

CABIMENTO DO *HABEAS CORPUS* NAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES NO BRASIL¹

Jorge Cesar de Assis²

A questão do cabimento do *Habeas Corpus* nas punições disciplinares militares é tortuosa, que tem atormentado, a um só momento no Brasil, os aplicadores do direito, os comandos militares e, os próprios militares que entendem estarem ameaçados de restrição a sua liberdade individual em face da apuração de eventual falta disciplinar.

Para que se possa delimitar o tema – e tentar entendê-lo, há que se estabelecer uma abordagem sistemática – e didática, de forma a facilitar este estudo. Assim, primordial que se faça algumas considerações sobre o instituto do *Habeas Corpus*.

1. O caráter Constitucional do *Habeas Corpus*

O instituto do *Habeas Corpus* tem amparo constitucional e dele vamos encontrar referências em vários dispositivos da Carta Magna brasileira.

No rol dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos estabelecidos no art. 5º, ele irá aparecer inicialmente no seu inciso LXVIII, com a seguinte redação: "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".

São requisitos do *Habeas Corpus* portanto, a ocorrência efetiva de violência ou coação ou; a ameaça iminente de sofrê-las.

É necessário igualmente que essa violência ou coação efetiva ou a ameaça de sua ocorrência seja sofrida por pessoa determinada, certa (alguém).

A violência ou coação deve estar dirigida à liberdade de locomoção que é direito garantido pelo inciso XV do art. 5º da CF/88, a qualquer pessoa, no território nacional em tempo de paz, inclusive aos cidadãos militares, e é nisso que consiste o constrangimento ilegal a ser sanado pela via do remédio heróico.

Para garantir o acesso à Justiça preconizado no inciso XXXV do já referido art. 5º³, dispõe então o inciso LXXVII, que "são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania"⁴.

Necessário anotar que desde a edição da Carta Magna, as normas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (§1º do art. 5º), sendo que foram

¹ Disponível no site www.jusmilitaris.com.br – seção doutrina / administrativo militar. Versão em espanhol publicada na Revista *Humanitas et Militaris* nº 02 – órgão de divulgação da Associação Internacional das Justiças Militares, Florianópolis, novembro de 2005, p.21.

² Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria/RS. Sócio fundador da Associação Internacional das Justiças Militares e Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Autor de várias obras sobre direito Militar publicadas pela Editora Juruá.

³ art. 5º, inc. XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴ Lei nº 9.265, de 1996. Gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

blindadas pelo inciso IV, do §4º, do art. 60, que não permite que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I. (...); II. (...); III. (...), IV – os direitos e garantias individuais.

Ora, qual seria então a intenção do constituinte originário ao tratar das Forças Armadas brasileiras, dispor no art. 142, §2º, que "não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares", tendo o constituinte derivado⁵ disposto por remissão direta aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre outras, a mesma vedação?

É certo que a Constituição não possui dispositivos antagônicos, razão pela qual não se pode falar em antinomia entre os seus arts. 5º, LXVIII e, o §2º do art. 142, sendo necessário conciliá-los.

A acentuada discussão sobre o cabimento ou não do *Habeas Corpus* nas transgressões disciplinares militares ganhou destaque aliado no rol dos direitos e garantias elencado no artigo mais importante da carta Magna, exatamente no seu inciso LXI, que dispõe o seguinte:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

O dispositivo constitucional, da mais alta importância em prol da garantia da liberdade do cidadão, restringiu a possibilidade de prisão de qualquer pessoa no Brasil a dois casos: flagrante delito e ordem escrita e fundamentada do juiz competente.

É certo que excepcionou em relação a duas hipóteses militares, que dispensam o estado de flagrante ou a ordem judicial: casos de transgressão disciplinar e crime propriamente militar.

Como exemplos deste último podemos citar os crimes de deserção e insubordinação, cuja captura do desertor e insubmisso resta autorizada pela simples lavratura do TERMO DE DESERÇÃO e de INSUBMISSÃO, na forma preconizada pelo Código de Processo Penal Militar.⁶

Já a transgressão disciplinar, que é toda ação ou omissão contrária ao dever militar na sua forma mais simples, quando não chega a configurar crime, deve estar prevista nos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas e das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares.

⁵ Com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 20/1998.

⁶ vide artigos 452 e 463, § 1º, do CPPM.

Há quem entenda que a parte final do dispositivo constitucional retro referido impõe uma condição, qual seja, a de que tanto o crime militar⁷ quanto à transgressão disciplinar estejam definidos em lei.

Ao menos é o que se extrairia da leitura atenta do dispositivo constitucional.

A segunda vírgula do texto, antes da expressão final "*definidos em lei*", daria a entender que esta é uma sentença explicativa, que está explicitando a sentença anterior "*salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar*".

Se a vírgula estivesse após a expressão "transgressão militar", teria-se então a interpretação gramatical que apenas os crimes militares é que deveriam estar previstos em lei, mas não é essa a impressão de se tem.

A discussão nos parece pífia já que a Constituição Brasileira não acolheu, de forma explícita, o princípio da legalidade das transgressões disciplinares, como ocorre, p.ex., na Espanha (art.25.1. da CE).

Um passeio pelo direito comparado irá nos mostrar que na Espanha, o art. 25.1. de sua Constituição formula assim o princípio da legalidade dos delitos e das penas (e das infrações e sanções administrativas): *Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento*⁸. (o destaque é nosso)

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, ao comentarem o dispositivo constitucional espanhol ressaltam, todavia, que o direito disciplinar está sujeito a reserva da lei (princípio da legalidade: art. 25.1. da CE), o que não exclui a possibilidade de que as leis contenham remissões a normas regulamentares e não impede a colaboração regulamentar da norma sancionada⁹.

Assim, quer nos parecer que, ao contrário do direito constitucional espanhol, o direito constitucional brasileiro não contemplou o princípio da legalidade estrita da infração administrativa, a aceitar apenas regulamentos disciplinares com base em lei formal resultante do devido processo legislativo brasileiro, situado a partir do art. 59 de nossa Carta Magna, ainda que se possa pretender identificá-lo no seu já tão referido art. 5º, inciso LXI.

Teríamos então, no Brasil, um princípio da legalidade ampla, a aceitar os regulamentos que especificam infrações e penas administrativas também por decretos, da mesma forma que na Espanha, onde o princípio da legalidade da infração e da pena administrativa está expressamente previsto na Constituição, se admite a existência e vigência de leis que contenham remissões a normas regulamentares, p.ex., o art. 47 do Estatuto dos Militares em relação aos Regulamentos das Forças Armadas brasileiras.

