



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

MICHAEL JEFFERSON CELEDÔNIO DE HOLANDA

HABEAS CORPUS E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

FORTALEZA
2010

MICHAEL JEFFERSON CELEDÔNIO DE HOLANDA

HABEAS CORPUS E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago.

FORTALEZA
2010

MICHAEL JEFFERSON CELEDÔNIO DE HOLANDA

HABEAS CORPUS E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Ms. Marcos de Holanda
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestranda Ana Paula Pinto Silva
Universidade Federal do Ceará - UFC

Monografia aprovada em: _____/_____/_____

A Deus, por suprir todas as minhas necessidades para vencer mais este desafio.

A meus pais, pela educação e pelo caráter transmitidos.

À minha namorada, Nádia, pelo amor e apoio incondicional.

A todos os meus amigos e familiares, pela confiança e atenção dispensadas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, Senhor dos Exércitos, meu mestre e condutor, pois sem ele não teria a plena capacidade para realizar este tão almejado sonho, formar-me em Direito na Universidade Federal do Ceará. Foram muitos os obstáculos a serem superados, mas todas as vezes que cai, meu Deus estava ao meu lado para me levantar. Agradeço aos meus amados pais, exemplos em todos os sentidos, por terem contribuído para a minha formação moral e educacional, pois sem eles não estaria atingindo mais este objetivo. À minha Tia Loura, mulher de força, coragem e determinação, que muito contribuiu para minha formação como homem, dando-me exemplo de como se deve trilhar o caminho certo. À minha namorada Nádia, pela companhia nos momentos felizes e tristes, companheira de todas as horas, em quem me espelho para conseguir tudo que desejo. Ao meu irmão, Platini, por ser junto comigo motivo de orgulho para nossos pais, sendo filhos honestos e de caráter. Ao professor Nestor pela prestimosa atenção e ajuda para o desenvolvimento deste trabalho. Ao Professor Marcos de Holanda, por ter me dado a honra de participar da Banca Examinadora, bem como à Ana Paula Pinto da Silva. Aos Aspirantes 2006 da Polícia Militar do Ceará, pela amizade e companheirismo eterno. A cada um daqueles, amigos e familiares, que com uma palavra amiga ou de incentivo tornam a vida mais fácil de ser conduzida. Terminar uma faculdade não é tarefa fácil, os percalços são muitos, mas quando se descansa no Senhor e se têm amigos e familiares fiéis e companheiros, tudo é mais fácil. Muito obrigado, esta é apenas uma de muitas vitórias a serem conquistadas, para a honra e glória do Senhor Jesus, o único digno de glória e louvor.

RESUMO

Trata-se da análise da restrição imposta pelo art. 142, § 2, da Constituição Federal de 1988, quanto ao cabimento do *habeas corpus* diante das punições disciplinares militares. Aborda aspectos históricos referentes à origem do *habeas corpus*, bem como sua natureza jurídica e espécies. Apresenta considerações a respeito dos aspectos que envolvem a aplicação das punições disciplinares militares, explicando em que consistem as transgressões disciplinares militares, os requisitos do ato disciplinar militar, bem como os princípios basilares da hierarquia e da disciplina, alicerces das forças militares. Conclui que a restrição imposta pela Constituição Federal não deve ser interpretada na sua literalidade, ou seja, não deve ser compreendida como uma proibição absoluta da utilização do *habeas corpus* quando da aplicação das punições disciplinares, e sim, deve ser entendida como uma limitação apenas à análise do mérito administrativo por parte do Poder Judiciário, sendo plenamente possível a utilização do instituto quando da existência de abusos e ilegalidades na aplicação das punições disciplinares militares.

Palavras-chave: *Habeas Corpus*. Transgressão Disciplinar Militar. Hierarquia e Disciplina.

ABSTRACT

This is the analysis of the restriction imposed by art. 142, § 2 of the Constitution of 1988, as to the appropriateness of *habeas corpus* before the military disciplinary punishments. Discusses historical aspects concerning the origin of *habeas corpus* and legal nature and species. Presents considerations about the issues involving the application of military disciplinary punishments, explaining what constitute military disciplinary transgressions, the requirements of military disciplinary action, as well as the basic principles of hierarchy and discipline of the military bases. It concludes that the restriction imposed by the Federal Constitution should not be interpreted in its literal, or should not be understood as an absolute prohibition of the use of *habeas corpus* during the application of disciplinary punishments, but rather should be construed as a limitation only to analysis of the merits by the administrative judiciary, as fully as possible the use of the institute where the existence of abuses and illegalities in the application of military disciplinary punishments.

Keywords: *Habeas Corpus*. Transgression Military Discipline. Hierarchy and discipline.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 HABEAS CORPUS.....	10
1.1 Habeas corpus no Brasil.....	14
1.1.2 Natureza jurídica	23
1.1.3 Conceito	26
1.1.4 Espécies de habeas corpus	27
2 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR	30
2.1 Hierarquia e disciplina.....	31
2.2 Limites do ato disciplinar militar	33
2.2.1 O ato disciplinar militar	33
2.2.1.1 Requisitos do ato disciplinar militar	33
2.2.2 O mérito do ato disciplinar militar	43
2.2.3 Proporcionalidade e razoabilidade do ato disciplinar militar.....	44
3 HABEAS CORPUS EM SEDE DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR ..	47
3.1 Posicionamentos a respeito do tema.....	47
3.2 Análise diante dos aspectos legais e constitucionais	50
3.3 Competência para julgamento do habeas corpus.....	54
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	59
ANEXO	64

INTRODUÇÃO

O instituto do *habeas corpus* originou-se das constantes lutas travadas entre a sociedade e a tirania dos variados tipos de Governo, e nasceu com o objetivo de ver-se respeitado o direito à liberdade individual, impedindo que esta fosse cerceada ou violentada de maneira tirana e autoritária.

Mesmo com seu nascimento e normatização na Inglaterra por volta de 1215, o *writ* continuou a ser violentado ao longo dos reinados que se passaram, e a luta travada pela sociedade para fazê-lo ter eficiência foi árdua. No Brasil, o *habeas corpus* surgiu, tratado como tal, somente em 1832, através do Código de Processo Criminal, e passou a ser registrado constitucionalmente na Constituição de 1891.

Este instrumento é uma verdadeira arma para os cidadãos poderem resistir à tirania e aos abusos do Estado, é a maneira mais pura de se proteger o direito à liberdade individual, sem o qual a fruição de diversos outros direitos não é possível.

A discussão a respeito do tema é de suma importância por tratar-se de um direito fundamental plasmado constitucionalmente, e que apesar de uma interpretação literal do texto constante no art. 142, §2º, da Constituição Federal, transmitir uma idéia de total impedimento da utilização do *habeas corpus* quando da aplicação das punições disciplinares militares, percebe-se que esta não é a interpretação mais adequada quando considerado todo o regimento constitucional brasileiro.

O tema causa divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, há os que defendem a total impossibilidade do uso do *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares, como Cretella Júnior, citado por Jorge Cesar de Assis (2010, p.186), segundo o qual a utilização do *habeas corpus* sofre exceção quando da aplicação das punições disciplinares militares, não sendo cabível em nenhuma hipótese.

Bem como os que entendem que a restrição constitucional limita-se à análise do mérito administrativo por parte do judiciário, sendo possível a análise quanto aos aspectos da legalidade, como Ackel Filho, citado por Jorge Cesar de Assis (2010, p. 187), para o qual a restrição à utilização do *habeas corpus* quando da aplicação das

punições disciplinares é parcial, podendo ser cabível sua utilização quando a punição é imposta por autoridade incompetente ou, de qualquer modo, ao arrepio das normas regulamentares que vinculam a ação do superior que pune.

O presente trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com o objetivo de relatar os principais posicionamentos sobre a limitação do art. 142, §2º, da Constituição Federal de 1988, e chegar a uma conclusão de qual posicionamento é o mais adequado levando-se em consideração a atual legislação brasileira, e o fato de que os militares apesar de serem regidos por legislação especial, não deixam de ser titulares dos direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal.

Para tal propósito, subdividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro, procurou-se traçar a origem e evolução do *habeas corpus*, buscando-se demonstrar os fatores que ocasionaram o seu surgimento, como se deu o seu desenvolvimento, como aconteceu a sua implantação na ordem constitucional brasileira, e também explicar a natureza jurídica do instituto, o conceito e suas espécies.

No segundo, tratou-se da transgressão disciplinar militar, com uma abordagem da sua definição, dos conceitos de hierarquia e de disciplina, bem como dos principais aspectos que envolvem o ato disciplinar militar, seu conceito e seus requisitos. Ainda no capítulo 2, abordou-se o mérito do ato disciplinar militar, e a proporcionalidade e razoabilidade deste.

No terceiro, é analisada de forma mais específica a questão do cabimento ou não do *habeas corpus* quando da punição disciplinar pelo cometimento de transgressão disciplinar militar, trazendo os posicionamentos a respeito da temática, e fazendo-se uma análise quanto aos aspectos constitucionais e legais.

Por fim, são tecidas as considerações finais, bem como as referências bibliográficas de apoio à pesquisa realizada.

1 HABEAS CORPUS

Segundo fontes doutrinárias, o *habeas corpus* (*habeas corpus ad subjiciendum* – tomai o corpo do detido para submeter ao tribunal o homem e o caso) - nasceu no direito inglês.

Em 15 de junho de 1215, os barões ingleses impuseram ao rei João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum*, cujos princípios do *writ of habeas corpus* estavam registrados em seu capítulo XXIX, sobre o qual manifesta-se Pontes de Miranda (1962, p.9):

se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia prática imediata e utilitária da liberdade física. A moral individualista, que caracteriza, flagrantemente, o grande povo (cuja psicologia tanto se enquadra nas idéias gerais de suas instituições) soube tirar do velho bárbaro latim daquele trecho o germe de várias leis inestimáveis que os tempos e as lutas aprimoraram.

Nota-se, nas palavras do autor, que os ingleses foram responsáveis por plantar no mundo jurídico uma idéia que futuramente geraria o desenvolvimento de institutos importantes para a garantia dos direitos individuais.

Florêncio de Abreu (1945, p.549), embasado em Pontes de Miranda, assegurou que o *habeas corpus*

decorre da common Law, em virtude dos preceitos da Magna Carta, capítulo XXIX, onde se determina que nenhum homem livre pode ser detido, nem preso (*nufus liber home capiatur vel imprisonmentur*), sem que seja condenado por seus pares ou pelas leis do país (*nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*). Paladino da liberdade, o seu fim é evitar, ou remediar, quando impetrado, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas.

Percebe-se que a Magna Carta trouxe princípios existentes atualmente. José Frederico Marques (1965 *apud* MOSSIN, 2010, p. 4) assentou que:

a Magna Carta, imposta pelos barões ingleses, em 15 de junho de 1215, ao rei João Sem Terra, foi ato solene para assegurar a liberdade individual, bem como para impedir a medida cautelar de prisão sem o prévio controle jurisdicional (retro n. 923). O modo prático de efetivar-se esse direito à liberdade – como lembra Costa Manso – foi estabelecido pela jurisprudência: expediam-se mandados (*writs*) de apresentação, para que o homem (*corpus*) e o caso fossem trazidos ao tribunal, deliberando este sumariamente sobre se a prisão devia ou não ser mantida. Dos diversos *writs*, o que mais se vulgarizou foi o *writ of habeas corpus ad subjiciendum*,

pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum* – tudo aquilo que a respeito fosse decidido.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2008, p. 570), coadunando com a origem supracitada, anota que:

O instituto tem sua origem no Direito inglês. E foi em 15-6-1215, quando o rei João Sem Terra, ou *Lackland*, pressionado pelos barões e pelo clero, promulgou a 'Magna Charta Libertetum vel concordia inter regem Johannem et barones', que surgiu o gérmen do *habeas corpus*. Dizia o capítulo 29: 'Nulum liber hommo capiatur, vel imprisionetur, aut dissaisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec semper eum ibimus, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae'. (Nenhum homem livre será detido, feito prisioneiro, posto fora da lei ou exilado nem de forma alguma arruinado, nem iremos nem mandaremos alguém contra ele, exceto mediante julgamento de seus pares e de acordo com a lei da terra.

Hélio Tornaghi (1989, p. 382-383) segue no mesmo sentido:

O *habeas corpus* é, no Direito inglês, do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), isto é, seja feito de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de *habeas corpus* (*ad deliberandum et recipiendum; ad faciendum; ad testificandum*). Mas a expressão *habeas corpus*, sem mais nada, *habeas corpus* por antonomásia, designa o *habeas corpus ad subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (*ad faciendum*), de que se submete (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for julgado correto pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandato (*writ*) do Direito Inglês e baluarte permanente de nossas liberdades (*the stable balwark of four libertatis*).

Indiscutivelmente, a Carta de 1215 revelou-se um marco para a humanidade, pois, por meio dela, o respeito à liberdade individual, que só era um sonho escondido no recôndito da alma humana, começou a tornar-se real. Através dela nasceram áureos tempos, consistentes em uma maior conquista da liberdade, tantas vezes solapada pelo abuso, pela tirania e pelo despotismo. O fortalecimento da liberdade do homem, conquistada na citada época, foi o início da estruturação de um modelo jurídico que visa a tutelar o direito individual de ir, vir e ficar por meio dos principais diplomas da maioria dos países civilizados.

Apesar de a Magna Carta ter trazido tamanho progresso na garantia da liberdade individual do homem, inúmeras vezes foi transgredida e desconsiderada

por João Sem Terra. Mesmo com a morte deste, as medidas arbitrárias não cessaram, e os barões em 1258, por intermédio de 224 membros, constituíram uma assembléia que recebeu o nome de parlamento, quando através deste foram elaboradas as famosas “Provisões de Oxford”, como a Magna Carta, que foram juradas pelo rei, mas Henrique, sob a alegação de que os barões abusaram do triunfo, conseguiu que o Papa anulasse aquele juramento.

