fato este que vem sendo rechaçado pela doutrina predominante.

Por fim, é justo e se faz necessário dizer que não será foco desse estudo, menosprezar ou denegrir as autoridades militares, mas sim ajudá-las a se adequarem ao ordenamento jurídico pátrio, demonstrando a possibilidade jurídica da aplicação do instituto do *habeas corpus*, como garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos, inclusive os militares caso estes venham ser sancionados disciplinarmente, e essa sanção disciplinar estiver eivada de vícios, como por exemplo, forem oriundas de atos de ilegalidade ou de abuso de poder.

1. O Regulamento Militar

1.1 Hierarquia e disciplina nas Forças Armadas e Auxiliares

De acordo com o Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, a hierarquia militar é a ordenação da autoridade em níveis diferentes dentro da estrutura da corporação, sendo que a ordenação se faz por postos e graduações e dentro de um mesmo posto ou graduação pela antiguidade, ou seja, aquele que tenha sido promovido ou nomeado antes, observando os demais preceitos legais estatutários.

Já a disciplina militar, por sua vez, é, dentre outras atitudes, a obediência pronta à ordem legalmente dada por superior hierárquico, rigorosa observância às leis, regulamentos, normas e disposições, facilitando a convivência na caserna, bem como o desenvolvimento da atividade fim da instituição militar.

O artigo 142, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, conceitua as Forças Armadas da seguinte forma:

*“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** (grifo meu), 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.”¹*

Analisando o dispositivo constitucional supracitado, claramente percebe-se que a hierarquia e a disciplina são pilares fundamentais e servem como base de organização das Forças Armadas, da mesma forma que também as são nas Forças Auxiliares (polícias e bombeiros militares dos estados).

¹ BRASIL, *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2010.

Tamanha é a importância da hierarquia e disciplina para as instituições militares que esse mesmo diploma normativo, em seu artigo 5º, inciso LXI, rege que a pessoa só pode ser presa quando em flagrante delito ou por ordem por escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões ou crime propriamente militar, definidos em lei. Ou seja, o constituinte de 1988 fez uma exceção quanto a um direito do militar, fato este compreensível, uma vez que as instituições militares são instituições calcadas nos princípios da hierarquia e disciplina e a autoridade militar competente necessita dar uma resposta imediata ao transgressor e aos demais subordinados para que esses princípios, base institucional das Forças Armadas e Auxiliares, não sejam abalados, comprometendo todo o sistema.

Não é de hoje que a ideia de hierarquia está presente nas instituições de caráter militar. Durante o império romano, cada general era responsável por sua legião, sendo os soldados leais apenas aos seus comandantes, existindo, dentro dessas legiões, postos hierárquicos diferenciados.

Tais princípios adquiriram grande força ao serem utilizados por Frederico II, da Prússia, para formação de seu terrível e avassalador exército.

As forças prussianas já eram conhecidas por toda Europa, porém, o exército montado contava com criminosos e saqueadores reunidos por Frederico I. Ao assumir o comando, Frederico II resolveu instaurar o sistema antes utilizado pelo império romano, as legiões. Todavia, criaram inovações próprias dando ênfase a disciplina, como o uso de uniforme único, a regulamentação de tarefas e punições disciplinares. Além do mais, consagrou a hierarquia e disciplina em seu exército, pois, na hoste criada existia um general maior, responsável pelo comando de todas as novas legiões prussianas, Frederico II, fato que não ocorria na Roma antiga.

1.2 A previsão específica de cada instituição militar

A Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), estabelece em seu artigo 47, *caput*, que o regime jurídico-administrativo da Forças Armadas, haja vista que a responsabilidade por definir as transgressões disciplinares e as formas de punição a serem aplicadas ficará por conta de cada

uma das forças integrantes (Exército, Marinha e Aeronáutica, além das corporações estaduais). Segundo o dispositivo referido, *in verbis*:

“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.”²

Assim sendo, na Marinha, o decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, dispõe sobre seu regulamento disciplinar (Regulamento Disciplinar da Marinha). O regulamento disciplinar vigente no Exército (Regulamento Disciplinar do Exército) foi aprovado pelo decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, e o decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica), rege sobre o regulamento disciplinar no âmbito da Aeronáutica.

1.3 As transgressões e punições disciplinares militares

Desde o já citado Império Romano, eram comuns punições severas aos militares que praticavam transgressões disciplinares, elas eram aplicadas por um Conselho de Guerra, responsável por regular o direito penal romano, eram penas duras e que, muitas das vezes, acabavam por tirar a vida do militar infrator. Essa severidade excessiva não foi exclusividade dos romanos, foi utilizada também em outras forças militares pelo mundo a fora, como por exemplo, no Exército Vermelho da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

No Brasil, como já dito anteriormente, o Estatuto dos Militares prescreve que cada Força Armada deverá estabelecer regulamento disciplinar próprio. Tais regulamentos tratam-se de decretos expedidos com a sanção do Presidente da República, tendo cada Força inserido em seus respectivos

² BRASIL, Estatuto dos Militares: Lei 6880/80. Brasília, Senado: 1980.

regulamentos as características que julgou necessárias com relação às punições e transgressões disciplinares.

O Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM), aprovado pelo decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, em seu artigo 6º, conceitua contravenção como sendo “toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, regulamentos, normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime”.

Já Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), aprovado pelo decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, em seu artigo 14, assim define transgressão disciplinar: “Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio, ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe”.

Por sua vez, o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), aprovado pelo decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, em seu artigo 8º, assim conceitua transgressão disciplinar: “Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento”.

Independentemente de qual seja a instituição a qual o militar pertença, uma vez este indivíduo vindo a transgredir disciplinarmente, irá ser atribuída a essa transgressão uma punição disciplinar, a qual pode ser classificada, em geral, de duas formas: as meramente punitivas e as demissórias. A primeira forma visa reeducar o militar, fazendo com que ele tome consciência de seu erro e reabilite-o a continuar desenvolvendo as suas atividades de forma correta dentro da instituição a qual faz parte. Já as demissórias estão relacionadas às transgressões disciplinares mais graves e que possuem conteúdo incompatível com a vida militar, gerando, dessa forma, o desligamento definitivo do indivíduo da vida castrense.