Discorrendo sobre a recepção das garantias penais e processuais para o âmbito da esfera administrativa do direito espanhol, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto aduzem

⁷ Conquanto os crimes militares estejam todos previstos no CPM, o conceito de crime propriamente militar ainda é o da doutrina.

⁸ José Luis Rodríguez – Villasante y Prieto. Principio de legalidad de las infracciones y sanciones disciplinarias militares. Comentarios a La Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Imprenta Ministerio de Defensa, Madrid, junio 2000, p.46.

⁹ ob. Citada, p. 45.

que não se trata de preconizar um transplante de todas as garantias penais e processuais para o âmbito sancionador administrativo. É necessário buscar o adequado equilíbrio entre as garantias básicas do infrator e as prerrogativas da Administração no exercício de sua potestade sancionadora ou disciplinar. Caso contrário, advertem os autores, superada a etapa em que eram possíveis os excessos no exercício de uma potestade sancionadora incontrolada, poderemos cair no extremo oposto: enquanto as garantias do infrator disparam, alçadas por um irreflexivo efeito mimético de transposição em bloco do processo penal para o administrativo sancionador, as prerrogativas da Administração se reduzem até quase sua eliminação. Neste sentido, devemos recordar que a potestade sancionadora da Administração se justifica – segundo a doutrina constitucional espanhola – precisamente porque sua eficácia e imediatidade é a melhor salvaguarda do interesse público, frente a possível ineficácia da Administração da Justiça para reprimir ilícitos de gravidade menor.¹⁰

Guardadas as devidas proporções, é o caso do art. 47 do nosso Estatuto dos Militares, que se mostra perfeitamente em consonância com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, por ser sua fonte original.¹¹

À guisa ainda de ilustração, a Constituição Portuguesa ao tratar do Direito à Liberdade e à Segurança, excepcionou do referido princípio a *privação de liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determina, dentre outros casos, a prisão disciplinar imposta a militar*, garantindo, no entanto, o recurso ao tribunal competente.¹²

Feita esta ligeira apreciação dos dispositivos constitucionais relacionados ao instituto do *Habeas Corpus*, começaremos agora a tecer algumas considerações sobre evolução temporal do remédio heróico.

¹⁰ José Luis Vallasante y Prieto, ob.citada, p.45.

¹¹ O Tribunal Federal da 2ª Região, já decidiu que não cabe a aplicação estrita do princípio da legalidade na classificação das punições disciplinares, e que o Decreto nº 4.346/2002 – o novo RDE, alardeado como inconstitucional, na realidade complementa o Estatuto dos Militares, que remete para o âmbito regulamentar a imposição e a classificação das transgressões disciplinares (RHC 2004.51.01.514718-9, Relator Juiz Federal convocado Alexandre Libonati, julgado em 16.03.2005). Por sua vez, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acolheu, por unanimidade, o recurso da Advocacia-Geral da União (AGU) em Caxias do Sul(RS), para permitir que o comandante do 6º Batalhão de Comunicações aplicasse a punição necessária a um militar que tirou cópias de documentos internos com informações pessoais, sem autorização superior. A punição foi de dez dias de prisão no alojamento de cabos e soldados. A AGU sustentou que as penas de detenção e prisão estão previstas no art.47 do Estatuto dos Militares. Além disso, o Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto 4.346/2002) determina quais as transgressões disciplinares que devem ser punidas dessa forma. O desembargador Néfi Cordeiro concordou com os argumentos da AGU e observou que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Regulamento Disciplinar do Exército é constitucional. (acessado da página da Advocacia Geal da União em 13.11.2005)

¹² Constituição da República Portuguesa de 02 de abril de 1976, revista pelas Leis Constitucionais números 1/82, 1/89, 1/92 e 1/97: art. 27, letra d.

Não se analisará aqui a evolução do *Habeas Corpus* na história do Direito, porque tal análise, com muito mais propriedade, já foi feita nas obras que tratam a fundo do estudo deste remédio heróico.

Vamos nos ocupar da evolução constitucional brasileira, bastando que se diga, entretanto, que "a doutrina majoritária encontra os princípios básicos deste importante instituto na Inglaterra, no ano de 1215, na Magna Charta, promulgada pelo rei João Sem Terra, em face das pressões dos barões e do clero"¹³.

2. Evolução Constitucional do HC

Na legislação brasileira, o *Habeas Corpus liberatório* surgiu com o Código de Processo do Império, de 1832¹⁴, passando a fazer parte de todas as Constituições que se seguiram.

Até então, lembrou Gerson da Rosa PEREIRA, citando Diomar Ackel Filho, que as ordenações vigentes não faziam referência à matéria, muito embora àquela época houvesse alguns diplomas que prescreviam garantias fundamentais dos indivíduos. Eram as denominadas Cartas de Seguro, que asseguravam ao réu, entre outros direitos, a defesa da liberdade. As ordenações do direito brasileiro proibiam expressamente a prisão sem justa causa, mandado judicial e processo regular¹⁵.

Posteriormente, com o advento do Decreto nº 2033, de 29 de setembro de 1891, veio à lume a figura do *Habeas Corpus preventivo*, estendido por força daquele decreto, também aos estrangeiros.

É defensável a tese de que o ingresso do remédio heróico no direito brasileiro ocorreu, de forma implícita, com a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, cujo art. 179, inciso X, dispunha: "À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita de autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar".¹⁶

A partir já da 1ª Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, o HC passou a figurar elencado entre os direitos e garantias individuais.

Com efeito, o § 22 do seu art. 72, previu: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder". (sic)

¹³ PEREIRA, Gerson da Rosa. O descabimento de *Habeas Corpus* contra as punições disciplinares militares: Uma exceção na contramão dos direitos e garantias fundamentais? Monografia apresentada no Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria – UNIFRA, em 22.12.2004.

¹⁴ Código de Processo Criminal do Império, art. 344: Qualquer juiz pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus* ex officio, quando chegar a seu conhecimento (...) que algum cidadão, oficial de Justiça ou autoridade tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.

¹⁵ O descabimento do *Habeas Corpus*..., já citado, p. 17.

¹⁶ CAMPANHOLE, Adriano e, CAMPANHOLE, Helton Lobo. Constituições do Brasil – Compilação e Atualização de textos, notas, revisão e índices. Editora Atlas, 10ª edição. São Paulo, 1989, p. 768.