Nota-se que os mandamentos garantidores da liberdade física do cidadão sempre acabavam sendo desrespeitados e ultrajados, dentro de um contexto de conflito político entre o parlamento, formado pelos barões, e o rei.

A luta travada entre a sociedade inglesa e o reinado para que as garantias à liberdade física do indivíduo fossem respeitadas foi árdua. Em 1297, o parlamento exigiu nova confirmação da Magna Carta, tendo o rei Eduardo cedido, e a assinatura deu-se em 5 de novembro de 1298.

No desenrolar dos séculos, o direito à liberdade individual, garantido pela Magna Carta foi enfraquecido e reduzido substancialmente. Prova disso é que no reinado de Carlos I pessoas eram presas e acusadas de traição como subterfúgio para a não obediência ao preceito de que ninguém fosse detido a mando do rei, ou de seu conselho, sem que houvesse acusação legal e procedente, ou *writ* de direito comum. A desculpa era que a prisão por traição não era uma simples detenção, mas uma prisão de caráter extraordinário. Também buscava-se legalizar aquelas detenções com as simples palavras *per specialis mandantum regis, e,*

os juízes, depois de serenidade superficial, no dizer de H. Hallam, decidiram em favor da coroa, mais uma vez, o lastimável precedente de que as simples palavras – *per specialis mandantum regis* – eram suficientes para justificar a restrição da liberdade individual, do direito de ir, ficar e vir, em se tratando mesmo de fidalgos (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 49).

Estes atos déspotas e arbitrários revoltaram a sociedade inglesa, que não mais aceitando tamanhos abusos, em 1628, através do parlamento, convocou uma assembléia para solucionar a situação insustentável, vindo a redigir a *Petition of Rights* (Petição de Direitos), a qual restabeleceu o remédio do *habeas corpus*.

Confirmando a dificuldade de se dar efetividade ao *habeas corpus* naquela época, Pontes de Miranda (1962, p.55) expõe que:

A liberdade física, direito absoluto, tirado da natureza humana, já tinha, desde 1215, na Inglaterra, a consagração que lhe dera o § 29 da Magna Carta. Essa lei foi desrespeitada, esquecida e postergada a cada passo. Sem garantias sérias, sem remédios irretorquíveis, estava exposta, ora às decisões covardes de certos juizes, ora às interpretações tortuosas dos partidários da prerrogativa.

Depois da Petição de Direitos, por volta de 1679, o importante direito natural, consistente em ir, vir e ficar, ainda continuou a ser enfraquecido como expõe Pontes de Miranda (1962, p.16):

mesmo depois da Petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a cada momento. Muitas vezes, o que era bem pior, desobedecidas. Os sofismas, a trapaça e a timidez conspiravam, de mãos dadas ao rei, contra o inestimável remédio processual. De posse de certos precedentes, tudo se conjecturava e entretia para tornar ineficazes as ordens de soltura. A parte que tinha um homem preso podia deixar de obedecer ao primeiro *writ*, a expedição de segunda ou mesmo terceira ordem, a que se davam os nomes de *alias* e *pluries*.

Todos esses desmandos e desrespeitos ao direito de liberdade não podiam perpetuar-se, e como bem ensina José Frederico Marques (1965 *apud* MOSSIN, 2010, p. 8) que

demonstrou, no entanto, a experiência, que não bastava a proclamação do princípio contido na Magna Carta, pois de tornava indispensável a regulamentação legislativa de seu processo. Veio então o que Blackstone denominou de Segunda Magna Carta, isto é, o *Habeas Corpus Act de 1679*, destinado a disciplinar, processualmente, através de atos legais, a proteção ao direito de liberdade. Os preceitos da Magna Carta se mostravam ineficazes devido ao insuficiente sistema processual: *but is had been inefficacious for want of a stringent system of procedure*.

Notadamente, entende-se daquela lei, sob o título de *An act for better securing the liberty of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the sea*, que sua composição era de caráter processual, com o intuito de possibilitar uma real aplicação do *habeas corpus*.

Posteriormente, sobreveio o *Habeas Corpus Act de 1816*, com o intuito de corrigir as falhas do *Habeas Corpus Act de 1679*, que se revelou imperfeito, haja vista que:

só se referia às pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir *habeas corpus* as detidas por outras acusações ou meros pretextos. Nem sequer havia outro remédio com que obtivessem das causas uma decisão qualquer sobre a legalidade de sua encarceração. Foi nesse sentido que providenciou o *Habeas Corpus Act de 1816* (56 Geo. III, c.100). Desde aí, estando uma pessoa presa ou

detida por outros motivos diversos de acusação criminal, começou a usar-se do *habeas corpus* para apressar a decisão. Uma vez resolvida a questão da ilegalidade do constrangimento do impetrante, restituía-se-lhe a liberdade, como antes procedia relativamente às detenções ilegais por suspeita de crime (PONTES DE MIRANDA, 1962, p.71).

A partir daqui, passou-se a empregar o *habeas corpus* mais amplamente, buscando garantir cada vez mais a liberdade do indivíduo, evitando sua violação em questões referentes à prática de crimes, bem como das privações frutos de outros cernes.

Percebe-se a dificuldade que os ingleses tiveram para fazer valer a preservação de um direito natural, o *ius libertatis*, e a sua luta possibilitou um avanço incomensurável na ordem jurídica daquela época projetando-se à atualidade, onde o instituto do *habeas corpus* encontra-se plasmado nas mais modernas legislações.

Impende lembrar que o *habeas corpus* concebido atualmente é originário do direito inglês, mas em época mais remota conheceu-se um pouco da natureza deste instituto, através dos interditos, originários do Direito Romano, que eram fórmulas expedidas pelos pretores para ordenar ou vedar a prática de um ato em favor de alguém, sendo o *interdictum de homine libero exhibendi* uma ordem para que fosse apresentado ao pretor o cidadão que injustamente tivesse sua liberdade restringida. Vale salientar que os interditos eram institutos eminentemente civis, já que o Estado era absoluto, não se admitindo que ele fosse restringido em sua atuação, não respondendo por atos de seus agentes e nem tampouco podendo ser acionado pelo cidadão. Nota-se que o *habeas corpus* em si, possui mais amplitude e garantia, mas deve-se reconhecer que o cidadão romano em época bem remota tinha um instrumento de provocação do Estado para que este apreciasse a injustiça da restrição da liberdade, aplicando ao caso o direito devido.

1.1 Habeas corpus no Brasil

Na época de incidência da legislação reinol no Brasil, em nenhum momento tratou-se do instituto do *habeas corpus*. Também não trataram desse importante instituto as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, apesar de serem posteriores ao ano de 1215. Já nas Ordenações Filipinas, como se verá adiante, existiam as cognominadas cartas de seguro, que precariamente tinham a função do *writ*.

É seguro afirmar que o momento legislativo que provocou o aparecimento do *habeas corpus* no Brasil foi o Decreto de 23 de maio de 1821, que sobreveio à partida de D. João VI para Portugal, referenciado pelo Conde dos Arcos.

Este decreto foi de suma importância histórica e jurídica, pois vários preceitos constitucionais atuais nele estão alicerçados. O decreto previa que desde sua publicação nenhuma pessoa livre no Brasil poderia jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deveria prender o delinqüente; que nenhum juiz ou magistrado criminal pudesse expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurassem contestes, assim o fato que em lei expressa fosse declarado culposos, como a designação individual do culpado, devendo o juiz ainda escrever sentença interlocutória que obrigasse à prisão e livramento, a qual se guardaria em segredo até que se pudesse verificar a prisão do que assim tivesse sido pronunciado delinqüente; que quando fossem presos os devidamente indicados como criminosos, fosse realizado o processo dentro de um prazo peremptório de 48(quarenta e oito) horas, dando aos acusados a oportunidade de promover uma justa defesa que não poderia negar-se a ninguém e, previa ainda que ninguém poderia ser mantido preso em segredo e sob condições desumanas, pois a prisão não tinha o objetivo de maltratar quem nela estivesse.

Depreende-se do decreto, o primeiro passo no Brasil na direção de proteger a liberdade individual, que sempre fora violada pelo abuso e pelo arbítrio. O despotismo e a tirania do homem que detém o poder e que não sabe exercê-lo alicerçado na democracia, sempre foram os responsáveis por gerar na sociedade a inquietação e a coragem de lutar para a implantação de qualquer que seja o *writ*.

Mas o referido decreto não se restringiu a garantir a proteção da liberdade do homem, foi muito além, pois estabeleceu o instituto da prisão em flagrante como forma legal e justa de detenção individual, a proibição da prisão sem culpa formada, prazo para o término do processo e a publicidade da audiência, bem como a proteção aos direitos humanos do preso. Essas garantias encontram-se plasmadas na Constituição Federal atual, e no Código de Processo Penal em vigor, o que demonstra a importância do decreto para o desenvolvimento do contexto jurídico atual.

O decreto não fez nenhuma menção direta ao instituto do *habeas corpus*, mas deixou claro a necessidade de criar-se um instrumento legal capaz de tutelar os direitos individuais nele contidos, o que certamente tornou-o o detentor da idéia inicial para o surgimento do *writ* tutelar do direito de ir, vir e ficar do cidadão no Brasil.

Esperava-se que a Constituição do Império, datada de 1824, fizesse menção ao *habeas corpus*, o que não ocorreu, embora tenha sido lavrada dentro de um espírito liberal, e ao que tudo indica, tenha sido inspirada no Decreto de 23 de maio de 1821. Mas houve quem dissesse que o *habeas corpus* encontrava-se estabelecido implicitamente no texto constitucional:

Há quem pense que o *habeas corpus* data do Código de Processo (1830). Penso que essa opinião não está certa. Acho que cabe aos autores do Código de Processo a glória de terem compreendido e tratado de desenvolver o pensamento constitucional. Todavia, o *habeas corpus* é uma instituição constitucional, e está incluído de modo expresso e implícito na própria Constituição, desde que esta decretou a independência dos poderes, e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer tudo quanto entende com a inviolabilidade pessoal. (ALENCAR, 1947 *apud* CAAMAÑO, 2009, p. 41).

O inc. 8º do art. 179 da Constituição de 1824 foi assim confeccionado:

Ninguém poderá ser preso sem culpa formada exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as.

Depreende-se que o texto constitucional buscava tutelar a liberdade individual quando esta fosse violada de forma arbitrária e ilegal, mas não trazia à baila um instituto adequado a ser utilizado quando o texto constitucional fosse ultrajado.

Para assegurar a garantia da liberdade física do indivíduo, lançava-se mão do *interdictum de liberis exhibendis*, da classe dos interditos exhibitórios do direito romano, conforme ensina Eduardo Espínola (1980, p.9):

Para assegurar a garantia, não foi, entretanto, introduzido o instituto do *habeas corpus*, que o direito português, para aqui transportado, desconhecia; com o fim de garantir a inviolabilidade da liberdade humana, fazendo cessar o constrangimento resultante da prisão fora dos casos e sem as condições de que cogita o preceito constitucional, era usado o *interdictum de liberis exhibendis* (GAMA COELHO. *Habeas Corpus*, 1900,

p.7 e 34; GALDINO SIQUEIRA. *Curso de Processo Criminal*. 2. ed. 1930, p.381), da classe dos interditos exhibitórios do direito romano.

Além do citado interdito, eram usadas as chamadas cartas de seguro, que tinham a finalidade de permitir que certos réus se livrassem da prisão, para que soltos pudessem se defender, ou recorrer, dentro do tempo por elas concedido.

Mas apesar do *interdictum de liberis exhibendis* e das cartas de seguro terem uma idéia do instituto do *habeas corpus*, possuíam limitações e careciam de instrumentalidade, o que não possibilitava tutelar satisfatoriamente o direito de liberdade do indivíduo quando arbitrariamente violado, sendo o *habeas corpus* o único capaz de tal proteção, como expõe Pontes de Miranda (1962, p.129):

Onde não há remédio do rito do *habeas corpus*, não há, não pode haver, garantia segura da liberdade física. Errar é humano, coagir é vulgar, abusar do poder é universal e irremediável. A história toda é prova disso. A contemporaneidade confirma-o a cada passo. Só recurso pronto, fácil, suspensivo como o *habeas corpus* pode acudir à liberdade dos indivíduos. Sem ele, em que pese aos franceses e aos demais povos do continente europeu, fica a mercê do policial, do inquirir, das averiguações e da justiça o direito dito inalienável cuja relevância as constituições acentuaram.

A expressão *habeas corpus*, tratada como tal, apareceu no Direito brasileiro com o advento do Código Criminal de 1830, em seus arts. 183 e 184, que tratavam dos crimes contra a liberdade individual:

Recusarem os juízes, a quem for permitido passar ordens de *habeas corpus*, concedê-las quando lhes forem regularmente requeridas, nos casos em que podem ser legalmente passadas; retardarem sem motivo a sua concessão, ou deixarem, de propósito, e com conhecimento de causa, de as passar, independentemente de petição nos casos em que lei determinar; recusarem os oficiais de justiça, ou demorarem por qualquer modo a intimação das outras diligências necessárias para que essa ordem surta efeito.

Mas do ponto de vista jurídico, os tipos penais foram inócuos, pois careciam de normas legais que tratassem do instituto do *habeas corpus* dando-lhe aplicabilidade, o que só ocorreu em 1832, através do Código de Processo Criminal, que trazia no bojo de seu artigo 340: “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.” Aqui surgiu indubitavelmente o *writ* no Direito brasileiro.