Cabe dizer que o militar infrator não deve ser considerado um criminoso comum, pois, na maioria das vezes, a transgressão realizada o não coloca como um sujeito inabilitado para o convívio social. Em regra, não está se tratando aqui de um criminoso, mas sim de um funcionário do Estado que cometeu um ato

que é definido em seu respectivo regulamento como uma conduta incompatível com aquilo que a instituição militar espera do indivíduo.

Este entendimento vem em consonância com disposição prevista no Regulamento Disciplinar do Exército, que, em seu artigo 23, deixa claro que a função das punições disciplinares é punir o militar apenas no âmbito administrativo, sendo excetuada a penalidade nos casos tipificados em lei como crime ou contravenção, quando deverá ser instaurado processo criminal na esfera judicial.

Esses atos punitivos (punições disciplinares) possuem natureza jurídica de ato administrativo, e para serem considerados legais, deverão observar alguns requisitos básicos. Sendo este o entendimento de Ferreira Filho (1996), que em sua valorosa obra elenca os quatro principais como sendo: a hierarquia, o poder disciplinar, a ligação entre o ato e a função e a pena prevista em lei (*lato sensu*).

Importante dizer que, em nosso estudo, não iremos observar todas as formas de punições previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e Auxiliares. Isto se dá pelo fato de que, segundo os referidos regulamentos, podemos ter diversas formas de punições, que se iniciam com uma simples advertência, passando pelas formas de cerceamento de liberdade – e que aqui serão debatidas – e terminando com as formas demissórias, que como será dito futuramente em item próprio, não admitem o remédio aqui estudado.

1.4 A competência para aplicação

O ato que decreta a punição disciplinar do militar é um ato administrativo, e, desta forma, para ser aplicado depende única e exclusivamente de uma declaração de vontade da Administração Pública Militar competente. Tal ato podendo ser discricionário ou vinculado, produzindo efeitos, direitos e deveres ao militar envolvido.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua o que seja um ato discricionário:

“Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de

avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.”³

Entretanto, importante ressaltar que a Administração Castrense não possui poder discricionário ilimitado, pois nos próprios regulamentos constam atos vinculados, que assim são definidos pelo renomado jurista supracitado:

“Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedirlos, não interfere com apreciação subjetiva alguma.”⁴

Em termos práticos, isso significa que a autoridade militar competente para aplicar uma punição disciplinar, ao fazê-la, detém poderes discricionários para avaliar a transgressão disciplinar e poder decisório sobre a mesma. Entretanto, àquela está obrigada a cumprir certas regras discriminadas nos regulamentos, na CF/88 e demais normas jurídicas superiores. Como por exemplo, a observação do contraditório e da ampla defesa, nos casos de aplicação da punição disciplinar, passando o militar por um processo administrativo imparcial, que tenha por fim um julgamento neutro e que busque resultado compatível, o mais próximo possível, com a verdade real.

Cabe ainda lembrar que a competência para o julgamento vem definida explicitamente em cada regulamento disciplinar das Forças Armadas e Auxiliares, sendo certo que cada autoridade considerada competente para aplicação da punição disciplinar deve possuir poderes administrativos para tanto, não podendo, dessa forma, um agente que não tenha essa competência vir a aplicá-la.

Por fim, se faz necessário lembrar que deve ser observada a hierarquia no ato de punir um militar, não podendo este ser punido por agente com grau hierárquico inferior ao seu. Em outras palavras, a penalização disciplinar terá

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editora: São Paulo, 2002. 14ª ed., pág. 380.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editora: São Paulo, 2002. 14ª ed., pág. 383.

que ter como responsável um agente que seja superior hierárquico ao militar que há de ser punido.

2. Habeas Corpus

2.1 Surgimento e evolução histórica

A expressão em latim *habeas corpus*, cujo significado é “tenhas a posse do próprio corpo”, teve sua origem no direito romano, onde todo cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente por meio de uma ação privilegiada, conhecida por *interdictum de homine libero exhibendo*.

Este instituto foi introduzido em nosso ordenamento após ser copiado de uma garantia individual trazida pela Constituição Inglesa, que em seu Art. 48 dizia que “*Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento por seus pares, de acordo com as leis do país*”. Esta, no entanto, não foi a primeira aparição de tal *writ*. Segundo mostra a doutrina, a sua origem está ligada ao direito romano, quando qualquer cidadão podia contestar a prisão ilegal.

No direito brasileiro, por sua vez, as primeiras notícias de surgimento do remédio, *in casu*, datam da promulgação do Código de Processo Criminal de 1832, cujo art. 340 dispunha: “*Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor*”.

Porém, tal garantia só foi introduzida constitucionalmente em nosso ordenamento no ano de 1891, quando da promulgação da primeira Carta Constitucional da República. Tratava-se do artigo 72, § 22, da Constituição da República de 1891, que assim prescrevia: “*Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.*”

O brilhante professor PONTES DE MIRANDA (1979), por sua vez, nos ensina de forma diversa. Segundo suas palavras, transcritas na obra de SILVA (2003, p. 442 e 443), tal remédio já podia ser observado, implicitamente, na Constituição do Império. Importante dizer que, durante essa época, juristas apontavam pela aplicação do *habeas corpus* em casos bastante diversos, não

existindo, ainda, uma ligação firme entre sua aplicação e o direito à liberdade, servindo, portanto, como garantia de direitos subjetivos de qualquer natureza. Dessa forma, qualquer violação de direito, mesmo na esfera civil, ensejava direito de impetrar tal medida.

Essa concepção genérica dos casos em que era possível a aplicação do *writ* em questão só veio a ser limitada com a reforma constitucional ocorrida em 1926, dando nova redação ao Art. 72 da Constituição: “*Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofre violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção*”. Com tal modificação, os demais direitos subjetivos, que antes podiam ser salvaguardados por meio do referido instituto, não puderam mais ser objeto de tal remédio, sendo cabível apenas nos casos que visavam à proteção da liberdade de locomoção.