Uma simples leitura do texto constitucional de então, possibilita constatar que o *habeas corpus* tutelava qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção, assim compreendida não só a liberdade de ir e vir, mas a que fosse necessária para o exercício de outros direitos, notadamente aqueles atualmente defendidos pelo Mandado de Segurança, cuja separação e delimitação dos dois institutos, ocorreu com a Constituição de 1934.

Já o texto Constitucional de 1934, embora suprimindo a expressão "locomoção", passou a prever seu descabimento, puro e simples nas transgressões disciplinares, *verbis*:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habes corpus*.

Assim, a restrição do remédio heróico às transgressões disciplinares foi uma inovação dos textos constitucionais.

Muito embora a Carta Constitucional de 25 de março de 1824 não tenha tratado do *habeas corpus* em relação aos militares, contudo, curiosamente, em seu art. 179, onde versava sobre as garantias dadas pela Constituição do Império admitia a prisão dos militares como **necessária à disciplina e recrutamento do Exército, como retrata em seu inciso X.**¹⁷ (o destaque é nosso)

A Constituição Federal de 10 de novembro de 1937, decretada por Getúlio Vargas com o apoio das Forças Armadas, manteve a vedação do *habeas corpus* nos casos de punição disciplinar

A Carta de 1946, tido por muitos como a mais liberal deste país, manteve o *habeas corpus* em seu art. 141, inciso XXIII, como também vedava a concessão do *writ* nas punições disciplinares.

O instituto do *Habeas Corpus* repete-se nas Constituições de 1967¹⁸ e 1969¹⁹, com a mesma vedação dirigida às punições disciplinares.

O denominado REGIME MILITAR entretanto, em relação ao instituto do remédio heróico, apresentou duas faces antagônicas e distintas, a saber:

A garantia constitucional foi consideravelmente restringida, na medida em que se excluía, sumariamente, de qualquer apreciação judicial, os atos praticados de acordo com os atos institucionais e complementares.²⁰

¹⁷ Conforme Gerson da Rosa Pereira. O descabimento do *habeas Corpus*..., já citado, p. 21.

¹⁸ art. 150, § 20.

¹⁹ art. 153, § 20.

²⁰ AI-5, art. 10: Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Em contrapartida, com perspicácia, lembrou o saudoso Ministro Jorge Alberto Romero, que

"a liminar em *habeas corpus*, usada, sem lei a respeito, pela jurisprudência de todos os tribunais, foi criação do STM. O professor Heleno Fragoso, quando nos saudou em nome do Conselho federal da OAB, em cerimônia de nossa posse como ministro do STM, em 12.11.1979, disse ter sido no referido tribunal que por primeira vez em nosso direito, um juiz militar – o Almirante José Espíndola – concedeu liminar em *habeas corpus* preventivo. Quando mais tarde, o STF atuou no mesmo sentido, em HC concedido a um Governador na iminência de ser deposto, invocou-se o precedente da Justiça Militar." (DJU, Seção I, 30 nov 1979, p. 9004)²¹

A curiosidade e interesse jurídico nos permitiram obter cópia dos autos de nº 27.200, originário do então Estado da Guanabara, autuado em data de 28 de agosto de 1964, pedido interposto por paciente civil, que respondeu a inquérito policial militar que visava apurar condutas relacionadas ao exercício funcional do mesmo junto à Caixa Econômica Federal.

A bem da verdade, essa importante decisão do STM ocorreu em 31 de agosto de 1964, ou seja, no calor da chamada Revolução Militar que assumira os rumos do país 05 (cinco) meses antes, e foi deferida em sede não de *liminar* como se noticia, mas sim tratou-se de *decisão preliminar*, requerida pelo advogado do paciente para sustar o comparecimento do mesmo perante o encarregado do IPM até julgamento definitivo do HC pelo STM.

Assim manifestou-se o ilustre relator Ministro Almirante de Esquadra José Espíndola em seu despacho que tornou-se histórico, apesar de pouquíssimo conhecido pela comunidade jurídica nacional:

“31/8/64

Sejam solicitadas as informações necessárias ao Sr. Encarregado do Inquérito Policial Militar Tenente Coronel (...), esclarecendo o mesmo qual o motivo da abertura de Inquérito.

Como preliminar, determino que o Sr. Encarregado do Inquérito se abstenha de praticar qualquer ato contra o paciente até definitivo pronunciamento deste Egrégio

²¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral). Editora Saraiva, São Paulo, 1994, p. 15/16.

tribunal, telegrafando-se ao mesmo, com urgência, para o referido fim.”

Redemocratizado o país, com a edição da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 – a chamada Constituição Cidadã, o *habeas corpus* revitalizou-se, estando disposto no seu Capítulo II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, com a seguinte redação: "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".²²

3. Evolução Infraconstitucional do HC

Prefaciou Homero Prates que no tocante ao novo direito judiciário militar, o primeiro Código de Processo que surgiu foi o Regulamento Processual Criminal Militar, baixado pelo Supremo Tribunal Militar em 16 de julho de 1895, em consequência da autorização que lhe foi dada pelo Poder Executivo, o qual, por sua vez, recebeu tal delegação do Legislativo por disposição expressa do art. 5º, § 1º, do Decreto nº 149, de 18 de julho de 1893.

Esse Regulamento esteve em vigor até 1922, ano em que foi votado o Código de Organização Judiciária e Processo Militar que baixou com o Decreto nº 15.635, de 26 de agosto de 1922²³.

Conforme se pode verificar em seu conteúdo, dito Regulamento Processual de 1893 não tratou do *Habeas Corpus*.

Assim o instituto não foi previsto na competência do então Supremo Tribunal Militar (art. 31), conquanto destinasse um capítulo (X) à prisão, fosse a decorrente do flagrante delito (art. 114) ou a preventiva (art. 116) antes de culpa formada, podendo ser aplicada ao militar ou paisano sujeito a jurisdição militar, mas somente por ordem escrita dos ministros da Guerra e da Marinha, e também das autoridades que podiam convocar os *conselhos de investigação* (precursores do Inquérito Policial Militar). Tais autoridades, então previstas no art. 2º do Regulamento, se assemelhavam, hoje, às autoridades detentoras de poder de polícia judiciária militar²⁴.