O Código de Processo Criminal disciplinou o pedido de *habeas corpus*: a petição tinha que ser fundamentada, pois o requerente estava obrigado a apresentar

as razões em que se fundava a persuasão da ilegalidade da prisão; exigia que na ordem de *habeas corpus* se devia, explicitamente, ordenar ao detentor ou carcereiro que dentro de certo tempo e em certo lugar viesse apresentar, perante o juiz ou tribunal, o queixoso, e dar as razões de seu procedimento; previa a concessão do *writ ex officio*, quando o juiz, no curso do processo, verificasse a prisão ilegal de alguém; dispunha que a prisão seria julgada ilegal quando não houvesse uma justa causa para ela, quando o réu estivesse na cadeia sem ser processado, por mais tempo do que marcava a lei, quando seu processo estivesse devidamente nulo, quando a autoridade que o mandou prender não tivesse direito de o fazer, quando já cessado o motivo que justificava a prisão; e ainda previa requisição de informações da autoridade que ordenou a prisão.

É inconteste afirmar que o *habeas corpus* teve seu surgimento no Código de Processo Criminal de 1832, sendo, no entanto, figura processual e não constitucional.

O instituto continuou a evoluir, e em 1871, trouxe à baila a figura do *habeas corpus* preventivo, como bem ensina Eduardo Espínola (1980, p. 12):

completou-se, em 1871, a evolução do instituto, no direito brasileiro, quando a Lei n. 2.033, de 20 de setembro, focalizando o caso de ameaça à liberdade individual, determinou não ser o *habeas corpus*, apenas, remédio contra o constrangimento já objetivado e, sim, também contra o projetado e iminente; dispôs, com efeito, o art. 18: os juízes de direito poderão expedir ordem de *habeas corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do chefe de polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no Exército ou Armada. A superioridade de grau de ordem da jurisdição é a única que limita a competência da respectiva autoridade em resolver sobre as prisões feitas por mandados das mesmas autoridades; e o § 1º acrescentou: tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas corpus*, ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer constrangimento corporal, mas se veja ameaçado.

Além de trazer ao lume a figura do *habeas corpus* preventivo, a Lei de 1871 promoveu um alargamento em relação aos destinatários do *writ*, estendendo a possibilidade de utilização aos estrangeiros, conforme ensina Eduardo Espínola (1980, p. 12):

Noutro ponto, a Lei de 1871 acentuou o alargamento da prática do *habeas corpus*, no Brasil, com o admitir ao seu uso a ação dos estrangeiros, que, se bem pudessem ser, antes, beneficiados com a ordem, não podiam impetrá-la, mantida, como estava, a restrição do art. 340 do código de 1832: 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* a seu favor. Pelo art. 18, § 8º, da Lei n. 2.033, não é vedado ao estrangeiro recorrer para si ordem de *habeas corpus*, nos casos em que esta tem lugar.

Esses foram os avanços do *writ* no período anterior à República, o que demonstra um fortalecimento do instituto antes mesmo da proclamação daquela.

Em 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, no § 22, de seu art. 72, preceituou: “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.” A inclusão do instituto no texto constitucional o fortaleceu consideravelmente, pois ficou muito mais difícil a extinção do instituto devido à dificuldade de se alterar o texto constitucional, face ao conservadorismo da época.

Mas esse fortalecimento não significou o total respeito ao *writ* durante a República, pois é sabido que a citada Constituição foi vulnerada, ultrajada e vilipendiada pelos diversos poderes da República. Entretanto, isso não descaracteriza o fortalecimento do *habeas corpus*, pois ganhou caráter constitucional, e ao menos em tese a Constituição deve ser respeitada, tendo ainda suas normas menos ultrajadas que as leis infraconstitucionais.

Após a consagração constitucional do insigne *writ*, passou a haver a necessidade de sua interpretação e de uma delimitação de seu alcance.

A discussão sobre o real alcance do *habeas corpus* constante na Constituição Republicana foi protagonizada por Ruy Barbosa e Pedro Lessa.

Ruy Barbosa acreditava que não deveria restringir-se a aplicação do *writ* só ao direito individual de ir e vir, conforme assinalado por Eduardo Espínola (1980, p. 21-22), aduzia que onde houvesse violência, onde o indivíduo sofresse ou corresse o risco próximo de ser vítima de coação ilegal promovida por excesso de autoridade ou por arbítrio dos que a representam, o *habeas corpus* era irrecusável.

Para Ruy Barbosa, não havia no texto constitucional da época justificativa para se restringir o uso do *writ* somente em relação aos abusos relacionados aos constrangimentos à liberdade de locomoção, pois os termos eram amplos e abrangiam todos os constrangimentos arbitrários aos direitos individuais. Para ele, retirar a

proteção do uso do *habeas corpus* dos outros direitos individuais seria arbitrário e restringiria a plenitude constitucional do remédio estabelecido, não tendo competência para tal restrição o intérprete, o aplicador e nem o magistrado, e ainda, devia-se considerar o fato de que a ação dos tribunais superiores, nos países livres, era no sentido de ampliar os direitos e garantias individuais e não limitá-las.

Já Pedro Lessa atribuía alcance bem mais limitado ao *writ*, conforme assevera Eduardo Espínola (1980, p.23-24). Quando do julgamento do *habeas corpus* 3.567, pelo Supremo Tribunal, em 1º de julho de 1924, Lessa asseverou que era possível a proteção de outros direitos individuais que não fossem a liberdade de locomoção em si, mas não de forma tão ampla quanto à colocada por Ruy Barbosa.

Para Pedro Lessa, só caberia *habeas corpus* quando para exercer um determinado direito individual fosse necessário utilizar-se do direito de ir e vir, ou seja, este era o direito meio para atingir-se o outro, e a liberdade de locomoção fosse violada de forma a impedir a consecução do direito fim, ou seja, em todos os casos em que a liberdade física fosse necessária para o exercício da liberdade de pensamento, da liberdade de consciência ou de qualquer outra liberdade, o *habeas corpus* era o meio apto a proteger a liberdade-condição, a liberdade-meio, a fim de que se pudesse exercer a liberdade-fim. Mas, entendia que quando os outros direitos e liberdades individuais fossem tolhidos por outros meios que não a coação à liberdade de locomoção, seria absurdo a concessão do *writ* para a garantia de qualquer destes direitos.

Alcance ainda mais limitado ao *writ* anotava Pontes de Miranda (1962, p. 186-188), o *writ* somente alcançaria os atentados à pessoa física: *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*. Ou seja, para ele o *habeas corpus* restringia-se à ofensa direta ao direito de ir e vir, não comportando qualquer extensão a outros direitos.

O Supremo Tribunal Federal aplicou o *writ* com uma amplitude desconhecida em qualquer outro país, para a Corte o *habeas corpus* tinha um alcance bastante amplo e liberal, conforme se exprime do julgamento que assegurou a posse de Nilo Peçanha no governo do Estado do Rio de Janeiro, onde a Corte sustentou que:

1) A expressão do art. 77, § 22, da Constituição, compreende qualquer coação e não somente a violência do encarceramento; 2) não há, em nosso direito, outra medida capaz de amparar eficazmente o livre exercício dos

direitos, a liberdade de ação e a prática dos atos não proibidos por lei; 3) o *habeas corpus* não pode limitar-se a impedir a prisão injusta e a garantir a livre locomoção; 4) a providência estende-se aos funcionários para penetrar livremente em sua repartição e desempenhar o seu emprego, aos magistrados e aos mandatários do Município, do Estado e da União, para exercerem sua função ou mandato; 5) o Supremo Tribunal Federal interpreta soberanamente as regras constitucionais, sem estar subordinado às disposições das leis ordinárias (acórdão de 16.12.1914) (TOURINHO FILHO, 2008, p. 577).

Diante do exposto, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal deu interpretação amplíssima ao preceito que elevou o *habeas corpus* à norma constitucional, dando-lhe uma verdadeira constituição de instrumento apto a proteger e tutelar qualquer direito individual. Entretanto, não há como se conceber *habeas corpus* para tutelar outros interesses individuais totalmente desvinculados da liberdade física do indivíduo, mas há de se considerar que tão amplo alcance dado ao *writ*, possa ter decorrido do fato de que ele era o único instrumento utilizado para a defesa da liberdade individual, já que ainda não havia sido criada a figura do mandado de segurança, que surgiu com o advento da Constituição Federal de 1934.

Tão ampla aplicabilidade dada ao *habeas corpus* fez com que o então Presidente Artur Bernardes, no projeto de reforma da Constituição Federal de 1926, sugerisse a criação de outros mecanismos jurídicos para a tutela da liberdade que não fosse a física, para que o *habeas corpus* voltasse às origens:

É o que consta na mensagem do então presidente, Sr. Artur Bernardes, em 3 de maio de 1924: a extensão dada ao instituto, desviado de seu conceito clássico, é outro motivo de excesso de trabalho no primeiro Tribunal da República. É tempo de fixar-se os limites do instituto, criando-se ações rápidas e seguras, que o substituam nos casos em que não sejam de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo. E o relator geral, o eminente Sr. Herculano de Freitas, não era menos rigoroso no pleitear a medida reformadora, no sentido almejado pelo então presidente Artur Bernardes. Dizia o relator Geral: a Emenda n.64 dá ao *habeas corpus* o seu verdadeiro sentido tal como o consideram os ingleses e americanos, ciosos de sua liberdade, tal como o consideram sempre os brasileiros no antigo regime. Entendê-lo da proteção à liberdade física à defesa de outros direitos é desnaturá-lo. Se é certo que eminentes espíritos e arestos do Supremo Tribunal tem afirmado o contrário, interpretando o texto do § 22 do art. 72 de nossa lei fundamental, não é menos certo que, para outros publicistas e para outros tribunais, permanece inalterável o conceito clássico do instituto. A extensão que se quer dar ao emprego do *habeas corpus* possibilita a balbúrdia judiciária, autorizando pedir-se por ele solução para quase todos os litígios. (CAVALCANTI, 1949, p. 168-169).

Os anseios do presidente foram atendidos pelos constituintes, que restringiram por expressa disposição constitucional o emprego do *writ* às situações de violência

ou grave ameaça à liberdade física do indivíduo: ir, vir e ficar. Com isso, a corrente que dava alcance amplíssimo ao *habeas corpus*, liderada por Ruy Barbosa, restou derrotada pelo menos diante do novo texto constitucional, prevalecendo a mais restrita, encabeçada por Pedro Lessa.

Entretanto, embora o texto constitucional tenha restringido o uso do *writ*, os embates na jurisprudência não cessaram, e a corrente liberal continuou a prevalecer mesmo com a restrição, pois o direito brasileiro ainda carecia de meios aptos a proteger os outros direitos individuais.

Só em 1934 a corrente liberal deixou de prevalecer, pois a Constituição de 1934 veio a contemplar o instituto do mandado de segurança, que se destinaria a tutelar os outros direitos individuais, como bem relatado por Eduardo Espínola (1980, p. 40-41):

Seria fácil sustentar não haver sido, em face desse dispositivo constitucional (art. 113, n.23, de 1934), restringida a esfera de ação do *habeas corpus*. Determina a letra da constituição que a mencionada medida judiciária se aplica nos casos de coação ou violência à liberdade. Saliente-se bem: as palavras coação e liberdade são desacompanhadas de atributos limitativos de sua ampla significação. E, pois, como o texto constitucional não especifica a natureza da coação nem restringe o conceito de liberdade, seria bem lógico se chegar a uma exegese consagradora da máxima amplitude ao remédio de *habeas corpus*. Todavia, na prática, assim não ocorreu. A orientação da jurisprudência se firmou, na maior parte das vezes, no sentido de considerar a expressão liberdade, empregada no estatuto supremo, com o equivalente de liberdade física, de liberdade de ir vir, ficar, mover-se. Essa interpretação restritiva não provocou, todavia, muitos clamores no espírito liberal dos nossos juristas, e isso porque a mesma Constituição instituíra o mandado de segurança. Por meio desta medida, ficavam amparados os direitos não compreendidos no *habeas corpus*, segundo a exegese limitativa que ao mesmo se estava dando nos tribunais.

Portanto, os dois institutos não poderiam ao mesmo tempo proteger os mesmos direitos, e passaram a partir da Constituição de 1934 a ter seus campos de incidência definidos.

A Constituição de 1937, em seu art. 122, atribuiu ao *habeas corpus* a seguinte redação: “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.”

Apesar de o texto constitucional especificar a aplicação do *writ* e não trazer em seu corpo a figura do mandado de segurança, a discussão sobre o alcance do *habeas corpus* não se deu por renascida, pois o mandado de segurança passou a ser disciplinado pelo Código de Processo Civil, em seus arts. 319 a 331. Logo, não havendo conflito entre a Constituição e a Legislação infraconstitucional, cada um dos instrumentos continuou a ter seu campo de aplicação bem delimitado.

A Constituição de 1946 já não exigiu mais que a coação fosse iminente, sendo suficiente que houvesse ameaça de constrangimento para o uso do *habeas corpus*, além de plasmar em seu conteúdo novamente o mandado de segurança.

A Constituição Federal de 1967, em seu art. 150 § 20, conservou a redação dada ao *habeas corpus* pela de 1946, enquanto a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, repetiu o regramento dado por aquela Constituição mais moderna (art. 153, § 20). Já a Constituição em vigor, datada de 5 de outubro de 1988, modificou o texto insculpido na Carta Política revogada, dispondo em art. 5º, 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”. Embora no citado artigo tenha sido suprimido o trecho que dizia que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, o art. 142, § 2º, ainda traz a restrição quanto ao cabimento do *habeas corpus* em sede de punições disciplinares militares, que será alvo de análise adiante, sendo o cerne desta monografia.

1.1.2 Natureza jurídica

O Código de Processo Penal encara o *habeas corpus* como recurso, dedicando-lhe o Capítulo X, do Título II, de seu Livro III, Título que se rotula “Dos Recursos em Geral”. Já a Constituição Federal de 1988 deixa clara a natureza de ação do *writ* em seu artigo 5º, inciso LXXVII.