Após essa reforma, as novas cartas promulgadas repetiam o referido dispositivo, ocorrendo, no entanto, alterações de substância na redação do artigo, fato que fez com que a interpretação da norma gerasse discussões. Tais polêmicas foram superadas, e hoje, o instituto encontra-se expresso no artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal/1988: “*conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*”.

2.2 Conceito e natureza jurídica

Em termos de conceito, usaremos as palavras do professor CAPEZ (2006, p. 219), que em seu livro – Curso de Processo Penal – conceitua o que há de ser o *habeas corpus*: “*Remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder*”.

Complementando os ensinamentos do ilustre mestre supracitado, Alexandre de Moraes assim conceitua *habeas corpus*:

“Portanto, o habeas corpus é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz

*ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.*⁵

Como já dito, o *habeas corpus* está contemplado na Constituição Federal no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais prevendo que o indivíduo tem o direito constitucional à liberdade e o *habeas corpus* é um dos meios para garantir esse direito, daí a razão dele estar inserido no referido capítulo da Lei Maior.

Apesar de situado, no Código de Processo Penal, no capítulo referente a recursos, hoje, tendo em vista o moderno entendimento doutrinário, fica clara a visão de que o *habeas corpus* corresponde sim a um remédio constitucional, e não a um simples recurso. O ilustre professor Alexandre de Moraes corrobora com essa ideia nos ensinando:

*“O habeas corpus é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal.”*⁶

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Habeas Corpus tem natureza jurídica de ação popular penal constitucional, que pode ser ajuizado ou impetrado por qualquer um do povo, a fim de provocar o Judiciário para solucionar um conflito entre a pessoa que tem sua liberdade de locomoção ameaçada ou violada e o agente ou órgão constrangedor dessa liberdade de locomoção. A situação configura um ilícito penal, daí o caráter penal em sua natureza.

⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas: São Paulo, 2002. 11ª edição. pág. 138.

⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas: São Paulo, 2002. 11ª edição. pág. 140.

2.3 Funções e espécies

O artigo 647 do Código de Processo Penal em vigor, que é de 1941, assim se refere ao *habeas corpus*:

“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.”⁷

Para o professor mineiro MEDINA (2006, p. 204/205), o *habeas corpus* surge toda vez que ente, seja ele público ou privado, cria situação que atinge a plenitude da liberdade do indivíduo (chamado pelo nobre autor de paciente, em consonância com a maioria da doutrina moderna).

O *habeas corpus* é remédio constitucional destinado a proteger o direito de locomoção de pessoa natural, não podendo ser paciente pessoa jurídica, pois, segundo entendimento do STF, jamais estará em jogo o seu direito de ir e vir, bem jurídico que esse remédio constitucional visa proteger.

O *habeas corpus* pode ser impetrado quando alguém sofrer alguma violência ou coação a sua liberdade de locomoção ou, simplesmente, se estiver ameaçado de sofrê-la. Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro identificamos duas espécies principais deste remédio. O primeiro, chamado de repressivo ou liberatório, destina-se a afastar o constrangimento ilegal que já tenha se efetivado, ou seja, já teve desrespeitado o seu direito de locomoção. Já o outro, chamado de preventivo ou de salvo-conduto, se dá quando há apenas uma ameaça de que seu direito de locomoção venha ser desrespeitado, tendo, dessa forma, o fim de afastar qualquer ameaça que possa vir a restringir à liberdade de locomoção do cidadão.

⁷ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2004.

2.4 Hipóteses de cabimento

A Constituição Federal não elenca as hipóteses de cabimento, deixando espaço para a legislação infraconstitucional discorra sobre tais possibilidades. Desta feita, cabe ao artigo 648 do Código de Processo Penal registrar tais hipóteses. Cabe lembrar que, segundo posicionamento mais moderno, essas hipóteses não representam um rol taxativo, podendo surgir situação nova, não elencada, que permita a impetração de *habeas corpus*.

O referido dispositivo legal dispõe:

“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.”

O primeiro caso corresponde a quando não temos justa causa para o para o cerceamento de liberdade. Assim, sem a existência de fundamentos jurídicos ou fáticos que autorizem a prisão, é possível o uso do *habeas corpus*. Importante dizer que a justa causa tem que ser analisada no processo judicial e inquérito policial, além de ser observados os dispositivos autorizativos da pena de prisão presentes no Código de Processo Penal.

Outra possível hipótese descrita no dispositivo mencionado corresponde ao excesso de prazo de prisão, além do permitido por lei. O excesso de prazo é caso que autoriza o relaxamento de prisão do indiciado, desta forma, caso o juízo não relaxe tal prisão, temos esse *writ* constitucional como solução cabível.

O terceiro caso retratado corresponde ao decreto de prisão determinado por autoridade incompetente. Tal fato se dá por só poder determinar a prisão a autoridade dotada de competência para isso. Exceção feita aqui diz respeito aos casos de prisão em flagrante delito, quando, qualquer autoridade, ou até mesmo, qualquer cidadão do povo poderá efetuar a captura de criminosos.

Outros casos que autorizam a impetração de *habeas corpus* correspondem ao processo nulo, ou seja, aquele que não possua os requisitos causais, procedimentais, materiais, ou formais autorizativos de abertura de processo. Além deste, podemos ainda ressaltar os casos de fiança autorizada por lei e não arbitradas por autoridade; os casos de punibilidade extinta e não colocação do preso em liberdade, e, por fim, quando houver cessado o motivo que autorizou a coação.

Faz-se necessário recordar que cada vez mais a construção doutrinária atual sedimenta o entendimento de que o rol trazido pelo artigo 648 do Código de Processo Penal é meramente exemplificativo, tendo sido o *writ* aplicado nas hipóteses mais diversas.