Posteriormente, o Código de Justiça Militar de 1926, modificado pelo Decreto 24.803, de 14 de julho de 1934, previu, em seu art. 261, o instituto do *Habeas Corpus*.

Referindo-se ao remédio heróico em sua obra, RAUL MACHADO asseverou "que nenhuma dificuldade oferecendo a prática do processo de *habeas corpus*, clarissimamente

²² art. 5º, inciso LXVIII.

²³ PRATES, Homero. Código de Justiça Militar. Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1939, p. VIII e IX.

²⁴ Conforme se pode verificar do texto do Regulamento constante da obra Código Penal Militar, de Oscar Macedo Soares. H. Garmier, Livrero – Editor, Rio de Janeiro. 1903, páginas 341 a 401.

regulado pelo art. 261, suas letras e parágrafos do C.J.M., torna-se desnecessário apresentar aqui, qualquer modelo a respeito".²⁵

Por sua vez, o Código de Justiça Militar que se seguiu, Decreto Lei nº 925, de 02 de dezembro de 1938, previu um capítulo específico sobre o *Habeas Corpus*, tratado em seu art. 272 e parágrafos.

A redação do artigo era a seguinte:

Art. 272. Todo aquele que sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, por ato de alguma autoridade militar, judiciária ou administrativa, ou de junta de alistamento e sorteio militar, poderá requerer ao Supremo Tribunal Militar uma ordem de *habeas-corpus*, por si ou por procurador.

(...)

§ 6º: nas punições disciplinares não cabe o *habeas-corpus*."

Desta forma, o texto do Código de Justiça Militar estava adequado ao sistema Constitucional vigente (1934), que inaugurou a proibição expressa do instituto aos transgressores disciplinares.

O Código de Justiça Militar de 1938 iria vigorar até 21 de outubro de 1969, quando foi substituído pelo Código de Processo Penal Militar, trazido à lume pelo Decreto Lei nº 1002, submetendo-se portanto às Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969. O atual Código de Processo Penal Militar - CPPM está procurando adequar-se à Carta vigente, de 05 out 1988.

Diz o art. 466 e seu parágrafo único do CPPM, o seguinte

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;

²⁵ MACHADO, Raul. Direito Penal Militar. I. Briguet e Cia Editor. Rio de Janeiro, 1930, p. 331.

b) de punição aplicada aos oficiais e praças das Polícias e dos 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;²⁶

d) da aplicação de medidas que a Constituição do Brasil autoriza durante o estado de sítio;²⁷

e) nos casos especiais previstos em disposição de caráter constitucional.

4. Natureza Jurídica do *Habeas Corpus*. Espécies de HC.

Neste ponto, superadas as considerações iniciais acerca da evolução do instituto do *habeas corpus*, necessário, ainda que de forma rápida identificar sua natureza e espécies, bem como identificar seus pressupostos para a partir de então, entrarmos na discussão pretendida, ou seja, o cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares.

Quanto à natureza devemos anotar, com Vicente de Paulo Saraiva, que

como garantia individual, também entre nós o *habeas-corpus* passou a significar, substantivamente, o próprio "mandado de soltura" – se destina a proteger a liberdade de ir e vir, ou seja, de locomoção, de quem a perdeu ou se acha ameaçado de perdê-la, por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, para os atos que não digam respeito propriamente à aludida liberdade de locomoção, direta ou indiretamente, o remédio é o mandado de segurança (CF, artigo 5º, LXIX), e não *habeas-corpus* – como se praticou por vezes, antes da criação daquele. E, embora *ad rubricam* o *habeas corpus* se ache inserido entre os recursos, sua natureza é propriamente de uma ação.²⁸

Ação de natureza constitucional, com certeza.

Já no CPPM o *Habeas Corpus* insere-se entre os recursos especiais.

²⁶ A prisão administrativa, prevista no art. 319 do CPP comum, restou revogada pela CF/88.

²⁷ Artigos 137 a 139 da CF/88.

²⁸ SARAIVA, Vicente de Paulo. *Habeas Corpus* II. Revista Jurídica Consulex, nº 207, Brasília, 31 de agosto de 2005, p. 16.

Basicamente há duas espécies de *habeas corpus*: "Quando a coação já se consumou, o *writ* se denomina <liberatório>; se ainda é mera ameaça – esta, resultante de ato concreto, diz-se <preventivo>, expedindo-se neste último caso um "salvo conduto"."²⁹

Pode-se igualmente diferenciar o *habeas corpus* sob dois ângulos de atuação. Assim, a ação de *habeas corpus* será de natureza penal quando a coação a ser atacada tem essa característica, como aquelas decorrentes de prisão em flagrante ou da prisão preventiva, quando não estão presentes os requisitos que as autorizam.

E, tal ação constitucional será de natureza administrativa quando a coação partir de uma punição disciplinar militar.

Por fim, a ação de *habeas corpus* será atípica, quando a coação não decorrer de nenhuma das hipóteses referidas anteriormente, como por exemplo, a internação compulsória de determinada pessoa em hospital, ocasião em que o coator, que geralmente é uma autoridade pública, poderá ser o particular.

Ensejam o pedido de *Habeas Corpus* a coação decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. A ilegalidade reflete uma situação à margem da lei ou contra ela. O abuso de poder pressupõe que o coator em princípio possui poder legalmente instituído, mas ultrapassa os limites estabelecidos de sua competência.

O art. 467 do CPPM³⁰, prevê as hipóteses de abuso de poder e de ilegalidade, como ensejadoras de *Habeas Corpus*, *verbis*:

ART.467 - Haverá ilegalidade ou abuso de poder:

- a) quando o cerceamento da liberdade for ordenado por quem não tinha competência para tal;*
- b) quando ordenado ou efetuado sem as formalidades legais;*
- c) quando não houver justa causa para a coação ou constrangimento;*
- d) quando a liberdade de ir e vir for cerceada fora dos casos previstos em lei;*
- e) quando cessado o motivo que autorizava o cerceamento;*
- f) quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;*
- g) quando alguém estiver processado por fato que não constitua crime em tese;*
- h) quando estiver extinta a punibilidade;*
- i) quando o processo estiver evidentemente nulo.*

Por fim, dado que a liberdade é atributo fundamental do ser humano, o *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, em proveito próprio ou de outrem, ou pelo

²⁹ SARAIVA, Vicente de Paulo. *Habeas Corpus* II, citado, p. 16.

³⁰ O CPP tem disposição semelhante no seu art. 648, considerando as hipóteses de coação ilegal.