Ainda hoje, não há um total consenso quanto a real natureza jurídica do *writ*, pois muitos resistem a elevá-lo à categoria de ação, continuando a tratá-lo simplesmente como recurso, assim como ensinava Eduardo Espínola (1980, p. 47):

contemplando essa complexa multiplicidade de contornos do instituto, sem vermos motivo para repelir, nem desprezar a consideração atual do mesmo,

na nossa legislação, apontamos o *habeas corpus* como um recurso de caráter especial (misto) e objetivo específico.

Mas apesar da não uniformidade, são em maior número os adeptos do *habeas corpus* como ação, os quais baseiam-se nos argumentos expostos por Tourinho Filho (2008, p. 580-581):

Embora encartado no CPP como recurso, toda a doutrina, talvez sem discrepância, o considera verdadeira ação, cuja finalidade é amparar o direito de liberdade. Note-se, por exemplo, que, se o processo for manifestamente nulo, embora haja sentença condenatória irrecurável, possível será a impetração de ordem de *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, VI, do CPP. Ora, se o recurso, entre nós, pressupõe uma decisão não trânsita em julgado, no exemplo dado não se pode considerar o *habeas corpus* como recurso. Ainda nesse mesmo caso, se, em vez de nulidade, já houvesse ocorrido causa extintiva da punibilidade, mesmo transitada em julgado a sentença condenatória, impetrável seria o *habeas corpus*, com base no art. 648, VII, do estatuto processual penal. E, pelas mesmas razões, não poderá ser ele considerado recurso, que no nosso sistema pressupõe sempre decisão sem trânsito em julgado. É certo que às vezes, o *remédio heróico* funciona como verdadeira medida destinada à impugnação de uma decisão. Assim, se o juiz recebe uma denúncia ou queixa, sem que haja suporte fático, não havendo, de consequência justa causa, para a instauração do processo, pode o réu impetrar ordem de *habeas corpus*, com fundamento no art. 648, I, do CPP, e tal *remedium júris* exerce o papel de verdadeiro recurso. Ademais, o recurso é medida pela qual se impugna uma decisão. Por meio do *habeas corpus* pode ser impugnada uma sentença, simples ato administrativo (como a prisão) e, até mesmo, como veremos mais adiante, atos restritivos da liberdade ambulatoria, cometidos por particulares. Para que haja recurso, indispensável se torna, de regra, a existência de um ato jurisdicional. Para o *habeas corpus*, bastará a simples ameaça de violência ou ameaça à liberdade de ir e vir.

Pode-se concluir como mais acertada a posição que se refere ao *habeas corpus* como ação, pois apesar de algumas vezes portar-se com características de recurso, o instituto não depende de manifestação judicial para ser impetrado, basta uma simples ameaça de violência à liberdade individual para que ele possa ser utilizado. Recurso é pedido de reexame de uma decisão, dentro de um processo, já no *habeas corpus* o pedido é autônomo e se desenvolve em procedimento independente. O que o impetrante deseja é a correção da violência à liberdade, que pode ou não decorrer de um processo, mas não se submete aos seus trâmites procedimentais.

O recurso, empregado o termo no sentido técnico, pressupõe uma sentença, sendo o meio adequado para submetê-la a uma nova apreciação. Uma de suas características é a preclusão, isto é, trata-se de um direito da parte interessada, que

deve usá-lo dentro do prazo determinado sob pena de não o fazendo, presumir-se a sua conformação com a sentença. No âmbito do recurso, somente a parte vencida, no todo, ou em parte, e interessada na reforma da decisão pode recorrer, pois para intervir no processo crime são necessárias certas qualidades, não se admitindo a intromissão de qualquer pessoa. Uma vez interposto o recurso, não se admite repetição, nem com o mesmo fundamento, nem com fundamento diverso.

O *habeas corpus* diferencia-se bastante do recurso em si, pois para sua interposição não há prazo, embora a sua finalidade seja beneficiar o paciente, pode ser requerido por ele mesmo ou por qualquer do povo. Não se exige que seja o impetrante parte no processo, nem mesmo se impõe a necessidade da existência de uma ação penal. Não importa a forma de prisão: ainda que decorra de autoridade competente, o seu fundamento único e geral é o da legalidade da prisão. Não deixará o pedido de ser apreciado por já ter sido denegado: poderá ser repetido, sem limite, pelo mesmo, ou por diverso impetrante com o mesmo ou diverso fundamento.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal trata o *habeas corpus* como ação, e não como mero recurso, o que pode ser depreendido dos excertos jurisprudenciais a seguir:

HC 94424 / RS - RIO GRANDE DO SUL. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em: 29/04/2010, publicado no DJe-080 de 06/05/2010.

[...] **O habeas corpus é ação constitucional** destinada a garantir a cessação de indevida restrição à liberdade ambulatorial dos indivíduos, não se destinando, portanto, à solução de questão afeta a pena não privativa de liberdade, como a de multa, ex vi do art. 51 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.268/96. Inviável a baixa definitiva do processo de execução criminal em não havendo o pagamento da multa, pois, de outro modo, estaríamos a descaracterizá-la como sanção de natureza penal. Parecer pelo não conhecimento do mandamus. Acaso conhecido, pela denegação da ordem [...] (grifo nosso).

HC 103515 / SP - SÃO PAULO. Relator: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em: 16/04/2010, publicado no DJe-071 de 23/04/2010.

[...] **O habeas corpus é ação autônoma**, preordenada exclusivamente à proteção da liberdade de locomoção – ir, vir e ficar – contra ilegalidade ou abuso de poder: '(a) Só se dá habeas-corpus quando se feriu ou se teme que se fira a liberdade física; (b) Onde não pode haver coação à liberdade física, não pode haver o habeas-corpus' (PONTES DE MIRANDA, "História e Prática do Hábeas-Corpus", RJ, José Konfino Ed., 2. ed., 1951, p. 353, § 94). Daí insistir a Corte em que não pode "ser utilizado para a proteção de direitos outros" (HC nº 82.880, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 16.05.2003). A explícita pretensão do impetrante não é, pois, suscetível de ser apreciada nesta via, a qual não se presta a sucedâneo de outras ações ou remédios judiciais, notadamente naquelas hipóteses em que o direito-fim

não se identifica com a própria liberdade de locomoção física (Cf. HC Nº 71.631, Rel Min. CELSO DE MELLO, DJ de 18.05.2001). É que não está em questão a liberdade do paciente, que não está preso, nem se vê na iminência de sê-lo. Em outras palavras, não há ameaça a liberdade do paciente que justifique sequer o conhecimento da presente ordem, não obstante o receio do paciente de que, uma vez reinstaurado contra ele processo perante a Justiça italiana, talvez aquele governo requeira novamente a sua prisão preventiva. O mero temor infundado não é capaz de configurar o cabimento do habeas corpus neste caso [...] (grifo nosso).

HC 100917 / PE - PERNAMBUCO. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em: 05/10/2009, publicado no DJe-192 de 13/10/2009.

[...] **O habeas corpus é ação constitucional autônoma** destinada à proteção da liberdade de locomoção, compreendida como a faculdade de ir, vir e permanecer, contra ilegalidade ou abuso de poder. Daí porque o sedimentado entendimento de que não pode o habeas corpus 'ser utilizado para a proteção de direitos outros' (HC nº 82.880, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 16.05.2003)[...] (grifo nosso).

HC 98278 / SP - SÃO PAULO. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em: 18/06/2009, publicado no DJe-118 de 26/06/2009.

[...] Cumpre ressaltar que **o habeas corpus é ação** de rito célere, onde se exige a demonstração inequívoca do constrangimento ilegal de plano. Nesse passo, é dever do impetrante instruir os autos adequadamente, de modo a viabilizar o acolhimento de sua pretensão, o que não ocorreu no caso [...] (grifo nosso).

HC 80708 / RJ - RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em: 27/03/2001, publicado no DJ-18/05/2001 pp-00434.

Ementa: HABEAS CORPUS - REEXAME DA PROVA COLIGIDA NA AÇÃO PENAL - INVIABILIDADE. O habeas corpus não é o meio adequado a chegar-se ao reexame da prova coligida na ação penal e transformar-se, à mercê de conclusão diversa da constante de sentença, a condenação em absolvição. HABEAS CORPUS - PREQUESTIONAMENTO. **O habeas corpus não é recurso, muito menos de natureza extraordinária. Trata-se de ação constitucional**, não se podendo exigir o prequestionamento explícito. Uma vez conhecida e desprovida a apelação pelo Tribunal Regional Federal, tem-se admitida a competência da Justiça Federal (grifo nosso).

Conclui-se que a natureza jurídica do *habeas corpus* é de ação, e não de mero recurso, como ensinou Pontes de Miranda (1962, p.5-6):

O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação [...]. A ação é preponderantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos no-lo provarão. Não se diga (a errônea seria imperdoável) que se trata de recurso. A pretensão não é recursal. Nem foi, nem no é. É ação contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, ficar e vir. Talvez contra autoridade judiciária. Talvez contra tribunal.

1.1.3 Conceito

Depois de analisada a verdadeira natureza jurídica do *habeas corpus*, torna-se mais plausível conceituá-lo. Guilherme de Souza Nucci (2008, p.947) o conceitua como:

Trata-se de ação de natureza constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção. Encontra-se previsto no art. 5.º, LXVIII, da Constituição Federal. Não se trata de recurso, como faz crer a sua inserção na lei processual penal, mas, sim, de autêntico instrumento para assegurar direitos fundamentais, cuja utilização se dá através de ação autônoma, podendo, inclusive, ser proposto contra decisão que já transitou em julgado.

Nota-se nesta conceituação a natureza jurídica de ação do *habeas corpus*, como já tratado anteriormente. Alexandre de Moraes (2003, p. 138) conceitua o instituto como:

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.

No mesmo sentido conceitua Tourinho Filho (2008, p.581): “trata-se de garantia individual destinada a fazer cessar o constrangimento ou a simples ameaça de constrição à liberdade de locomoção”.

Conclui-se que no conceito do *habeas corpus* não pode estar ausente a sua função de combater a constrição de liberdade pela violência ou coação, portanto o *habeas corpus* nada mais é do que o remédio jurídico de natureza constitucional voltado à tutela da liberdade de locomoção do indivíduo, quando coarctada ou ameaçada de sê-lo por violência ou coação decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

1.1.4 *Espécies de habeas corpus*

O artigo 647 do Código de Processo Penal, bem como o art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988, trazem em seus textos a expressão “sofrer” ou “se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir”.

A expressão “sofrer” indica que o paciente já teve sua liberdade individual violada, e o pedido de *habeas corpus* constitutivo, cautelar ou declaratório será liberatório, pois o objetivo será a liberação do paciente. Manifestando-se sobre o *writ* de caráter liberatório escreveu Eduardo Espínola (1980, p. 203):

o *habeas corpus* comumente, tem eficácia para pôr termo, dada a ilegalidade que o vicia, a uma violência existente, ao constrangimento consumado, e tem caráter liberatório, porque livra o paciente da prisão onde está arbitrariamente.

Conclui-se que o *habeas corpus* liberatório é a espécie manejada quando se objetiva a soltura do paciente quando ilegalmente preso.

Na segunda expressão “se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir” vislumbra-se que a violência ou a coação ainda não se consumaram, e o *habeas corpus* será preventivo, pois terá o objetivo de impedir que a afronta ilegal à liberdade individual não se consume. Tratando da figura do *writ* preventivo, anotou Pontes de Miranda (1962, p. 380):

o *habeas corpus* pode ser para evitar que se dê o constrangimento. Então, impede a coação à liberdade de ir, ficar e vir, qualquer que seja a sua espécie (e não só a prisão). Diz-se, na linguagem jurídica, preventivo. A cautelaridade não está, aí, ligada a cognição parcial ou adiantada. Há cognição plena, de modo que não se pode transferir para a doutrina do *habeas corpus* preventivo o que concerne às medidas cautelares, ditas preventivas, do processo civil. A ameaça de constrangimento pode ocorrer e dar ensejo a pedido de *habeas corpus* e a deferimento de pedido em quaisquer casos do art. 648 do Código de Processo Penal e naqueles que escaparam à enumeração. Tem-se dito que somente nos casos de excesso de pena (art. 648, II) não há pensar-se em *habeas corpus* preventivo. Sem razão: o *habeas corpus* pode ser para evitar que o paciente seja preso por mais tempo do que aquele que corresponde à pena, como se a ordem de prisão se refere ao tempo e esse não é o que deve durar a pena.

Vale ressaltar, que o *habeas corpus* preventivo não deve fundamentar-se em meras conjecturas, a ameaça deve ser alegada e provada com base em fatos concretos, para que o *writ* seja deferido, devendo assim o paciente demonstrar indícios veementes da ameaça de uma possível constrição de liberdade.

Quando do deferimento do *writ* preventivo, o paciente recebe do juiz um salvo-conduto, figura muito bem explicada por Tourinho Filho (2008, p. 611):

salvo-conduto, do latim *salvus* (salvo) *conductus* (conduzido), dá a precisa idéia de uma pessoa conduzida a salvo. Daí a expressão salvo-conduto expressar o documento emitido pela autoridade que conheceu do *habeas corpus* preventivo, visando conceder o livre trânsito ao seu portador, de molde a impedir-lhe a prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o pedido de *habeas corpus*.

Conclui-se que toda vez que o *habeas corpus* tiver o objetivo de afastar potencialmente ato coativo ou de violência contra a liberdade individual, não permitindo sua consumação, terá natureza preventiva.

Visando uma melhor percepção do tema central deste trabalho, analisar-se-ão os aspectos gerais que explicam o que vem a ser uma transgressão disciplinar militar, e o conseqüente ato disciplinar militar.