2.5 Procedimento e legitimidade

O procedimento, em razão de sua matéria, deve ser rápido e eficiente, tendo preferência sobre os demais. Para tanto, dispensa formalidades rígidas com a finalidade de corrigir a ilegalidade apontada, sendo a competência originária da autoridade judiciária imediatamente superior àquela que determinou a coação.

Caracterizado pela simplicidade, aplica-se, no caso, uma forma de procedimento extremamente sumário, com alto grau de informalidade. Deve ser apreciado o mais rápido possível pela autoridade judiciária competente, devendo ter todos os seus atos concentrados e praticados em um momento único.

O julgador deverá agir de maneira dinâmica, de modo que a coação dita ilegal não demore a cessar. Cabendo dizer que a dilação do procedimento faz com que a presente ação perca sua substância, visto que a simplicidade do procedimento tem por fim a agilidade que o caso demanda.

Atualmente, o procedimento aplicado é o sumaríssimo (casos de primeira instância), devendo, ainda, em casos de competência privativa de tribunais superiores, ser apreciado na primeira sessão da casa, independentemente de estar ou não em pauta.

O remédio *in casu*, seja ele preventivo ou repressivo, também comporta a concessão de medida liminar, desde que presentes os seus pressupostos, quais eles, a probabilidade de ocorrência de dano irreparável e indicação razoável da ilegalidade no constrangimento.

Outro aspecto importante no que se refere ao procedimento do *habeas corpus* é que não há prazo para sua interposição, portanto, não há prescrição, sendo cabível, inclusive, contra decisão transitada em julgado. A sentença que denegue a ordem de *habeas corpus* não faz coisa julgada, podendo o pedido ser renovado, desde que com novos fundamentos.

O beneficiado pelo *habeas corpus*, ou seja, aquele que estiver sofrendo, ou ameaçado de sofrer qualquer violência ou coação a liberdade de locomoção, seja por ilegalidade ou abuso de poder, é denominado paciente e não necessariamente é o impetrante.

A legitimidade ativa no *habeas corpus* é universal: qualquer do povo, nacional ou estrangeiro, independentemente de capacidade civil, política e profissional, de idade, de sexo, profissão, pode ingressar com pedido de *habeas corpus*, em benefício próprio ou alheio. Não há impedimento algum para uma pessoa menor de idade, analfabeta, doente mental, mesmo sem representação ou assistência de terceiro, ingresse com *habeas corpus*. A jurisprudência admite, inclusive, a impetração de *habeas corpus* por pessoa jurídica, em favor de pessoa física a ela ligada como, por exemplo, um diretor da empresa.

Não há necessidade de advogado para impetração de *habeas corpus*. Não se exige, tampouco, a subscrição de advogado para a interposição de recurso ordinário contra decisão proferida em *habeas corpus*.⁸

Com relação à legitimidade passiva, tem-se que o referido remédio deverá ser impetrado em face da autoridade coatora, que tanto poderá ser pública, podendo-se citar como exemplo: delegado de polícia, um promotor de justiça, juiz, etc.; quanto particular, para fazer cessar uma coação ilegal. Assim é possível a impetração de *habeas corpus* em face de agente privado, tomando como exemplo,

⁸ HC 84.716/MG, rel. Min. Marco Aurélio, 19.10.2004.

um diretor de hospital particular que esteja, de maneira ilegal, impedindo a saída do paciente.

Desta feita, a legitimidade passiva adstrita ao caso concreto, assim, é necessário saber qual agente praticou o ato de coação (restrição de liberdade) para identificar quem irá figurar no polo passivo da demanda. Tal ponto é fundamental para sabermos qual juízo será competente para apreciar o pedido. Isto se dá pelo fato que os atos cometidos por determinadas autoridades terão como fins julgadores distintos – o *habeas corpus* poderá, dessa forma, ser impetrado em Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Superiores.

2.6 Competência para apreciação

Conforme tratado no tópico acima e considerando as palavras do insigne POLASTRI LIMA (2006, p. 293):

“A propositura será dada contra a autoridade coatora, devendo ser impetrada a ação perante autoridade hierarquicamente superior. Assim, se a coação ilegal parte da autoridade policial, a autoridade que apreciará a medida será o juiz de direito e, se, por outro lado, for este a autoridade coatora, será apreciada a medida pelo Tribunal de Justiça.”

O já citado professor PONTES DE MIRANDA (1979, p. 194), tratando da repartição de competência, nos ensina:

“§ 131. Regras jurídicas de competência.

1. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA. A competência para o processo de julgamento do habeas corpus obedece ao princípio da hierarquia. Não se pode reputar competente o mesmo juiz que autorizou a coação, ou que ordenou, nem o seu igual, nem, a fortiori, o juiz inferior a ele.”

Com isso, podemos identificar alguns possíveis responsáveis pela apreciação de *habeas corpus*. O primeiro a ser tratado, o juiz de direito, é o responsável por analisar ações que visem trancar o inquérito policial, que tenha por autoridade competente o delegado de polícia. Já os inquéritos determinados judicialmente, só poderão ser trancados por determinação de Tribunal, vez que autoridades somente poderão analisar questões que tenham por coator autoridade inferior.

Da mesma forma, será de competência originária dos Tribunais – seja ele de Justiça, nos casos de juiz de direito, ou Regional Federal, nos casos de juiz federal – analisar atos coatores praticados por juízes, e, assim, decidir *habeas corpus* que tenham sido impetrados em face de tais autoridades. Tais disposições vêm expressar nos artigos 125, § 1º e 108, I, “d”, da CF/88 e nas Constituições Estaduais.

Têm-se ainda casos especiais, em que o órgão responsável pela análise do *writ* será tribunal superior. Os casos de responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça estão descritos, na Constituição Federal, nos artigos 105, I, “c” e II, “a”. Por sua vez, os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, originária e em recurso ordinário, vêm definidos no artigo 102, I, “d” e II, “a”, também da CF/88.