Ministério Público.

O Código de Processo Penal Militar destina todo um Capítulo, o VI, do título II (dos Processos Especiais), sobre o *Habeas Corpus* (artigos 466 a 480).

5. O *Habeas Corpus* em sede de transgressão disciplinar

Quanto ao cabimento do *habeas Corpus* nas punições disciplinares militares, possível, atualmente, estabelecer três correntes distintas, a saber:

A primeira, mais ortodoxa, que inadmite o remédio heróico, pura e simplesmente. Para os seguidores desta teoria extremada, devem ser protegidos os conceitos de hierarquia e disciplina, que deverão ficar a margem de qualquer análise pelo Judiciário.

Segundo Gerson da Rosa PEREIRA³¹, seriam adeptos desta corrente: Cretella Júnior, para quem

"o *habeas corpus* é *writ* concedido a todo aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, regra jurídica constitucional que sofre exceção em relação a punições disciplinares militares" [...]. Excetua-se, pois, da proteção pelo *habeas corpus*, todos os casos em que o constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção resultar de punição disciplinar."

Na mesma linha de raciocínio estão Walter Ceneviva, para quem "por razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina, não cabe o *habeas* para as punições militares de caráter disciplinar"³² e José Afonso da Silva, segundo o qual,

"onde há hierarquia, [...], há, corretamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, [...]. A disciplina é, assim, um corolário de toda a organização hierárquica. Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao *habeas corpus*, nos termos do art. 142, § 2º [CF/88], que declara não caber

³¹ O descabimento do HC contra as punições disciplinares militares; já citado, p. 33.

³² CENEVIVA, Walter. Direito Constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 68.

aquele remédio constitucional em relação a punições disciplinares militares" (grifou-se)³³

A segunda corrente, mitigada, ao mesmo tempo em que entende inviável o *habeas corpus* nas punições disciplinares, propugna que esta vedação está dirigida apenas ao mérito do ato disciplinar – que é de natureza administrativa, não estando impedido o exame quanto à própria legalidade da punição a ser aplicada.

Lembrado por Gerson da Rosa PEREIRA, expoente da segunda corrente, Ackel FILHO afirma que "... o óbice ao *habeas corpus* há de ser admitido em termos, ou seja, o que se veda é a concessão de *habeas corpus* nos casos de punição disciplinar regular. Se a punição é imposta por autoridade manifestamente incompetente ou, de qualquer modo, ao arpejo das normas regulamentares que vinculam a ação do superior que pune, a ação heróica será certamente cabível."³⁴

Compartilha da mesma opinião Pinto Ferreira, que defende a possibilidade do *habeas corpus* nas punições disciplinares, quando: a) a sanção for determinada por autoridade incompetente; b) em desacordo com a lei; c) extrapolando os limites da lei.³⁵

Pontes de Miranda, ao analisar a questão lembra que:

[...] a transgressão disciplinar refere-se necessariamente, a: a) hierarquia, através da qual flui o dever de obediência e de conformidade com instituições, regulamentos internos e recebimento de ordens; b) poder disciplinar, que supõe a atribuição de direito de punir, disciplinarmente, cujo caráter subjetivo o localiza em todos, ou em alguns, ou somente em alguns dos superiores hierárquicos; c) ato ligado à função; d) pena, susceptível de ser aplicada disciplinarmente, portanto sem ser pela justiça como justiça.

E continua o autor:

É possível, porém, que falte algum dos pressupostos. Se, nas relações entre o punido e o que puniu, não há hierarquia, ainda que se trate de hierarquia accidental prevista por alguma regra jurídica, porque essa

³³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 1994, p. 738.

³⁴ ACKEL FILHO, Diomar. Writes Constitucionais. Editora Saraiva. São Paulo. 1991, p. 39.

³⁵ PINTO, Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Editora Saraiva, São Paulo. 1996, p. 202

hierarquia também é e pode constituir o pressuposto necessário – de transgressão disciplinar não há se falar. Basta que se prove não existir tal hierarquia, nem mesmo accidental, para que seja caso de se invocar o texto constitucional, e o *habeas corpus* é autorizado. Mas a hierarquia pode existir [...] sem existir poder disciplinar [...]. Por onde se vê que a hierarquia e o poder disciplinar [...] são pressupostos necessários mas autônomos. Se há hierarquia, se há poder disciplinar pode ser ligado à função, [...] a pena disciplinar pode ser aplicada, e nada tem com isso a justiça. Se o ato é absolutamente estranho à função, [...], falta o pressuposto do ato ligado à função, pois, de transgressão disciplinar não se há de cogitar. (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., p. 480/481).³⁶

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

Os tribunais brasileiros, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, têm se inclinado pela segunda corrente a qual também nos filiamos.

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

Para CAMPOS JÚNIOR, “ é interessante notar, entretanto, e regressando àquele raciocínio, que a Constituição Federal acabou permitindo um outro ‘disparate jurídico’ ao somente impedir o *habeas corpus* com relação à prisão decorrente de lesões leves à disciplina militar, isto é, oriundo de infrações disciplinares (art.142, § 2º)! É fato, à ofensa de pouca monta àquele bem jurídico pode-se não só prender sem se estar em flagrante ou sem ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente como também é-lhe defeso eventual remédio heróico, mas à prisão nas mesmas condições ocasionada por fato mais grave, crime exclusivamente militar, o Texto Maior, tendo em vista a restrição contida no citado artigo, acaba permitindo-lhe a ação constitucional. Ora, se a finalidade de ambas as hipóteses – prisão por infração disciplinar e por crime propriamente militar – é a mesma, *salvaguardar pronta e exemplarmente* a hierarquia militar, haja vista sua *infinita relevância*, **com muito maior razão** deveria ser proibido o *habeas corpus* quando a constrição se devesse a fato de *maior gravidade*! E nem se argumente que o autor de crime puramente militar, podendo ser submetido a posterior processo penal, teria que ter todos os

³⁶ *apud* O descabimento de Habeas Corpus contra as punições disciplinares militares, já citado, p. 34/35.

seus direitos e garantias fundamentais respeitados, estando nisso a possibilidade da mencionada ação pois em caso de um processo administrativo igualmente subsequente diria Gilberto NONAKA, também é “(...) *necessário (sic) a observância de todos os princípios constitucionais*, como por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art.5º, LV). Neste ponto, registramos nosso rogar”.³⁷

6. EFEITOS DA LIMINAR EM *HABEAS CORPUS* EM SEDE DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR NO SEIO DA TROPA

Conforme constou do Esclarecimento da Assessoria 1, do Gabinete do Comandante do Exército Brasileiro³⁸, a disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes da organização militar" (Artigo 6º, RDE)

Na profissão militar, a justiça é a pedra fundamental para promover disciplina, eficiência e moral nas Forças, com a finalidade de que a missão militar seja cumprida.