2 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

O art. 14 do Decreto n. 4346, de 26/08/2002 (Regulamento Disciplinar do Exército – RDE), define transgressão disciplinar como sendo toda a 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.

O Decreto n. 88545, de 26/07/1983 (Regulamento Disciplinar da Marinha – RDMAR), definiu em seu art. 6º a contravenção disciplinar como toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado no Código Penal Militar.

O Decreto n. 76322, de 22/09/1975 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – RDAER), define em seu art. 8º, a transgressão disciplinar como toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente regulamento.

Todas estas definições são equivalentes, restando como um aspecto de mais difícil compreensão a diferença entre a transgressão disciplinar e o crime militar. O RDMAR traz em seu texto um enorme facilitador para esta compreensão quando afirma que determinada conduta será considerada transgressão, desde que não esteja capitulada no Código Penal Militar como crime.

Mas a diferença não está só neste sentido, pois pode haver uma conduta classificada como transgressão nos regulamentos disciplinares, e também como crime no Código Penal Militar. Neste caso, tem-se que visualizar a gravidade da conduta, se esta teve suas conseqüências com menor potencial ofensivo, atingindo os valores apenas no âmbito administrativo, será transgressão, se foi mais grave e afrontosa afetando de forma mais incisiva o seio militar, deverá ser considerada crime.

O militar deve ter sua conduta pautada na retidão de forma muito mais cuidadosa que os civis. O seu comportamento, mesmo quando não está em serviço, deve servir como exemplo, pois o menor deslize pode ser considerado como transgressão disciplinar.

O militar deve evitar ser visto em locais não compatíveis com a posição que ocupa, ser visto embriagado, ter comportamentos e atitudes desapropriadas com seus pares, superiores e subordinados, bem como deve ser obediente aos princípios basilares das Forças Militares, a hierarquia e a disciplina.

Quem ingressa nos quadros das Forças Militares deve procurar pautar sua conduta na ética e na moral, buscando ser merecedor do respeito de todos, e em qualquer ocasião desempenhar suas atividades com profissionalismo e alto padrão de comportamento, para que o nome da Instituição seja enaltecido e nunca desrespeitado.

Quando um militar vai de encontro a estes comportamentos e princípios, aparece a figura da transgressão disciplinar e como consequência virá a punição. É importante salientar que a punição disciplinar não visa somente à sanção em si, o real objetivo dela é a reeducação e o fortalecimento da disciplina, da hierarquia e da justiça, e conseqüentemente a continuidade das prestações dos serviços com qualidade pelas instituições militares.

2.1 Hierarquia e disciplina

A hierarquia e a disciplina são os princípios basilares que regem a organização das Forças Militares, tamanha é a importância destes, que se encontram consagrados no *caput* do art. 142 da Constituição Federal de 1988:

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.

O Estatuto dos Militares traz em seu texto uma conceituação clara da hierarquia e da disciplina em seu art. 14:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Percebe-se que o escalonamento hierárquico vai permitir que cada um tenha um conjunto de atribuições diferentes, e que uns vão mandar e outros obedecer. É importante colocar que não é porque alguém ocupa um nível hierárquico maior que deve se considerar melhor que os subordinados, mas apenas, teoricamente, se preparou mais para ocupar maior grau na escala hierárquica.

Não é só no seio militar que existe hierarquia, ela está presente em vários setores públicos e privados. A real utilidade dela no âmbito militar é possibilitar que o superior hierárquico tenha um maior controle das atividades desempenhadas por seus subordinados através da fiscalização e controle.

Vale salientar que a hierarquia não ampara desvios de conduta por parte de superiores que tentam beneficiar-se do grau hierárquico que ocupam para ultrajar e desrespeitar seus subordinados, pois a relação hierárquica deve existir dentro dos limites da legalidade, da moralidade e da eficiência.

A disciplina vem da obediência aos preceitos militares, mas só haverá a real disciplina se o comandante também for afeto a esta e der exemplo ao subordinado.

A verdadeira disciplina não é aquela conseguida por meio do temor que o militar tenha de ser punido, ela tem que ser espontânea, inspirada pelo sentimento do dever. Deve haver vontade tanto no comandar quanto no obedecer.

Conclui-se que a disciplina e a hierarquia são fundamentais para a manutenção da ordem e organização das Forças Militares. Mas devem existir na sua real

essência, e não serem usadas como justificativas para abusos inconcebíveis por parte de superiores hierárquicos.

2.2 Limites do ato disciplinar militar

2.2.1 O ato disciplinar militar

O ato disciplinar militar nada mais é que um ato administrativo, devendo assim ser dotado dos requisitos deste. Para Jorge Cesar de Assis (2010, p.161), o ato administrativo disciplinar é:

a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública Militar que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato impor uma sanção disciplinar ao servidor militar em face do cometimento de uma infração disciplinar preestabelecida, e ao fim de um processo apuratório em que se lhe faculte a ampla defesa.

Ou seja, o ato administrativo disciplinar visa impor uma sanção disciplinar ao servidor militar que tenha cometido uma transgressão disciplinar, depois que esta tenha sido apurada dando ao servidor o direito de defesa, e tenha sido constatada a real existência da falta.

2.2.1.1 Requisitos do ato disciplinar militar

O ato disciplinar militar, por ser um ato administrativo, deve obedecer a cinco requisitos: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*. A *competência* para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 151) é: “a condição primeira de sua validade. Nenhum ato – discricionário ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha do poder legal para praticá-lo.”

Ou seja, a *competência* é o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo. Somente a lei pode atribuir competência administrativa a um cargo, por isso, sendo o ato administrativo vinculado ou discricionário, o seu elemento competência sempre será vinculado.

Alguns doutrinadores referem-se ao elemento competência apenas como “sujeito”, entre estes está Di Pietro (2006, p. 213), para quem “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.”

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 386) segue no mesmo sentido, para o autor “*sujeito é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo*”.

Di Pietro (2006, p.213) define competência “como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.”

Percebe-se que a competência deve ser determinada pela lei, não ficando ao alvedrio dos ocupantes dos cargos públicos fazerem o que bem entenderem, sendo inadmissível que o agente público pretenda ampliá-la ou restringi-la por vontade própria. Aplicam-se à competência as seguintes regras, segundo Di Pietro (2006, p. 214-215):

1 – decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições; 2 – é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público; 3 – pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade pela lei.

Apesar de a competência poder ser delegada, isso não significa que o agente delegante esteja renunciando à competência definitivamente, pois ele pode efetuar a delegação com ressalvas para o exercício da atribuição, bem como pode revogar a delegação a qualquer tempo. Impende lembrar que a competência também é imprescritível, pois não importa o tempo que ela fique sem ser exercida e ainda continuará sob a titularidade de quem a lei a atribuiu. Para Jorge Cesar de Assis (2010, p.161-162):

Competência administrativa para punir o subordinado é o poder atribuído para determinadas autoridades militares em razão dos cargos que ocupem. Na expressão de Caio Tácito, *não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito.*

Ou seja, não é porque alguém ocupa o posto de grau hierárquico superior que pode aplicar punições a qualquer subordinado. Os únicos competentes são aqueles constantes nos regulamentos disciplinares militares, em função do cargo que ocupam dentro da instituição.

A *finalidade* no ato administrativo é o objetivo a ser atingido. Para Bandeira de Mello (2009, p. 398), a finalidade é:

O bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato.

Di Pietro (2006, p. 219) leciona que:

Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Enquanto objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato. Distingui-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede a prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição. Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

Mas não se deve concluir que o agente público pode atribuir qualquer finalidade aos atos administrativos, pois a finalidade deve decorrer da lei, como bem ensina Di Pietro (2006, p. 220):

Pode-se falar em fim ou finalidade em dois sentidos diferentes: 1 – em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública; 2 – em sentido estrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

Nota-se que o ato administrativo sempre terá o interesse público em sua finalidade, e uma finalidade mais específica determinada pelo legislador, e não ao critério de quem o pratica.

O desatendimento de qualquer dessas finalidades gera o vício insanável do ato, que deverá ser obrigatoriamente anulado. Este vício é denominado pela doutrina como desvio de poder, e é uma das modalidades do denominado abuso de poder, como ensina Hely Lopes Meirelles (2005, p. 152):

A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa. A alteração da finalidade expressa na norma legal ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder (*détournement de pouvoir* – *sviamento di potere*), que rende ensejo à invalidação do ato, por lhe faltar um elemento primacial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador.

Jorge Cesar de Assis (2010, p.162) afirma que “a finalidade do ato disciplinar militar é o objetivo de interesse público a atingir”.

Logo, a finalidade do ato disciplinar militar é trazer benefícios para a instituição e para o punido, seja através da reeducação deste ou do fortalecimento da hierarquia e da disciplina dentro daquela.

A partir do momento em que o militar é punido através de atos administrativos que não tem esta finalidade, estes atos serão nulos. É muito comum, principalmente nas polícias militares, a transferência de ofício como forma de punição, onde os superiores transferem o subordinado para os lugares mais longínquos como forma de puni-lo por indisciplina.

Um exemplo característico desta prática ocorreu recentemente na Polícia Militar do Ceará, depois que os policiais militares deflagraram um movimento chamado de “Greve Branca”, o Comando Geral como forma de punir os envolvidos transferiu vários policiais para o interior do estado, não só praças como também oficiais, através do Boletim do Comando Geral nº 82 de 05 de maio de 2010, bem como do Boletim do Comando Geral nº 76 de 27 de abril de 2010.

O fato foi notícia em um dos maiores jornais de circulação no Estado do Ceará, o Diário do Nordeste, na edição de 29 de abril de 2010, através da notícia intitulada “Após a greve branca, PM’s passam a sofrer retaliação”:

Bastou apenas um dia depois da suspensão do movimento, e militares estão sendo transferidos para o Interior do Estado

Um dia após o fim da ‘greve branca’ realizada por policiais militares da Capital e Região Metropolitana, a Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS) iniciou uma retaliação contra os ‘grevistas’. **Pelo menos 32 PMs, entre oficiais e praças, foram sumariamente transferidos para o Interior do Estado, sem direito a qualquer explicação.** Destes, 29 pertenciam ao Batalhão de Polícia de Choque (BpChoque), uma das unidades que apresentaram maior volume de adesão ao movimento por melhores salários e condições de trabalho.

A medida foi oficializada no fim da tarde passada, quando o Comando da corporação publicou o Boletim do Comando Geral (BCG) de número 076, relativo ao dia 27/04/2010. **Entre os PMs transferidos para o Interior figuram dois oficiais que vinham atuando firmemente no movimento em favor da tropa,** os majores Adrianízio Paulo de Oliveira Alves, que exercia o comando do Presídio Militar; e Francisco Teófilo Gomes Costa, que atuava como supervisor no Comando do Policiamento da Capital (CPC) (Grifo nosso).

Fica claro, mediante uma análise da notícia, que a transferência de ofício dos policiais militares está diretamente ligada à participação destes na “Greve Branca”, movimento dos militares estaduais por melhores condições de trabalho e salários. Considerando-se que os militares não podem, por serem proibidos pela Constituição Federal, fazer greve, o movimento foi considerado transgressão pelo Comando da Polícia Militar do Ceará, que sem apurar devidamente as irregularidades, usou medida não legal para punir os envolvidos, a transferência de ofício para o interior.

O caso foi novamente noticiado no Diário do Nordeste, em 07 de maio de 2010, através da notícia “Crise atinge oficiais e provoca queda de comandos na PM”:

Vários oficiais foram exonerados de seus cargos, entre eles, os comandantes do Choque e do Ronda do Quarteirão

Uma semana após o término da ‘greve branca’ que atingiu a Polícia Militar, o clima de insatisfação e revolta voltou a dominar a tropa. **As vésperas de mais um aniversário da corporação, um pacote de punições, transferências e exonerações de comandantes agora atinge o oficialato.** [...]

As mudanças nos cargos de comando operacional já foram comunicadas aos oficiais e geraram uma onda de mais insatisfação, que já havia sido agravada pela **exoneração sumária e transferência para o Interior de outros dois oficiais, os majores Adrianízio Paulo de Oliveira Alves, que era o comandante do Presídio Militar; e Francisco Teófilo Gomes Costa, supervisor do Comando do Policiamento da Capital (CPC). Os dois últimos foram punidos por terem participado do movimento que resultou na paralisação dos PMs da Capital entre os dias 26 e 27 últimos.** [...]

Já os 29 policiais do Choque e um do grupo Raio, que tiveram suas transferências publicadas no Boletim 076, de 27 de abril, conseguiram uma trégua e ainda aguardam um desfecho para o caso depois de terem pedido apoio à Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará. [...]

No Boletim do Comando Geral (BCG), publicado na noite da última quarta-feira, **saíram as transferências de mais cinco policiais.** São eles: subtenente Marlio Hildécio de França Fonteles, Fabiano Araújo da Silva, Fredson Nascimento de Sousa, Alexsandro de Castro Lima e Higor Lopes Lira. [...]

Os cinco militares foram punidos com transferência e deverão agora ser submetidos a um Conselho de Disciplina. Isto porque eles teriam enviado mensagens aos colegas de farda para que aderissem à operação ‘Tolerância Zero’, há duas semanas. Os cinco atuavam como operadores de rádio na Ciops (Coordenadoria Integrada de Operações de Segurança) e teriam enviado as mensagens aos companheiros de farda através dos computadores do órgão para os TMDs (Terminais de Monitoramento de Dados), que são os computadores de bordo instalados nas viaturas Hilux.

Retirados da Ciops, eles foram lotados, a princípio, na Companhia de Comando e Serviço (CCS) do quartel do Comando-Geral. **Agora, foram mandados para quartéis e companhias no Interior do Estado.** (grifo nosso).

Percebe-se claramente diante das notícias e dos atos de transferência do Comando Geral da Polícia Militar do Ceará uma inadequação em dois sentidos, seja

no fato de a transferência não constituir em medida legal de punição pela prática de transgressão disciplinar, seja pelo fato de a transferência de ofício não ter a finalidade de punir qualquer faltoso.