2.7 Sentença e recurso cabível

A sentença que denegue o pedido de *habeas corpus* não faz coisa julgada, podendo ser alterada e, neste caso, ter seu pedido refeito, desde que surjam provas e alegações novas.

Sobre a natureza jurídica da sentença *in casu*, tomaremos, novamente, as palavras do digníssimo professor PONTES DE MIRANDA (1970, p. 33), que diz: “A sentença concessiva de *habeas corpus*, preponderantemente, não declara, nem executa, nem condena, manda.”. Desta forma, fica claro que a ação tem caráter central e deve ser vista como mandamental.

Já os recursos aplicáveis dependem em que grau de jurisdição o pedido foi impetrado. Nesse contexto, é importante que seja observado o disposto na Constituição Federal/1988 e no Código de Processo Penal vigente.

Inicialmente, olhando o disposto no artigo 581, X, do CPP, vemos que cabe, da sentença que decidiu *habeas corpus*, independentemente se concedeu ou negou, recurso em sentido estrito, a saber:

“Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

...

X - que conceder ou negar a ordem de habeas corpus;

...”

Neste mesmo diploma normativo, observamos, ainda, no artigo 574, I, outra possibilidade de recurso envolvendo a ação em questão. Este recurso, chamado de *ex officio*, não necessita de aprovação das partes, devendo ser realizado pelo próprio julgador. Sendo esta uma exceção a regra do impulso oficial e da voluntariedade recursal.

“Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

I - da sentença que conceder habeas corpus;”

Podemos ter, ainda, recurso ordinário constitucional direcionado ao Superior Tribunal de Justiça, quando quem tiver denegado o *habeas corpus* for Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça. Por fim, recurso ordinário constitucional direcionado ao Supremo Tribunal Federal nos casos de decisões proferidas por outros tribunais superiores, conforme distribuição discutida anteriormente.

3. Aplicação do habeas corpus nas punições disciplinares

3.1 Vedação constitucional e infraconstitucional

O artigo 142, § 2º, Constituição Federal traz uma vedação expressa no que tange a aplicabilidade do *habeas corpus* em punições disciplinares. Vejamos:

“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 (grifo meu);

...”

O Código de Processo Penal Militar, em seu parágrafo único, alínea “a” e “b”, corrobora a ideia de que não seria possível a aplicação do *writ* em tela nos casos de punições disciplinares:

“Art. 466. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Exceção

Parágrafo único. Excetuam-se, todavia, os casos em que a ameaça ou a 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 dos Corpos de Bombeiros, Militares, de acordo com os respectivos Regulamentos Disciplinares;...⁹

Em função dos supracitados dispositivos legais, durante anos o entendimento de que seria vedado constitucionalmente o *habeas corpus* nos casos de transgressões disciplinares foi pacífico nos tribunais pátrios. Como exemplo, podemos citar o julgamento proferido pelo ministro Edson Vidigal:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. RECURSO DE 'HABEAS CORPUS'. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. SOLDADO BOMBEIRO MILITAR. RECURSO IMPROVIDO.

- Não cabe 'habeas corpus' nos casos de transgressão disciplinar (cf, art. 142, par-2.).

- Os integrantes dos Corpos de Bombeiros atuam como força auxiliar e reserva do Exército, aplicando-se-lhes, portanto, as sanções que em resguardo da disciplina militar forem estabelecidas em lei (CF, art. 144, IV, par-6.).

- regulamento disciplinar do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro foi editado em virtude de lei e consagra a hierarquia e a disciplina como bases institucionais da corporação.

- Recurso improvido.¹⁰

3.2 Controle jurisdicional dos atos administrativos

A princípio, nos parece evidente que a intenção do constituinte originário, ao introduzir no texto constitucional a vedação trazida em seu artigo 142, § 2º, era impossibilitar que o poder Judiciário exercesse qualquer controle ou gerência sobre os atos administrativos em questão, quais eles, as punições

⁹ BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Brasília: Senado Federal, 2002.

¹⁰ STJ – RHC 555 / RJ - 5ª Turma - Rel. Ministro Edson Vidigal. DJU 18/04/90

disciplinares. Sob o prisma da garantia do estado democrático de direito e da separação de poderes do Estado.

Neste momento inicial, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, dava-se maior ênfase na manutenção da independência administrativa, e, assim, a possibilidade de termos o judiciário atuando em atos administrativos seria uma ingerência de um poder em outro. Devendo isso ser repudiado para que fosse resguardada a tripartição dos poderes.

Acontece que, recentemente, a competência do poder Judiciário tem sido alargada, sendo, com isso, capaz de abarcar matérias que, até pouco tempo atrás – importante lembrar que a Constituição brasileira é bastante moderna – não podiam, ou deviam, ser objeto de análise do poder Judiciário.

Sob esta ótica, cabe lembrar que a administração pública tem o dever de agir pautada pela legalidade e eficiência, conforme prescreve o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal/88, com redação dada pela emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Neste contexto, fica cada vez mais difícil, após a edição da supramencionada emenda, defendermos a discricionariedade absoluta da administração pública, ficando claro que o ato por ela praticado, deve estar sob a égide do controle jurisdicional, para que, dessa forma, este consiga atender os princípios constitucionais da eficiência e, principalmente, da legalidade.

Desta feita, o argumento primordial que sustentava ser inadmissível termos um controle dos atos administrativos pelo poder judiciário não cabe mais, devendo, sempre, o poder público primar pela eficiência e legalidade de seus atos. Sendo, assim, possível um poder atuar dentro da esfera do outro sem que haja uma inobservância ao princípio da tripartição dos poderes.

Do exposto, conforme será mostrado pela jurisprudência firmada trazida em tópico futuro, é predominante o entendimento de que cabe apenas a análise formal dos atos administrativos, mesmo sendo estes discricionários. Não devendo existir, ainda, qualquer distinção entre os atos praticados pela administração pública.

Assim, seria possível a aplicação de *habeas corpus* para verificar a legalidade da punição disciplinar, uma vez que esta se consiste em ato administrativo. Este entendimento é corroborado pelo posicionamento de MORAES (2003, p. 138), que diz ser *habeas corpus* garantia individual ao direito de locomoção aplicada e aplicável a qualquer indivíduo, não cabendo, portanto, restrição alguma.