Poucas profissões têm por pilar básico a disciplina. Uma Força Armada é vista, pela sociedade a qual pertence, como uma coletividade de indivíduos que devem abnegar seus interesses pessoais, anseios e temores para perseguir os objetivos da instituição que integram. O desapego à vontade individual engrandece e fortalece a capacidade face aos desafios e adversidades encontrados. A disciplina é uma importante ferramenta para que tal propósito seja alcançado.

Por isso a sua peculiaridade, de tal forma destacada que exige até mesmo o sacrifício da própria vida³⁹.

Por outro lado, toda a vida em caserna é altamente normatizada, por meio de regulamentos diversos, como o de continência e sinais de respeito, que estabelece todo um padrão de relacionamento a ser seguido pelos militares, estabelecendo procedimentos de apresentação, saudação e de retirada de recintos e da presença de superiores.

Diferentemente da vida civil, a violação dos deveres militares exige uma rápida e eficaz ação da parte do Comandante, de forma a recompor a disciplina onde ela foi, em algum momento, violada.

³⁷ CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. Direito Penal e justiça Militares – Inabaláveis Princípios e Fins, Editora Juruá, Curitiba, 2001, p.170/171.

³⁸ <http://www.exercito.gov.br/05Notici/paineis/2005/outubro/assessoria1.htm>, acesso em 19 de outubro de 2005.

³⁹ Estatuto dos Militares, art. 31, inciso I: Os deveres militares compreendem, essencialmente: a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida.

Quando o subordinado contrapõe-se ao seu superior, o efeito gerado no seio da tropa é muito forte e pode enfraquecer o Comando se este não puder exercitar os instrumentos de que dispõe, notadamente o Regulamento Disciplinar, a fim de inclusive cumprir sua obrigação maior que é precisamente a de zelar e manter pela disciplina e pela eficiência de sua tropa, sob pena de, não o fazendo, submeter-se ele – Comandante – ao rigor do Regulamento Disciplinar e, eventualmente, ao próprio Código Penal Militar (art. 198).

Bem por isso, há que se adotar extrema cautela na expedição de liminares em pedido de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar, não se olvidando que na realidade da Justiça Brasileira, o julgamento definitivo do pedido de *habeas corpus*, uma vez deferida a liminar pode (e isto ocorre freqüentemente) demorar mais de ano, ocasião em que o Comandante ficará de mãos atadas, isso sem contar igual ou superior prazo para julgamento do recurso de ofício na instância superior.

Se considerarmos que, por mandamento constitucional, o *habeas corpus* não cabe nas transgressões disciplinares, razoável concluir que o magistrado só deve expedir liminar se a ilegalidade for gritante, escancarada, como por exemplo imaginemos a autoridade não ser competente para aplicar pena disciplinar ao faltoso, por não tê-lo sob sua subordinação, mas isso, convenhamos, num regime extremamente controlado como o militar, é difícil de acontecer. Ademais, o militar possui prerrogativas (artigos 73 e 74 do Estatuto) e, sendo preso – em qualquer hipótese e em qualquer lugar – deverá ser apresentado **sempre** ao seu Comandante, se deste não partir a ordem de prisão de natureza disciplinar.

Se um Comandante, Chefe ou Diretor (*expressões equivalentes*) determina a prisão de militar que não sirva sob seu comando estará cometendo um crime militar (*constrangimento ilegal, seqüestro ou cárcere privado*) ou no mínimo, abuso de autoridade (Lei 4898/1965). Mas dessa hipótese, aventada à guisa de ilustração, não se tem notícia.

Também não se olvide que os regulamentos disciplinares possuem um roteiro pré-estabelecido no tocante aos recursos disciplinares cabíveis, razão pela qual entendemos, até que ele se esgote, salvo flagrante e escancarada ilegalidade pelo caminho (*a aplicação de punição disciplinar é um ato vinculado*) não se deve conceder liminar em HC sob pena de supressão da instância administrativa.

O Procurador da República Mário Pimentel ALBUQUERQUE, sintetizou, em lapidar parecer, a ideal coexistência entre a Justiça e a peculiar vida militar, expressando-se da seguinte forma:

“A hierarquia e a disciplina constituem, por assim dizer, a própria essência das forças armadas. Se quisermos, portanto, preservar a integridade delas devemos começar pela tarefa de levantar um sólido obstáculo às pretensões do Judiciário, se é que existem, de tentar traduzir em conceitos jurídicos experiências vitais da caserna. Princípios como os da isonomia e da inafastabilidade do Judiciário têm pouco peso quando se trata de aferir situações específicas à luz dos valores constitucionais da hierarquia e da disciplina. O quartel é tão refratário àqueles princípios, como deve ser uma família coesa que se jacta de ter à sua frente um chefe com suficiente e acatada autoridade. E seria tão desastroso para a missão institucional das forças armadas que as ordens de um oficial pudessem ser contraditadas nos tribunais comuns, como para a coesão da família, se a legitimidade do pátrio poder dependesse, para ser exercido, do plebiscito da prole.

Princípios democráticos são muito bons onde há relações sociais de coordenação, mas não em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles, filhos, soldados ou monges.

Se o judiciário, por uma hipersensibilidade na aplicação dos aludidos princípios constitucionais, estimular ou der ensejo a feitos como os da espécie, pronto: os quartéis se superpovoaram de advogados e despachantes; uma continência exigida será tomada como afronta à dignidade do soldado e, como tal, contestada em nome da Constituição; uma mera advertência, por motivo de desalinho ou má conduta, dará lugar a pendengas judiciais intermináveis, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina.