Ora, a finalidade da transferência de ofício é adequar o número de servidores às necessidades do órgão em suas respectivas localidades, atendendo única e exclusivamente às necessidades do serviço. A partir do momento que este ato passa a ter caráter de punição, perderá sua finalidade, e, portanto, será nulo, sem possibilidade de convalidação.

Percebe-se um total desvio de finalidade nos atos de transferência praticados pelo Comando Geral de Polícia Militar do Ceará, e uma inadequação na forma de punir os supostos faltosos através de medidas desprovidas do caráter punitivo.

A *forma*, em uma definição mais simplória, é o modo de exteriorização do ato administrativo, conforme ensina Bandeira de Mello (2009, p. 389):

Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, exigida para a prática do ato. Contudo, não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente. Ora, como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato.

Na doutrina encontram-se duas concepções de forma como elemento do ato administrativo, as quais são bem delimitadas por Di Pietro (2006, p. 217):

1 – uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.; 2 – uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.

Percebe-se que a inobservância das formalidades que precedem o ato e o sucedem, desde que estabelecidas em lei, geram sua invalidade. Não importa se a desobediência formal existe na exteriorização do ato ou no contexto de todo o seu procedimento até a exteriorização, em ambos haverá a ilicitude.

É importante esclarecer que a *motivação* – declaração dos motivos que ensejaram a prática do ato – integra a forma do ato administrativo. A ausência de motivação, quando esta for obrigatória, acarreta a nulidade do ato por vício de forma.

Para Jorge Cesar de Assis (2010, p. 162), a forma é: “o revestimento pelo qual se exterioriza o ato disciplinar, constituindo elemento vinculado e imprescindível à sua perfeição. O ato disciplinar militar é sempre formal.”

Percebe-se que o ato disciplinar militar é sempre formal, a forma deve ser obedecida e é imprescindível à perfeição do ato.

O art. 34 do Regulamento Disciplinar do Exército traça as diretrizes para a forma do ato disciplinar militar, servindo como padrão para as outras Forças Armadas e também auxiliares:

Art. 34. A aplicação da punição disciplinar compreende:

- I – elaboração de nota de punição, de acordo com o modelo do anexo II;
- II – publicação no boletim interno da OM, exceto no caso de advertência; e
- III – registro na ficha disciplinar individual.

§ 1º A nota de punição deve conter:

- I – a descrição sumária, clara e precisa dos fatos;
- II – as circunstâncias que configuram a transgressão, relacionando-as às prescritas neste regulamento; e
- III – o enquadramento que caracteriza a transgressão, acrescida de outros detalhes relacionados com o comportamento do transgressor, para os praças, e com o cumprimento da punição disciplinar.

§ 2º No enquadramento, serão mencionados:

- I – a descrição clara e precisa do fato, bem como o número da relação do Anexo I no qual este se enquadra;
- II – a referência aos artigos, parágrafos, incisos, alíneas e números das leis, regulamentos, convenções, normas ou ordens que forem contrariados ou contra os quais tenha havido omissão, no caso de transgressões a outras normas do ordenamento jurídico;
- III – Os artigos, incisos e alíneas das circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causas de exclusão ou de justificação;
- IV – a classificação da transgressão;
- V – a punição disciplinar imposta;
- VI – o local para o cumprimento da punição disciplinar, se for o caso;
- VII – a classificação do comportamento militar em que o punido permanecer ou ingressar;
- VIII – as datas do início e do término do cumprimento da punição disciplinar; e
- IX – a determinação para posterior cumprimento, se o punido estiver baixado, afastado do serviço ou à disposição de outras autoridades.

§ 3º Não devem constar da nota de punição comentários deprimentes ou ofensivos, permitindo-se, porém, os ensinamentos decorrentes, desde que não contenham alusões pessoais.

§ 4º A publicação em boletim interno é o ato administrativo que formaliza a aplicação das punições disciplinares, exceto para o caso de advertência, que é formalizada pela admoestação verbal ao transgressor.

§ 5º A nota de punição será transcrita no boletim interno das OM subordinadas à autoridade que impôs a punição disciplinar.

§ 6º A ficha disciplinar individual, conforme modelo constante do anexo IV, é um documento que deverá conter dados sobre a vida disciplinar do militar, acompanhando-o em caso de movimentação, da incorporação ao licenciamento ou à transferência para a inatividade, quando ficará arquivada no órgão designado pela Força.

§ 7º Quando a autoridade que aplicar a punição disciplinar não dispuser de boletim, a publicação desta deverá ser feita, mediante solicitação escrita, no boletim do escalão imediatamente superior.

§ 8º Caso, durante o processo de apuração da transgressão disciplinar, venham a ser constatadas causas de exclusão ou de justificação, tal fato deverá ser registrado no respectivo formulário de apuração de transgressão disciplinar e publicado em boletim interno.

Se o ato de punição disciplinar desatender a qualquer destes requisitos formais, estará viciado quanto à forma e passível de invalidação. O *motivo* é a causa imediata do ato administrativo, segundo Di Pietro (2006, p. 220):

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

O que a autora quis dizer é que os atos administrativos são praticados quando ocorre a subsunção entre uma situação de fato (ocorrida no mundo natural) e uma hipótese descrita em norma legal. Hely Lopes Meirelles (2005, p. 153) afirma que o motivo ou causa é:

a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

Quando o ato é vinculado, a lei descreve, completa e objetivamente, a situação de fato que deve ocorrer para que a administração tenha a obrigação de praticar determinado ato administrativo, cujo teor deverá ser exatamente o especificado na lei.

Quando se trata de um ato discricionário, a lei faculta à administração praticar ou não um ato em vista do acontecimento de um determinado fato. A decisão da administração será baseada nos seus critérios privativos de oportunidade e conveniência, mas sempre nos limites da lei.

Há duas vertentes para a configuração do vício de motivo, a primeira quando o ato é praticado sem sequer existir um motivo, e a segunda quando praticado por

motivo ilegítimo, onde o fato não se enquadra corretamente na norma que autoriza ou determina a prática do ato, conforme lição de Bandeira de Mello (2009, p. 392):

Além disto, em todo e qualquer caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido. É esta a vinculação do administrador ao motivo que houver alegado que se conhece doutrinariamente como 'teoria dos motivos determinantes'.

É salutar fazer a distinção entre motivo e motivação, pois não se deve confundi-los como bem ensina Di Pietro (2006, p. 220):

Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de 'consideranda'; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter sua legalidade comprovada.

Logo, o motivo para a prática do ato precede a motivação, pois esta apenas testifica a existência daquele para que ato esteja em conformidade com as formalidades.

Para Jorge Cesar de Assis (2010, p. 164), "motivo é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo". O motivo do ato disciplinar militar é a transgressão de um preceito estabelecido no regulamento disciplinar e não qualificado como crime nas leis penais militares, contra o decoro da classe, a honra e o pundonor militar, as normas da moral, os princípios da subordinação, regras e ordens de serviço. E ainda, quando for fruto da instauração de procedimento administrativo disciplinar, o motivo será a violação, pelo militar, do dispositivo legal ou regulamentar, que autoriza a instauração do referido processo.

A Administração Militar deve comprovar a ocorrência das faltas que venham a ensejar punições, bem como analisar se determinada conduta é realmente motivo legítimo para a prática do ato disciplinar, ou então incorrerá nos vícios de motivos, anteriormente citados, e o ato será nulo.

Quanto ao *objeto*, este é o próprio conteúdo material do ato administrativo. Segundo Di Pietro (2006, p. 216):

Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Sendo o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato. Para verificar-se esse elemento, basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe.

Pode-se dizer que o objeto do ato administrativo é a própria alteração no mundo jurídico que o ato provoca.

Bandeira de Mello (2009, p. 388) leciona como mais adequado a utilização da expressão conteúdo ao invés de objeto, e afirma que:

Conteúdo – normalmente designado objeto, por muitos doutrinadores – é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência.

Nos atos vinculados, a um motivo corresponde um único objeto, verificado o motivo, a prática do ato é obrigatória.

Nos atos discricionários, existe uma maior liberdade de valoração do motivo, e conseqüentemente também do objeto, dentre os possíveis autorizados em lei. O ato será praticado quando a Administração achar conveniente e oportuno, e seu conteúdo será escolhido pela Administração dentro dos limites traçados pela lei.

Percebe-se que os requisitos de motivo e objeto determinam o chamado mérito administrativo, e permitem delimitar se o ato é discricionário ou vinculado. Para Jorge Cesar de Assis (2010, p.164): “O objeto do ato disciplinar identifica-se com o conteúdo do próprio ato, através do qual a Administração Militar manifesta sua potestade sancionadora, apurando a falta disciplinar e punindo o militar faltoso.”

Assim, é objeto do ato disciplinar militar a própria punição do faltoso. Mas é importante verificar que o ato disciplinar não pode trazer conteúdo não previsto em lei, ou seja, não pode aplicar uma pena de 90 dias de prisão se o máximo permitido em lei são 30 dias, bem como não pode punir o faltoso com uma pena de demissão, se a lei prevê para a falta somente a advertência.

2.2.2 *O mérito do ato disciplinar militar*

O mérito do ato administrativo é o poder conferido pela lei ao agente público para que ele possa, quando da prática de determinado ato discricionário, valorar a oportunidade e a conveniência, e possa escolher o conteúdo desse ato, dentro das limitações impostas pela lei. Vale ressaltar que o mérito administrativo só está presente nos atos discricionários.

Esse poder que a lei dá ao agente público, para que ele decida sobre a oportunidade e a conveniência da prática de determinado ato administrativo, é justificável porque é o agente público que está em contato diário com as diversas situações que envolvem a Administração Pública e o administrado, e é ele quem tem conhecimentos técnicos e práticos da atividade administrativa, ou seja, é o administrador que tem condições de aferir se atende ao interesse público (se é conveniente) a prática de determinado ato e o momento (oportunidade) em que a prática do ato melhor satisfaz ao interesse público.

Em relação aos atos disciplinares militares, percebe-se que apesar de alguns atos, como a instauração do processo especial do Conselho de Justificação (Lei n. 5.836/72, art. 2º) ou do Conselho de Disciplina (Decreto n. 71.500/72, art. 2º) serem vinculados, ou seja, se confirmada a existência das causas de suas aberturas devem ser instaurados, é o administrador militar quem dirá se o militar envolvido praticou ou não ato que atinja a honra pessoal, o pundonor militar e o decore da classe.

Quando da apuração de uma falta disciplinar militar, o administrador militar tem uma grande margem de discricionariedade, e depois de comprovada a real existência da transgressão, é ele quem vai valorar e classificá-la como sendo grave, média ou leve, e ainda vai delimitar, dentro das previsões legais de punições, a espécie e a intensidade.

Um aspecto interessante de discricionariedade existente dentro do ato disciplinar militar é quanto a reserva discricionária da autoridade militar, segundo a qual, todas as omissões do dever militar, ainda que não especificadas nos regulamentos disciplinares, desde que não qualificadas como crime, e desde que sejam contrárias aos preceitos militares, são consideradas transgressões disciplinares. Percebe-se que qualquer conduta do militar, o administrador militar

poderá considerar transgressão desde que atinja aos preceitos militares, ainda que não esteja discriminada na lei.

2.2.3 Proporcionalidade e razoabilidade do ato disciplinar militar

É comum a doutrina, e mesmo a jurisprudência, tratarem razoabilidade e proporcionalidade como único e mesmo princípio. Mas é mais adequado no âmbito do direito administrativo referir-se a princípio da razoabilidade como gênero, constituindo a noção de proporcionalidade uma de suas vertentes, fortemente relacionada a situações que envolvem atos administrativos sancionatórios, como o ato disciplinar militar.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade têm aplicação especial no âmbito do controle dos atos discricionários que causem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposições de sanções administrativas. Este controle refere-se à legalidade ou legitimidade do ato, e não ao controle de mérito, não se avaliando a conveniência e a oportunidade do ato, mas sim sua validade. Sendo o ato ofensivo a um dos princípios tratados, deverá ser anulado e não revogado.

O Poder Judiciário, desde que provocado, poderá analisar se as restrições impostas pela Administração Pública são adequadas, necessárias e justificadas pelo interesse público, e se o ato impuser limitações exageradas deverá ser anulado.

O princípio da razoabilidade encontra-se muito ligado às análises de adequação e de necessidade do ato ou da Administração Pública.

O requisito da adequação exige do administrador buscar se o ato por ele praticado realmente está apto a atingir os objetivos pretendidos. Caso não esteja, a prática do ato não será legítima.

Já o requisito da necessidade impõe ao administrador só praticar o ato restritivo ou sancionatório se a medida realmente for necessária, não existindo medida menos gravosa para atingir os objetivos visados.

Conclui-se que o princípio da razoabilidade visa aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados na prática de um ato administrativo, com o

objetivo de evitar restrições desnecessárias, inadequadas e arbitrárias contra os administrados por parte da Administração Pública.

O princípio da proporcionalidade é na realidade uma vertente do princípio da razoabilidade, pois este exige que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os objetivos que ele pretende alcançar, pois se não houver esta proporcionalidade o ato será excessivo e desproporcional em relação ao objetivo almejado.

É objetivo maior do princípio da proporcionalidade impedir que a Administração restrinja os direitos das pessoas além do que caberia, pois impor medidas desnecessárias induz à ilegalidade do ato por abuso de poder.