Nesse contexto, a punição disciplinar com ato administrativo, estaria passível de ser controlada de forma jurisdicional por meio de *habeas corpus*, sendo este um instrumento hábil a possibilitar uma análise apenas formal, e não de mérito, do referido ato.

3.3 Leitura do art. 142, § 2º frente ao art. 5º, LXVIII, da CF/88

Nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988, temos que:

“Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

LXVIII – conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

Faz-se necessário, para entendermos esse aparente conflito entre artigo 142, § 2º frente ao disposto no artigo 5º, LXVIII analisarmos de modo comparativo os supracitados dispositivos constitucionais.

Primeiramente, temos de entender que os direitos tratados no artigo 5º, da CF/88, tratam-se de direitos fundamentais e, que por isso, funcionam como cláusulas constitucionais pétreas e, assim, não podem ser suprimidas ou restringidas, podendo ser através de reforma futura apenas alargadas, conforme preconiza o Art. 60 § 4º, IV, da Constituição Federal/88, senão vejamos:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...

IV - os direitos e garantias individuais.

...”

Com isso, surge com clareza o fato de não podermos ter edição de qualquer norma ou emenda futura que busque restringir de modo algum direito assegurado em tal dispositivo, no caso, os direitos e garantias fundamentais.

Bem verdade que o artigo 142, § 2º é também norma originária e que veio positivada na edição primaveril da Constituição em 1988. Teríamos, com isso, um confronto interessante entre duas normas de mesma hierarquia, surgidas originariamente em uma mesma fonte legal. Seria um conflito de difícil solução, em que dispositivos legais paralelos estariam em confronto. Vivemos, assim, um forte embate entre a disposição entre a disposição abrangente do artigo 5º, com a restrição imposta pelo artigo 142, § 2º, ambos da Constituição Federal.

Contudo, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 142, § 2º, veda a concessão de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, que se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais, ela possibilita a concessão do remédio constitucional, sem fazer qualquer restrição em seu uso.

Em consonância com esse entendimento, faço uso das palavras do juiz-auditor da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, RODRIGUES ROSA (2007), escritor conhecido por defender em seus artigos o direito do militar ao *habeas corpus*. Com a precisão de sempre, diz: “*Em nenhum momento, o artigo 5º, LXVIII, faz qualquer ressalva em relação aos brasileiros naturalizados, estrangeiros ou militares*”. (grifo meu)

TÁVORA (2009), nesse sentido, também nos ensina em sua obra:

“Entrementes, pelo enunciado normativo da Constituição do Brasil, não há restrição à impetração, que é autorizada ‘sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou

coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade e abuso de poder’.

Daí que contra punição disciplinar ilegal que tenha o efeito de cercear a liberdade de militar deve ser admitido o habeas corpus, que é remédio próprio para discutir matéria referente à liberdade de locomoção.”¹¹

Assim, a existência de dispositivo constitucional que veda a possibilidade de aplicação do heroico remédio, qual seja, o artigo 142, § 2º, da CF/88, deve ter seu entendimento revisto, com uma análise moderna, pautada pela interpretação sistemática do direito. Devendo a Carta Constitucional ser vista como um documento único e que tem seus dispositivos ligados uns aos outros, não sendo possível – ou cabível – interpretar qualquer dispositivo de forma isolada ou estanque.

Essa interpretação sistemática faria com que a proibição imposta pelo referido artigo fosse vista como sendo avesso ao todo previsto constitucionalmente, e assim, apesar de emanar da vontade do constituinte originário, não poderia, com toda a evolução interpretativa pela qual passou o ordenamento jurídico pátrio, ser entendida como correta.

Desta feita, é cabível que se diga que a vedação aqui imposta, prevista no dispositivo combatido, por ferir norma prevista no artigo 5º, LXVIII, da CF, é flagrantemente inaplicável, visto que, caso fosse a intenção do constituinte limitar o cabimento de tal medida em transgressões disciplinares o teria feito expressamente no capítulo relativo aos direitos e garantias fundamentais, o que, de fato, não ocorreu.

Apenas a título de complementar a informação dada, lembrando que o tema do presente estudo limita-se a mostrar a restrição ao direito fundamental imposta pelo dispositivo legal combatido, cabe dizer que o controle de constitucionalidade poderia ocorrer de duas formas.

A primeira tem força difusa, e geraria efeitos somente entre as partes que estivessem na demanda, podendo, no entanto, vir a gerar efeitos *erga omnes* nos casos em que a referida inconstitucionalidade fosse declarada no Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, se tenha a aplicação do previsto no

¹¹ TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. JusPODIVM: Salvador, 2009. 3ª edição. pág. 901.

artigo 52, X, da CF, com a publicação de ato normativo do Senado Federal declarando a inconstitucionalidade do dispositivo.

Além dessa, poderia ocorrer, ainda, a declaração feita na forma concentrada. Nesta, apenas os legitimados ativos previstos no artigo 103, da CF/88, poderiam propor uma ação direta de inconstitucionalidade(ADIn), com base no artigo 102, da CF/88, contra o dispositivo combatido. Tal decisão tem força de expurgar o referido dispositivo do ordenamento jurídico, gerando efeito *erga omnes*.

Importante lembrar que a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional é tema extremamente controverso e que aqui não será debatida, vez que, para esgotá-lo, seria necessária uma obra monográfica específica para isso.