Da mesma forma que a vocação religiosa implica o sacrifício pessoal e do amor próprio — e poucos são os que a têm por temperamento -, a militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores. sem o que vã será a hierarquia, e inócua o espírito castrense. Se um indivíduo não está vocacionado à carreira das armas, com o despojamento que ela exige, que procure seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre iniciativa constituem

virtudes. Erra rotundamente quem pretende afirmar valores individuais onde, por necessidade indeclinável, só os coletivos têm a primazia. Comete erro maior, porém, quem, colimando a defesa dos primeiros, busca a cumplicidade do judiciário para, deliberadamente ou não, socavar os segundos, ainda que aos nossos olhos profanos, lido possa parecer tal expediente e constitucional a pretensão através dele deduzida.”⁴⁰

Concluindo acerca da cautela que o magistrado deve ter na expedição de liminares em *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, sempre é bom lembrar as duas espécies de HC:

Quando a ordem de HC for **liberatória**, significa que o paciente se encontra preso disciplinarmente, sua liberdade já foi cerceada e assim, caberá ao magistrado verificar o aspecto formal do edito de prisão, já que impedido de apreciar o mérito do ato.

Quando a ordem de HC requerida for **preventiva** - e aí mora o perigo, a análise prévia do magistrado deve ser no sentido de **verificar se efetivamente está presente a ameaça iminente de sofrer o paciente militar violência ou coação em sua liberdade**.

Ora, iminente é aquilo que está para acontecer em um futuro próximo e certo, e somente não acontecerá se for impedido. O exemplo mais claro da iminência da prisão sem ordem da autoridade judiciária competente e sem estado de flagrância ocorre nos crimes militares próprios da deserção e da insubmissão, onde a simples lavratura do Termo autoriza a captura do desertor ou do insubmisso⁴¹.

Só existe uma hipótese em que é possível alegar a iminência da possibilidade da prisão que se tem por ilegal ou abusiva. É quando já transcorreu a apuração da falta, esta não foi justificada e o Comandante resolveu punir o subordinado, materializando essa decisão em nota expressa, a ser publicada em Boletim da Organização Militar.

A iminência da prisão disciplinar estará limitada entre a publicação da decisão do Comandante e a efetivação da restrição da liberdade, sendo esse o *interregno* em que o paciente poderá pedir HC preventivo.

⁴⁰ HC nº 002217/RJ, TRF / 2ª Região, Relator Desembargador Federal Sérgio Correa Feltrin, julgado em 25. 04.2001.

⁴¹ Vide artigos 452 e 463, § 1º, do CPPM.

Não existe a possibilidade de se alegar iminência de violência ou coação à liberdade durante o transcorrer da apuração da transgressão disciplinar pelo simples motivo que o paciente não poderá afirmar qual será a sua punição.

Com efeito, o Regulamento Disciplinar do Exército, à semelhança dos regulamentos das demais Forças, prevê uma série de possíveis punições a que estão sujeitos os militares, em ordem de gravidade crescente, a saber: a advertência, a repreensão, o impedimento disciplinar, a detenção disciplinar, a prisão disciplinar e a exclusão a bem da disciplina (art. 24). Dessas, a advertência e a repreensão são verbais, o impedimento não o deixa sair da área do quartel (*não é pena privativa mas sim restritiva da liberdade*), a detenção será na área de seu alojamento; somente a prisão disciplinar é que terá local específico e mais restrito.

Ora, se o julgamento da transgressão deve ser precedido de uma análise que considere a pessoa do transgressor; as causas que a determinaram; a natureza dos fatos que a envolveram e as conseqüências que dela possam advir (art.16), sopesando-se as causas de justificação (art.18), as atenuantes (art.19) e as agravantes (art.20), ressalvado que de acordo com o parágrafo único do art.18 ***não haverá punição disciplinar quando for reconhecida qualquer causa de justificação***, fica difícil – muito difícil mesmo ver, qualquer ameaça **iminente** de coação ou violência, a justificar a liminar em sede de HC nas transgressões disciplinares militares, porque o processo apuratório ainda não estará concluído, o suposto transgressor poderá ser justificado, ou mesmo receber uma punição de natureza verbal.

Da mesma forma, se o paciente está alegando que durante a apuração da falta disciplinar não estão sendo observados, por exemplo, princípios constitucionais como o do contraditório e da ampla defesa ou mesmo o do devido processo legal – **que se constituem direito líquido e certo** dos acusados em geral, a questão não é de *habeas corpus* mas sim mandado de segurança, não sendo um substitutivo do outro.

7. AUTORIDADE COMPETENTE PARA APRECIAR *HABEAS CORPUS* EM TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

A Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, trouxe sensível modificação na Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, outorgando-lhe competência para processar e julgar as ações judiciais contra as punições disciplinares militares.

Esta nova competência – agora de natureza cível é, a nosso sentir muito ampla, envolvendo todo e qualquer questionamento contra punição disciplinar militar, e de conseqüência, o julgamento do HC nas transgressões disciplinares, já em 1º grau de jurisdição, salientando-se que a competência para apreciá-lo é do Juiz de Direito do Juízo Militar.

Até então, a competência para apreciar pedido de HC em transgressão disciplinar nos Estados e no DF era da Justiça Comum estadual⁴², já que a Justiça Militar das Unidades Federativas somente podia julgar o HC decorrente do processo penal, e mesmo assim, a competência era tão-somente dos Tribunais⁴³.

A nível federal, até que ocorra a conclusão da chamada Reforma do Judiciário⁴⁴, a competência para julgar pedido de HC em transgressão disciplinar é da Justiça Federal.

A competência prevista no art.469 do CPPM, em favor do Superior Tribunal Militar, refere-se, por enquanto, tão-somente ao remédio heróico invocado no decorrer do inquérito policial ou do processo penal militar ou, ainda, durante a execução da sentença.

Daí porque não cabe, *data venia*, ao E. STM, conhecer dos pedidos de HC em transgressão Disciplinar, por lhe faltar competência para tanto, ainda que esse Tribunal, costumeiramente assim proceda.⁴⁵

Por fim, quando for concluída a reforma constitucional, e com ela o advento da parcela de jurisdição cível da Justiça Militar da União, consubstanciada na competência para *exercer o controle jurisdicional das punições disciplinares militares*⁴⁶, cremos que a competência para apreciar pedido de HC nas transgressões disciplinares passará a ser do

⁴² Conquanto algumas Unidades da Federação já previam essa competência ao Juiz Auditor, a saber, o Distrito Federal (Lei 8.407/1992, art. 7º), Rio de Janeiro (Lei nº 3.293/1999, art. 156) e Santa Catarina.

⁴³ CPPM, art. 469.

⁴⁴ Dita proposta de reforma prevê caber à Justiça Militar da União exercer o controle jurisdicional das punições disciplinares militares.