É imprescindível no âmbito do ato disciplinar militar o respeito a estes princípios, principalmente quando se tem um amplo espaço para a discricionariedade na apuração das transgressões e nas referentes punições, o que pode ser depreendido do art. 37, inc. I, do Regulamento Disciplinar do Exército:

Art. 37. A aplicação da punição disciplinar deve obedecer às seguintes normas: I – a punição disciplinar deve ser proporcional à gravidade da transgressão dentro dos seguintes limites: a) para a transgressão leve, de advertência até dez dias de impedimento disciplinar, inclusive; b) para a transgressão média, de repreensão até a detenção disciplinar; e c) para a transgressão grave, de prisão disciplinar até o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina. II – a punição disciplinar militar não pode atingir o limite máximo previsto nas alíneas do inc. I deste artigo, quando ocorrerem apenas circunstâncias atenuantes; III – quando ocorrerem circunstâncias atenuantes e agravantes, a punição disciplinar será aplicada conforme preponderarem essas ou aquelas; IV – por uma única transgressão não deve ser aplicada mais de uma punição disciplinar; V – a punição disciplinar não exime o punido da responsabilidade civil; VI – na ocorrência de mais de uma transgressão, sem conexão entre si, a cada uma deve ser imposta a punição disciplinar correspondente; e VII – havendo conexão, a transgressão de menor gravidade será considerada como circunstância agravante da transgressão principal.

Percebe-se uma grande subjetividade por parte da autoridade militar responsável pelo ato disciplinar militar, pois esta, além de aferir a gravidade da transgressão, ainda determinará a punição aplicada considerando atenuantes e agravantes.

Em todos estes juízos de valor a autoridade militar deverá pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade, para que injustiças não sejam cometidas, e uma

falta leve venha a ser punida como grave, ou a punição tenha intensidade maior que a devida.

Felizmente, a tendência atual é que os regulamentos disciplinares tragam em seu bojo critérios mais objetivos para a aplicação das punições, como, por exemplo, delimitando quais seriam as transgressões graves, médias ou leves, diminuindo assim a discricionariedade da autoridade militar.

Um exemplo disto é o Regulamento da Polícia Militar de Alagoas que fixou em seu art. 30 as transgressões leves, no art. 31 as médias e, no art. 32 as de natureza grave, impossibilitando que a autoridade militar atribua a uma punição grau diverso da estipulada.

3 HABEAS CORPUS EM SEDE DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

Depois de uma análise do que vem a ser uma transgressão disciplinar militar e sobre os aspectos que envolvem a aplicação do ato disciplinar militar, tratar-se-á do foco desta monografia, o cabimento ou não do *habeas corpus* em virtude do cerceamento de liberdade do militar quando da prática de transgressão disciplinar.

3.1 Posicionamentos a respeito do tema

Pode-se dizer que existem três posicionamentos a respeito do tema. A primeira corrente é a mais radical, pois inadmitte totalmente a aplicação do *habeas corpus*, blindando completamente a hierarquia e a disciplina, e impossibilitando qualquer análise por parte do Judiciário. É adepto deste pensamento Cretella Júnior, citado por Jorge Cesar de Assis (2010, p.186), segundo o qual:

*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 [...]. Excetuam-se, pois, da proteção pelo *habeas corpus*, todos os casos em que o constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção de locomoção resultar de punição disciplinar.*

Com o mesmo raciocínio encontra-se Walter Ceneviva, citado por Jorge Cesar de Assis (2010, p.186), para o qual “por razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina, não cabe *habeas corpus* para as punições militares de caráter disciplinar”. Coadunando com esta idéia seguem alguns posicionamentos jurisprudenciais:

Acórdão 1990.01.032683-9. Relator: Wilberto Luiz Lima. Julgamento em: 09/11/1990, publicado no DJ de 08/02/1991 Vol: 00291-01.

Ementa: Habeas Corpus. A prisão que o paciente pretende ver analisada e sobrestada, via *habeas corpus*, tem caráter disciplinar, conforme a própria impetração esclarece. Pedido que esbarra na expressa vedação constitucional, que excluiu do âmbito do HC todo e qualquer constrangimento motivado por transgressão disciplinar. HC não conhecido. Decisão Unânime.

Acórdão 1993.01.032943-9. Relator: Luiz Leal Ferreira. Julgamento em: 24/08/1993, publicado no DJ de 29/09/1993 Vol: 02593-01.

Ementa: *Habeas Corpus*. Militar. Punição. A constituição estatui no art. 142, parágrafo segundo, que não caberia *habeas corpus* em caso de transgressão disciplinar. A expressa vedação ali contida impossibilita o conhecimento do remédio heróico. Decisão unânime.

A segunda corrente é a mitigada, pois defende a impossibilidade de cabimento do *habeas corpus* somente contra o mérito do ato administrativo militar, admitindo o exame quanto à legalidade da punição a ser aplicada. Ackel Filho, citado por Jorge Cesar de Assis (2010, p.187), 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 arrepio das normas regulamentares que vinculam a ação do superior que pune, a ação heróica será certamente cabível.

Adepto do mesmo entendimento também está Pinto Ferreira, citado por Jorge Cesar de Assis (2010, p.187), para o qual há a possibilidade de *habeas corpus* “quando: a) a sanção for determinada por autoridade incompetente; b) em desacordo com a lei; c) extrapolando os limites da lei.”

Esta corrente é a dominante nos tribunais brasileiros e no STF, conforme as jurisprudências que seguem:

RHC 8846/SP - STJ. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Julgamento em: 14/12/2000, publicado no DJ 24/09/2001.

Ementa: [...] A proibição inserta no artigo 142, parágrafo 2º, da Constituição Federal, relativa ao incabimento 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 [...].

Acórdão 2005.01.034061-0 – STM. Relator: Antônio Apparício Ignacio Rodrigues. Julgamento em: 09/09/2005, publicado no DJ de 08/09/2005.

Ementa: Habeas Corpus. Punição disciplinar. Disposição contida no § 2º do art. 142 da CF não impede a apreciação da legalidade da punição disciplinar, vedando apenas o exame do mérito da sanção. Punição disciplinar aplicada por autoridade competente. Inexistência de qualquer vício no procedimento que determinou a imposição da reprimenda. Descaracterizada a ocorrência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. Decisão unânime.

RHC 88543/SP – STF. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 03/04/2007, publicado no DJ de 27/04/2007.

Ementa: [...] II - A legalidade da imposição de punição constrictiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes. [...]

Acórdão RSE 1004/CE – TRF 5ª Região. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Julgamento em: 09/10/2007, publicado no DJ de 24/10/2007.

Ementa: [...] I – A despeito de os arts. 142, parágrafo 2º, Constituição Federal e 647, do código de processo penal estabelecerem expressamente não ser cabível *habeas corpus* para discutir punição disciplinar militar, a jurisprudência tem entendido que, caracterizando-se como ato administrativo, seus aspectos formais podem ser analisados pelo poder

judiciário, sendo vedado apenas o exame do mérito da punição disciplinar militar. Precedente TRF/5ª [...].

Por último, encontra-se a corrente mais liberal, segundo a qual é possível a análise não só da legalidade do ato disciplinar, mas também quanto ao mérito, esta não encontra amparo na doutrina e jurisprudência pátria.

Percebe-se uma evolução no entendimento jurisprudencial e doutrinário quanto ao cabimento do *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar, pois logo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, a justiça fazia uma interpretação literal da restrição constante na Carta Magna, proibindo em todos os sentidos a aplicação do *writ*, já com o passar dos anos a jurisprudência e a doutrina passaram a enxergar que aquela interpretação literal não era a mais adequada, devia-se fazer uma interpretação sistemática e buscar a aplicação do *habeas corpus* quanto à legalidade das punições disciplinares militares, muito embora, hoje ainda existam magistrados e doutrinadores que entendam a não aplicação em nenhuma hipótese do *writ*.

Ora, barrar a aplicação do remédio heróico sob o argumento pífio de que nas forças militares a hierarquia e a disciplina devem ser preservadas a qualquer custo, é colocar as bases das forças militares acima de todos os direitos e garantias constitucionais, é mais uma forma de retirar do cidadão, pois o militar ao ingressar no serviço militar não deixa de ser cidadão, a garantia de proteção de sua liberdade individual contra ilegalidade ou abuso de poder.

Os defensores mais enérgicos da proibição total de utilização do *habeas corpus* argumentam que o regime militar é cheio de regras e características que o diferenciam do regime civil, e que permitir o uso do *writ* colocaria em risco o controle exercido pelos superiores sobre os subordinados, o que provocaria o abalo das instituições militares.

Percebe-se que é completamente desarrazoado este argumento, pois o seio militar não é um estado paralelo, que só por ter suas especificidades pode estar à margem de toda uma ordem constitucional democrática, na qual o cidadão deve ter os meios necessários para defender-se dos abusos de quem detém o poder.

3.2 Análise diante dos aspectos legais e constitucionais

Os que defendem a impossibilidade completa da utilização do *writ* afirmam que os quartéis ficariam cheios de advogados, e os militares não respeitariam mais as normas específicas, pois a justiça não permitiria suas punições. Ora, o Poder Judiciário é formado por magistrados capacitados e detentores de notável conhecimento jurídico, e não é o mero fato de ingressar com o pedido de *habeas corpus* que garante a sua concessão. A Constituição Federal é clara, em seu art. 5º, inc. XXXV, quando afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, o militar deve ter o direito de acionar o judiciário, e este é quem decidirá se houveram ou não abusos e ilegalidades quanto à sua prisão por consequência de punição disciplinar.

O art. 5º da Constituição Federal é claro quanto à inviolabilidade do direito à liberdade, sendo os integrantes das Forças Militares detentores deste direito como qualquer outra pessoa, não sendo plausível a impossibilidade total de utilização do *habeas corpus* quando for vítima de excessos por parte de seus superiores hierárquicos, quando da aplicação de punições disciplinares.

Nas organizações militares, os seus estatutos e regulamentos disciplinares determinam as autoridades que têm competência para a aplicação das punições disciplinares. No caso da PMCE, geralmente, os competentes são os subcomandantes dos Batalhões, Companhias e da própria instituição.

Pode acontecer de o superior hierárquico acreditar, que só pelo fato de estar em nível acima do subordinado, pode aplicar punições, o que é inconcebível. A autoridade militar só é competente para aplicar punição quando ocupa um cargo que tem esta atribuição. Logo, imaginemos a situação delicada que se encontrará o militar que estiver subordinado a um superior com este pensamento, com certeza estará a mercê de ser punido por alguém incompetente, e isto ocorrendo, terá sua liberdade cerceada e não poderá utilizar-se de *habeas corpus*?

Entende-se não ser correta esta privação colocada por alguns, pois nessa situação é latente a ilegalidade, e a Constituição Federal é clara quando afirma em seu art.5º, inc. LXIX, que “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”.

Como já citado anteriormente, os Regulamentos Disciplinares Militares, em alguns casos, deixam muito à discricionariedade da autoridade militar a classificação ou não de uma atitude do militar como transgressão. Percebe-se que isto abre mais espaço para o cometimento de irregularidades, o que favorece a aplicação de punições de forma ilegal.

Fazendo um paralelo com o direito penal, e levando em consideração o que reza o art. 5º, inc. XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, acredita-se que a maioria dos Regulamentos Disciplinares devem ser reformulados, em face de uma nova ordem constitucional vigente, devendo trazer em seus textos, de forma taxativa, quais são as transgressões disciplinares, bem como suas penas, pois não é interessante deixar ao alvedrio da autoridade militar tão ampla discricionariedade.

Se para punir pela prática de um crime deve haver prévia definição em lei da sua existência e de sua pena, é bastante razoável que o militar só possa ser punido pelo que está estabelecido na lei, haja vista a menor onerosidade da prática de uma transgressão frente à prática de um crime.

Logo, deve haver uma reestruturação das legislações que ainda estão em desconformidade, e a justiça deve tratar também como ilegalidade, a aplicação de punição em consequência de transgressão não prescrita na legislação disciplinar, e acatar o *habeas corpus* para repelir o cerceamento de liberdade.

A ilegalidade também está presente quando a autoridade militar aplica uma pena que não está dentro dos limites legais, ou seja, se o máximo da pena para uma transgressão são 10(dez) dias, e a autoridade aplica 30(trinta) dias, será cabível também o remédio heróico.

Um aspecto que deve ser levado em consideração é a possibilidade do uso do *habeas corpus* na ocorrência de crimes militares. Ora, mais uma vez está provado o quão desarrazoado é o pensamento daqueles que defendem a total improcedência do *writ* em sede de transgressão disciplinar, pois se em um crime, fato de maior

gravidade, o uso do *habeas-corpus* é possível, por qual razão não seria em sede das transgressões, que são muito mais brandas.

O próprio Código de Processo Penal Militar, que apesar de ser anterior à Constituição Federal de 1988, ainda continua em vigor, traz categoricamente em seu art. 466, § único, alíneas a e b, que as exceções para a utilização do *habeas corpus* são quando as punições são aplicadas de acordo com os regulamentos disciplinares. Depreende-se que há a possibilidade sim de aplicação do *writ* quando há desobediência aos preceitos estabelecidos.

Na ordem constitucional vigente, não há como se conceber a aplicação de punições disciplinares sem dar ao militar o direito de defender-se. A Constituição Federal é clara em seu art. 5º, inc. LV, quando aduz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O militar deve poder defender-se das acusações dirigidas a ele, mesmo no âmbito administrativo da apuração das transgressões disciplinares, e a desobediência a este preceito deve ser levado em consideração quando da concessão de *habeas corpus* em face de cerceamento de liberdade por punição disciplinar, que foi aplicada sem garantir o direito de defesa do acusado.

O art. 5º, inc. LXV da Constituição Federal de 1988 reza que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, ou seja, não é concebível na atual ordem constitucional manter-se qualquer prisão fundada na ilegalidade.