3.4 Jurisprudência pertinente ao tema

Após anos de evolução doutrinária e jurisprudencial, e observando as possibilidades levantadas pelos artigos 466 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, no capítulo que regula exclusivamente o habeas corpus, os tribunais pátrios, puxados pelo julgamento do recurso em habeas corpus 1999/0066031-5, do Superior Tribunal de Justiça, relativizaram a proibição impostas pelo artigo 142, § 2º, da Constituição Federal/88, passando, modernamente, a admitir que em casos de exame meramente formal devesse o dito remédio constitucional ser aceito. Abriu-se, com isso, o precedente. Observemos os dispositivos em tela:

“Art. 142 – omissis

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

E o julgamento esclarecedor:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS – COMPETÊNCIA – JULGAMENTO – HABEAS CORPUS – PUNIÇÃO

DISCIPLINAR MILITAR. A proibição inserta no artigo 142, parágrafo 2º, da Constituição Federal, relativa ao não cabimento de habeas corpus contra punições disciplinares militares, é limitada ao exame de mérito, não alcançando o exame formal do ato administrativo-disciplinar, tido como abusivo e, por força de natureza, próprio da competência da Justiça Castrense."

Desta forma, criou-se uma possibilidade de autorização de *habeas corpus* diante das punições disciplinares, baseada na mera interpretação do dispositivo constitucional supracitado. Após tal precedente, acirrou-se a discussão, passando a ter combate, por parte da doutrina, a vedação inserida pelo referido dispositivo constitucional. E, assim, firmou-se entendimento de que qualquer vedação ao *habeas corpus*, não regulada pelo próprio Art. 5º da Constituição Federal/88, seria inconstitucional perante a referida cláusula pétreua.

Após esse precedente, o Supremo Tribunal Federal, guardião e interpretador final da Constituição Federal, ratificou esse entendimento. Todavia, ressalte-se, não é cabível discutir o mérito da punição, ou seja, em síntese, se “foi justa ou injusta”, conforme se depreende da leitura do voto da então Ministra Ellen Gracie de nossa Corte Constitucional:

*“A concessão de habeas corpus impetrado contra punição disciplinar militar, **desde que voltada tão-somente para os pressupostos de sua legalidade** (grifo meu), excluindo a apreciação das questões referentes ao mérito, não configura violação ao art. 142, § 2º, da CF.”¹²*

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 Supremo Tribunal Federal.

Outra jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora com esse entendimento sobre o tema, então vejamos:

¹² STF - RE nº 338.840-1/RS - 2ª Turma - Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 19.08.03, DJU de 12.09.2003

“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)** (grifo meu). 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.”¹³

O Tribunal Regional Federal/1 assim entende:

“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** (grifo meu). 2. “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de

¹³ STJ – HC nº 80.852/RS - 5ª Turma - Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 27.03.08, DJE 28/04/2008

autoridade judiciária competente” (CF - art. 5º, LXI), exceto nos casos de transgressão militar 3. Improvimento do recurso.”¹⁴

Em regra, então, saber-se-á se é possível que o Poder Judiciário irá acolher um *habeas corpus* em relação à punição disciplinar quando a resposta à seguinte indagação for negativa: “o objetivo do *habeas corpus* é discutir se a punição foi justa ou injusta?”.

Do exposto, é inegável que o paciente militar pode utilizar-se do *habeas corpus* quando pretender discutir a legalidade da punição disciplinar, ou seja, quando na verdade irá se realizar apenas uma análise formal do ato administrativo, e não uma análise de mérito.

3.5 Inaplicabilidade nos casos de punições demissionárias

Importante mencionar que não cabe a utilização do *writ* constitucional para questionar exclusão das Forças Armadas, conforme a súmula nº 694, editada no ano de 2003 pelo Supremo Tribunal Federal.

“Súmula 694 – Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.”

Faz sentido tal entendimento, posto que, segundo a própria definição do *writ* constitucional em tela, ele tem por fim evitar que alguém sofra, ou venha a ser ameaçado de sofrer, violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, fato que não se visualiza nos casos de punição que tenha por fim a demissão do militar.

Esse mesmo entendimento pode ser observado no julgado que o Supremo Tribunal Federal realizou, e que a partir de agora se faz análise:

¹⁴ TRF1 – RCHC nº 2002.34.00.035931-5 – 3ª Turma – Rel. Des. Federal Olindo Menezes, j. 11.03.2003

“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).”¹⁵**

Fica claro, dessa forma, que para ser possível a adoção de tal medida protetiva, se faz necessário o cerceamento da liberdade, fato que, definitivamente, não é vislumbrado nesta espécie de punição. Sendo, neste caso específico, inviável a aplicação heroico remédio constitucional, aqui tratado, nos casos de punições demissionárias.

3.6 Competência para julgar o writ nos casos de punições disciplinares

O Art. 92 da Constituição Federal/88 relaciona os vários órgãos do Poder Judiciário, então vejamos:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
I - o Supremo Tribunal Federal;
I-A o Conselho Nacional de Justiça;
II - o Superior Tribunal de Justiça;
III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
VI - os Tribunais e Juízes Militares;
VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.”

A competência dos Tribunais e Juízes para processarem e julgarem demandas judiciais está prevista nos Arts. 102 a 126 da Constituição Federal/88.

¹⁵ STF - HC nº 89198 AgR - 2ª Turma - Rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.11.2006, DJ 01/12/2006

Vejamos os Arts. 102, 109 e 124:

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

I - processar e julgar, originariamente:

...

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

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

...”

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

...

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

...”

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.”

Como se pode perceber na leitura das normas constitucionais acima transcritas, a Constituição Federal/88 define qual órgão do Poder Judiciário é competente para processar e julgar o *habeas corpus*.

Em resumo, de forma prática e objetiva, para definir qual órgão do Judiciário é competente para processar e julgar o *habeas corpus* é necessário estabelecer, primeiramente, se a prisão é decorrente da prática de crime militar ou transgressão disciplinar militar; depois, estabelecer quem é o paciente do remédio constitucional, ou seja, a favor de quem se impetrará o *habeas corpus*.

Se a prisão for decorrente da prática de crime militar caberá ao Superior Tribunal Militar, independentemente de quem seja o paciente. Entretanto, como o presente trabalho monográfico não está voltado para verificar a possibilidade da concessão do *habeas corpus* em face de prisão decorrente de crime militar, não será tecido maiores comentários.