⁴⁵ Todavia, acertadamente, no Habeas Corpus nº 2005.01.034085-8-SP, impetrado junto ao STM em face de punição disciplinar, o relator Ministro Sérgio Ernesto Alves Conforto, acolhendo parecer do representante da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, e reconhecendo que a Justiça Militar da União não tem competência para apreciar matéria relativa a questões disciplinares em sua parte administrativa, tornou insubsistente o indeferimento da liminar pleiteada, negando seguimento ao pedido de ordem por incompetência da Justiça Militar da União, determinando a remessa dos autos ao Juiz Federal Distribuidor da Seção Judiciária de São Paulo, competente para o caso em exame. Decisão exarada em 27.09.2005.

⁴⁶ Quer nos parecer que o *controle jurisdicional das punições disciplinares militares*, a ser exercido pela Justiça Militar da União (caso a proposta de emenda constitucional se concretize) só poderá ser plenamente exercido em decorrência do processamento e julgamento das *ações judiciais contra atos disciplinares militares* interpostas naquele Juízo, da mesma forma que a Justiça Militar Estadual, ao processar e julgar as *ações judiciais contra atos disciplinares militares* estará exercendo o *controle jurisdicional das punições disciplinares militares* aplicadas ao militar estadual ou do DF.

Juiz-Auditor, já que a eventual ilegalidade ou abuso de poder será de autoridade administrativa sob sua jurisdição, e nunca do Superior Tribunal Militar que atuará como órgão de 2º grau de jurisdição da decisão cá embaixo proferida.

Originariamente – e futuramente, em termos de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, o STM somente irá atuar em sede de competência originária, se o paciente for Oficial General.

8. SÍNTESE QUANTO AO CABIMENTO DO HC NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES

É momento de concluir, e assim, conforme já dissemos alhures⁴⁷,

A punição disciplinar é o meio pelo qual o superior hierárquico reconduz à normalidade desejada a disciplina, quebrada pelo subordinado que serve a seu mando.

Princípios constitucionais como o da legalidade (art. 5º, II), e o da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), são sempre fundamentos, ao lado da alegada violação ao direito de ir e vir dos militares, frente a uma eventual e questionada aplicação de punição disciplinar restritiva de liberdade.

De plano se diga que há um impeditivo constitucional quanto a matéria (impossibilidade jurídica do pedido) calcada no art. 142, § 2º - *não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*. Este impeditivo, está em harmonia com o inciso LXI do art. 5º, do mesmo diploma – *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*.

A proibição advirta-se, não é absoluta. O Judiciário, até mesmo em decorrência da inafastabilidade de sua apreciação, não entrando no mérito do ato administrativo (*que é prerrogativa do Comandante*), poderá aferir, juridicamente, alguns requisitos próprios do ato administrativo disciplinar, como a competência, a legalidade e as formalidades da medida restritiva de liberdade.

Fundamentalmente, devem restringir-se a três, as alegações pertinentes à análise pelo Judiciário do ato administrativo disciplinar militar: é competente a autoridade ? ; há previsão legal para a punição ?; houve possibilidade para o exercício do direito de defesa ?

Sem pretender esgotar a matéria – nos faltam condições para tanto, mas visando principalmente incentivar a reflexão dos estudiosos, a conclusão que se impõe é a seguinte:

a. Que a sociedade militar é peculiar, ninguém duvida. A própria Constituição assim lhe apresenta, lastreada na disciplina e na hierarquia, que constituem a essência das Forças Armadas. Mesmo peculiar, integra a Administração Pública brasileira como um

⁴⁷ Acerca do tema, publicamos *Os Regulamentos Disciplinares e o Respeito aos Direitos Fundamentais*, Informativo Jurídico *in*consulex, Ano XVII – nº 2, Brasília, 13 de janeiro de 2003. Versão em espanhol foi publicada na Revista Española de Derecho Militar nº 81, Madrid, enero-junio de 2003.

todo, obedecendo aos princípios previstos no art. 37, caput, da Carta Magna: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

b. Se os direitos fundamentais forem corretamente entendidos pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares, não há porque entrarem em rota de colisão com os direitos dos militares, já que visam os primeiros, exatamente, tutelar os segundos.

c. As restrições impostas aos militares são aquelas relacionadas pela própria Constituição. Daí decorre que, ao contrário do cidadão comum, a carreira das armas requer certo despojamento de liberdade. Quem nela não se enquadra, deve procurar seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre iniciativa constituem valores.

d. Todavia, a sociedade militar submete-se aos princípios gerais do Direito. Pode e deve ser submetida ao controle do Poder Judiciário, do qual a ninguém é dado furtar-se em um Estado Democrático de Direito. Conquanto se tenha como certo que o uso do poder é prerrogativa das autoridades, não raras vezes estas dele abusam, seja pela prática do excesso de poder (mesmo competente para praticar o ato, vai além do permitido, exorbitando no uso de suas faculdades administrativas), seja pelo desvio de finalidade (quando, mesmo competente, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público).

e. Este controle dos atos administrativos militares deve, entretanto, reduzir-se aos aspectos extrínsecos do ato, ou seja, se foram atendidos os requisitos necessários à sua formação: A **competência**, que resulta da lei e por ela é limitada; a **finalidade**, que é o objetivo de interesse público a atingir; a **forma**, que é requisito vinculado e imprescindível e; o **motivo**, que é a situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato administrativo. Hoje, em face do princípio do acesso à Justiça, conjugado com o da moralidade administrativa, a motivação é, em regra, obrigatória⁴⁸.

f. Entretanto, não deve o Judiciário, jamais, analisar o mérito do ato administrativo, prerrogativa dos Comandantes, Chefes e Diretores Militares – especialmente na seara delicada do habeas corpus nas transgressões disciplinares, sob pena de estimular ou dar ensejo a intermináveis pendengas judiciais entre Oficiais e subordinados, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina.

g. O sistema jurídico militar vigente no Brasil pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores Militares (conferido pela Lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhe são subordinados, relação esta tutelada pelos Regulamentos Disciplinares e pela legislação penal militar.

h. Finalmente, não há, de modo algum, intromissão do Poder Judiciário nas questões essencialmente administrativas militares. Bem por isso, desde a instauração de sua primeira República, em 1891, o Brasil adotou o Sistema de Jurisdição Única, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça comum, seja ela federal ou estadual.

⁴⁸ Conforme Hely, obra citada, p.134/137.