Caso o cerceamento de liberdade seja decorrente de transgressão disciplinar caberá o processamento e julgamento pela Justiça Comum e não pela Justiça Militar, sendo que tal conclusão se dá por exclusão, pois o Art. 109, inciso VII, da Constituição Federal/88 afirma que os Juízes Federais processarão e julgarão o *writ* quando a ilegalidade (constrangimento) provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição.

E como o Art. 124 da Constituição Federal/88 conferiu à Justiça Militar processar e julgar apenas crimes militares, tem-se que o *habeas corpus* contra punição disciplinar não poderá ser discutido pelo Superior Tribunal Militar, logo, conclui-se que, a princípio, caberá aos Juízes Federais processar e julgar o *habeas corpus* contra punição disciplinar.

O termo “a princípio” se refere ao fato de que se o paciente for um dos comandantes da Marinha, Exército ou Aeronáutica, caberá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o *habeas corpus*, conforme disposto no Art. 102, I, alínea “d”, da Constituição Federal/88.

E, aqui, também, será utilizado o “método de exclusão” para afirmar que não sendo o paciente um dos comandantes das Forças Armadas, a competência será do Juiz Federal de primeira instância.

O Supremo Tribunal Federal, interpretador final da Constituição Federal, ratificando esse entendimento, afirmando que cabe à Justiça Federal

Comum e não à Justiça Militar processar e julgar ações contra punições disciplinares, então vejamos:

“EMENTA: 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, caput. 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 (grifo meu) (art. 124, caput, 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.”¹⁶**

Concluindo, cabe ao Juiz Federal em primeira instância processar e julgar *habeas corpus* contra punições disciplinares. Todavia, caso o paciente seja um dos comandantes da Marinha, Exército ou Aeronáutica, caberá ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o *habeas corpus*, conforme disposto no Art. 102, I, alínea “d”, da Constituição Federal/88.

¹⁶ STF – RHC nº 88543/SP – 1ª Turma – Rel. Min. Ricardo Lewandoesk, j. 03.04.07, DJe de 26.04.2007

Conclusão

Após toda abordagem realizada nos capítulos do presente estudo, algumas conclusões se fazem necessárias. A primeira delas é no sentido de ratificar o que foi dito no início deste trabalho monográfico, podendo-se afirmar que não foi foco desse estudo, menosprezar ou denegrir a autoridade dos chefes militares, mas sim ajudá-los a se adequarem ao ordenamento jurídico pátrio, demonstrando a possibilidade jurídica da aplicação do instituto do *habeas corpus*, como garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos.

Ponto crucial do presente estudo é a análise do Art. 142, § 2º, da Constituição Federal/88, que vai de encontro aos direitos e garantias fundamentais introduzidas em nosso ordenamento pelo Art. 5º, da CF/88, uma vez que limita uma matéria que não cabe limitação – cabendo neste ponto uma passada de olhos pelo Art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal/88. Desta forma, a regra imposta no Art. 142, § 2º, da CF/88, embora seja norma constitucional originária, não deve ser aplicada, tendo em vista que sua leitura mostra um posicionamento antagônico frente a diversos outros dispositivos constitucionais.

É importante salientar que a hierarquia e a disciplina constituem o alicerce da profissão militar, não podendo tal fato servir para desautorizar tais profissionais a fazerem uso dos direitos e garantias fundamentais os quais todos os cidadãos fazem jus – como já dito, o militar antes de ser militar é um cidadão, sendo digno, desta maneira, a todos os direitos e garantias fundamentais inerentes a esta condição – e se há algo que perturbe a hierarquia e a disciplina de uma instituição militar, com certeza é a ilegalidade e o abuso de poder.

Tendo por base o alargamento da função jurisdicional do Estado, onde cada vez mais o Judiciário tende a exercer o controle dos atos administrativos, a fim de garantir o disposto no Art. 37, *caput*, da CF/88. E sendo a punição disciplinar um ato administrativo, é cabível que o Judiciário faça uma análise formal, e não de mérito, da punição disciplinar, sem ferir o princípio da tripartição dos Poderes. Fato este corroborado pelas jurisprudências trazidas a este estudo.

Do exposto, ao fim desse trabalho, se torna difícil sustentar a inaplicabilidade do *habeas corpus* nos casos de punições disciplinares, da forma como ela vem trazida no Art. 142, § 2º, da Constituição Federal/88. Sendo, dessa

forma, o direito do cidadão ao *habeas corpus* um direito universal, podendo este ser concedido a qualquer cidadão, independente de ser ou não ele militar.

Por fim, os estudos realizados no presente trabalho monográfico apontam para a possibilidade de aplicação do instituto do *habeas corpus* nos casos de punições disciplinares, ao menos para que haja uma análise formal desse ato administrativo, conferindo, assim, também aos militares o direito expresso pelo Art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal/88. Uma vez que este configura a única forma de se ver resguardada a garantia de locomoção conferida a todos os cidadãos pela Carta Magna.

Bibliografia

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16ª. ed. Método. 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo. Malheiros Editora: 2002.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. *Estatuto dos Militares*. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980.

BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

BRASIL. *Regulamento Disciplinar para a Marinha*. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983.

BRASIL. *Regulamento Disciplinar da Aeronáutica*. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES, Evaldo Corrêa. *Habeas corpus na transgressão disciplinar militar*. Disponível em http://solatelie.com/cfap/html/habeas_corpus5.html. Acessado em 22/05/2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. V. III. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. IV. Campinas: Bookseller, 2002.

MEDINA, Paulo Roberto Gouvêa de. *Direito Processual Constitucional*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37 ed. São Paulo. Malheiros. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Habeas corpus*. 8ª.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Artur Vidigal de. *Legislação, jurisprudência e doutrina*. Revista Jurídica do Ministério da Defesa. Brasília. – Março – 2006. Ano 2 – nº 5.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *A Possibilidade de habeas corpus na Justiça Militar*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 3ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

VIEIRA, Diógenes Gomes. *Manual Prático do Militar*. 2009, Natal-RN. D & F Jurídica. p. 95