Fazendo uma análise diante da conjuntura jurídica brasileira, levando em consideração toda uma gama de direitos conquistados, não há espaço para que se deixe ao alvedrio da autoridade militar a aplicação da prisão nas punições disciplinares sem nenhum controle por parte do judiciário. Não se concebe a existência de tamanho poder, pois isto geraria o aparecimento de sérias ilegalidades e abusos. Um aspecto interessante que tem ligação direta com este tema é a questão das normas constitucionais inconstitucionais, idéia defendida por Canotilho (2003, p. 1232):

O problema das normas constitucionais inconstitucionais é levantado por quem reconhece um direito suprapositivo vinculativo do próprio legislador constituinte. É perfeitamente admissível, sob o ponto de vista teórico, a

existência de *contradições transcendentais*, ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os 'valores', 'diretrizes' ou 'critérios' materialmente informadores da modelação do direito positivo (direito natural, direito justo, idéia de direito).

Acredita-se não haver a possibilidade de uma norma constante do texto constitucional originário ser declarada inconstitucional. O que deve haver é uma interpretação sistemática do art. 142, § 2º, da Constituição Federal, tomando-se como base toda a gama de direitos presentes no texto constitucional, o que possibilitará a análise adequada do *writ* em sede de punição disciplinar militar.

Faz-se necessário abandonar a concepção arcaica de que o regime militar, por ser regido por legislação específica, não deve obediência aos preceitos constitucionais atuais, e todo o regramento é válido se o intuito é manter a hierarquia e a disciplina.

Ilegalidades e abusos não podem estar escondidos e respaldados na manutenção dos princípios basilares do militarismo, essa idéia que está há muito tempo incutida no seio militar deve ser extinta.

É lógico, e do conhecimento de todos que os militares devem possuir todo um conjunto de regras específicas para a organização adequada e bom funcionamento das instituições, mas estas regras devem total obediência à Constituição Federal, é inconcebível qualquer afronta aos princípios e direitos constitucionais, sob qualquer alegação.

A utilização do *habeas corpus* para repelir ilegalidades e abusos quando da aplicação de punições disciplinares militares é muito importante para a mudança da mentalidade errônea incutida no meio militar, pois possibilitará um maior controle deste poder punitivo e conseqüentemente a sua total adequação à ordem constitucional vigente.

Juntamente a isto, deve ser trabalhado, dentro das instituições militares, uma nova filosofia na relação entre superiores e subordinados, abandonando-se a idéia errada de que o superior só manda e o subordinado só obedece sem qualquer questionamento, extinguindo-se a concepção de que as punições disciplinares devem ser usadas para castigar e não para educar e contribuir para a manutenção

da boa imagem e moral dos militares, não sendo cabíveis por meras perseguições sem qualquer fundamentação legal.

3.3 Competência para julgamento do habeas corpus

Sendo possível a utilização do *habeas corpus* para proteger o direito de liberdade individual do militar, quando vítima de abusos e ilegalidades na aplicação de punições disciplinares, deve-se observar qual a justiça competente para a análise do *writ*.

A Emenda nº 45, de 08 de dezembro de 2004, atribuiu à Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal a competência para processar e julgar as ações judiciais contra as punições disciplinares militares.

Esta nova competência envolve qualquer questionamento contra punição disciplinar militar, e logicamente, o julgamento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares, já em 1º grau de jurisdição.

Até a atribuição desta nova competência pela Emenda nº 45, quem detinha tal atribuição era a Justiça Comum Estadual, através dos respectivos tribunais de justiça, pois a Justiça Militar dos Estados somente podia julgar o *habeas corpus* decorrente de processo penal.

No nível federal, em virtude da não finalização da chamada Reforma do Judiciário, a competência para julgamento do *writ* continua sendo da Justiça Federal, e a competência prevista no art. 469 do Código de Processo Penal Militar atribui ao Superior Tribunal Militar tão somente o julgamento do *habeas corpus* impetrado durante o inquérito policial e o processo penal militar, embora o referido tribunal, costumeiramente analise, mesmo sem competência, os pedidos de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar militar.

CONCLUSÃO

O ato disciplinar militar é um ato administrativo, portanto deve obedecer a todos os requisitos deste, competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Levando-se isto em consideração, não há como impedir totalmente a utilização do *habeas corpus* quando da aplicação das punições disciplinares militares, pois cabe ao judiciário a análise da legalidade dos atos administrativos, ficando impossibilitado somente de adentrar na seara do mérito administrativo.

O art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988 reza que “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”, percebe-se que se um ato disciplinar militar estiver eivado de ilegalidade, é perfeitamente possível a utilização do *writ*.

Apesar da restrição constante no art. 142, § 2º, da Constituição Federal de 1988 que prescreve “Não caberá *habeas-corpus* em relação a punições disciplinares militares”, interpretar este artigo em sua literalidade e considerar a total proibição da utilização do *writ* no âmbito das punições disciplinares militares é ir de encontro a uma gama de preceitos constitucionais.

Entende-se que a hierarquia e a disciplina são os pilares das forças militares, mas não é razoável, sob o argumento de proteção absoluta destas, privar os militares de tão importante instituto que é o *habeas corpus*, que pôde ser consagrado depois de muita luta por parte da sociedade, sendo o meio mais hábil e adequado para defender o cidadão de abusos e ilegalidades contra a sua liberdade de ir e vir.

O militar não deixa de ser cidadão quando ingressa nas instituições castrenses, logo não perde assim seus direitos e garantias constitucionais, continuando a ser detentor de todos.

Argumentar-se que a aceitação do *habeas corpus* contra punições disciplinares enfraqueceria a hierarquia e a disciplina e as instituições castrenses não é correto, pois a maneira de garantir a manutenção destas não é através da proteção de

abusos e ilegalidades contra o controle jurisdicional, e sim com a adequação das punições disciplinares com a ordem constitucional em vigor, permitindo que estes atos cumpram a sua real finalidade, a reeducação do servidor militar e a correção de atitudes.

As instituições e servidores militares estão submetidos a uma série de peculiaridades e legislações específicas, o que pode dar margem a entendimentos equivocados sobre algumas questões, como a tratada neste trabalho monográfico, mas é necessário ter-se em mente que isto não permite que o seio militar esteja à margem da ordem constitucional, vindo a desobedecer seus mandamentos.

A Constituição Federal é clara, em seu art. 5º, inc. XXXV, quando afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o inc. LXV da Constituição Federal de 1988 reza que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Conclui-se que a restrição à utilização do *writ* não deve ser vista de forma absoluta, mas deve limitar-se a análise do mérito administrativo, permitindo a verificação dos aspectos legais da punição, ou seja, se o aplicador é competente para tal ato, se o militar teve direito a ampla defesa e ao contraditório, se a punição enquadra-se nas prescrições legais e qualquer outro fator ligado à legalidade.

A liberdade de ir e vir do ser humano é um direito que permite a consecução dos demais, portanto deve ser tratada com seriedade e da maneira mais justa possível, não se permitindo tratamento diferenciado em relação a civis e militares, pois todos estão sujeitos a serem vítimas de abusos e ilegalidades, tendo que haver uma possibilidade, em ambos os casos, de proteção efetiva e ágil, o que é possibilitado pelo instituto do *habeas corpus*.

Atualmente, já se percebe uma predominância do entendimento segundo o qual a proibição não é absoluta, pensamento este fruto de uma interpretação sistemática da constituição, que sem dúvida é mais adequada a se fazer, pois se leva em consideração todos os preceitos e garantias estabelecidos, e não uma única prescrição isoladamente.

Mas ainda há quem pense de maneira radical, como o Procurador da República Mário Pimentel Albuquerque, que pronunciou-se no julgamento do *habeas corpus* 002.217/RJ, constante do acórdão do TRF da 2ª Região, em que foi relator o Desembargador Federal Sérgio Feltrin Côrrea, julgado em 25.04.2001:

[...] dizemos nós, porque o manejo do método adequado para dirimir questão entre oficial e subordinado, até onde o bom senso nos possa valer, constitui atribuição indelegável da autoridade militar competente, jamais da justiça comum, notadamente porque 'o controle que se impõe ao ato administrativo não permite a substituição de razões do administrador pelas razões dos magistrados.' [...] 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.** (grifo nosso).

Depreende-se uma tentativa de afastar princípios do ordenamento constitucional das questões que envolvem a disciplina militar, em nome da preservação da hierarquia e da disciplina. Ora, não se protegem princípios constitucionais blindando o possível cometimento de ilegalidades e abusos contra a liberdade de ir e vir dos militares, da análise destes atos por parte do judiciário.

A questão disciplinar militar é muito delicada, e infelizmente poucos são os autores que tecem comentários sobre o tema, se comparados com outros temas jurídicos, o que dificulta, mas ao mesmo tempo permite uma maior reflexão sobre o assunto.

Termina-se este trabalho com a compreensão exata da complexidade existente na aplicação de uma punição disciplinar militar, pois envolve uma série de conceitos e regramentos desconhecidos por grande parte dos estudiosos, o que desperta questionamentos que possibilitarão a formação de idéias autênticas sobre os diversos aspectos que envolvem o tema.

Tratar a aplicação do *habeas corpus* no âmbito das punições disciplinares militares distante de todos os outros mandamentos constitucionais, atendo-se somente à literalidade da restrição do art. 142, § 2º, não é o caminho certo a ser seguido, é afirmar indiretamente que os servidores militares não são cidadãos como

qualquer outra pessoa não militar, é negar-lhes uma das mais importantes conquistas sociais, o *habeas corpus*, instituto adequado a combater afrontas ao direito de ir e vir, tão importante a qualquer ser humano para a consecução de tantos outros direitos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Florêncio de. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

ASSIS, Jorge César de. **Direito militar**: aspectos penais, processuais penais e administrativos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. **Comentários ao código penal militar**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 8846/SP. Publicado em 24/09/2001. Ministro Relator: Hamilton Carvalhido. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=rhc+8846&b=ACOR>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Superior Tribunal Militar. Acórdão nº 1990.01.032683-9. Publicado em 08/02/1991. Ministro Relator: Wilberto Luiz Lima. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=&s2=1990.01.032683-9&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=jurisprudencia.htm&r=0&f=S§1=NOVAJURI>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Acórdão nº 1991.01.032711-8. Publicado em 24/06/1991. Ministro Relator: Antonio Carlos de Nogueira. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/1991/180/01.0327118/01.0327118.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2010.

_____. Acórdão nº 1993.01.032943-9. Publicado em 29/09/1993. Ministro Relator: Luiz Leal Ferreira. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=&s2=1993.01.032943-9&s3=&s4=&s5=&s6=&s7=&s8=&s9=&s10=&s11=&s12=&s13=&s14=&s15=&s16=&l=20&d=JURI&p=1&u=jurisprudencia.htm&r=1&f=G§1=NOVAJURI>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. Acórdão nº 1997.01.033287-1. Publicado em 18/12/1997. Ministro Relator: Domingos Alfredo Silva. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/1997/180/01.0332871/01.0332871.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2010.

_____. Acórdão nº 1998.01.033366-5. Publicado em 15/09/1998. Ministro Relator: Domingos Alfredo Silva. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/1998/180/01.0333665/01.0333665.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. Acórdão nº 1999.01.033452-1. Publicado em 08/10/1999. Ministro Relator: José Sampaio Maia. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/1999/180/01.0334521/01.0334521.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

_____. Acórdão nº 2000.01.033540-4. Publicado em 06/07/2000. Ministro Relator: Domingos Alfredo Silva. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/2000/180/01.0335404/01.0335404.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. Acórdão nº 2001.01.033592-7. Publicado em 16/03/2001. Ministro Relator: Aldo da Silva Fagundes. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/2000/180/01.0335404/01.0335404.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. Acórdão nº 2001.01.033623-0. Publicado em 16/03/2001. Ministro Relator: José Júlio Pedrosa. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/2001/180/01.0336230/01.0336230.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. Acórdão nº 2005.01.034061-0. Publicado em 08/09/2005. Ministro Relator: Antônio Apparício Ignacio. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/2005/180/01.0340610/01.0340610.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 80708/RJ. Publicado em 18/05/2001. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78486>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. RHC 88543/SP. Publicado em 27/04/2007. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443468>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. HC 98278/SP. Publicado em 26/06/2009. Ministro Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2667770>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

_____. HC 100917/PE. Publicado em 13/10/2009. Ministro Relator: Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28100917%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. HC 103515/SP. Publicado em 23/04/2010. Ministro Relator: Cezar Peluzo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103515%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

_____. HC 94424/RS. Publicado em 06/05/2010. Ministro Relator: Eros Grau. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894424%29+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas corpus** - admissibilidade nas transgressões disciplinares militares. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Carlos Couto de. Peculiaridades e algumas questões controvertidas do processo penal militar. **Direito Militar**, Florianópolis, v.12, n.72, p.23-26, jul./ago. 2008.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A constituição federal comentada**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1949.

CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas corpus na transgressão disciplinar militar**. Leme: RCN, 2002.

COSTA, José Armando da. **Controle judicial do ato disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. **Direito administrativo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

DIÁRIO DO NORDESTE. **Após a greve branca Pm's passam a sofrer retaliação**. Fortaleza, 29 abr. 2010.

_____. **Crise atinge oficiais e provoca queda de comandos na PM**. Fortaleza, 07 maio 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito administrativo militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Rio de Janeiro: Rio editora, 1980.

GOUVEIA, Joilson Fernandes de. **Do cabimento do habeas corpus e do mandado de segurança nas prisões disciplinares ilegais na PMAL**. CESDIM. Disponível em: <<http://www.cesdim.org.br/temp.aspx?PaginaID=108>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

HOLANDA, Marcos de. **O habeas corpus ao alcance de todos – Aspectos Processuais e Constitucionais**. 1. ed. Fortaleza: ABC, 2004.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 1. ed. São Paulo: Método, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1329. Publicado em 07/09/2002. Relator: Juiz Décio de Carvalho Mitre. Disponível em: <<http://www.tjm.consultajurisprudencia.mg.gov.br/jcab/recursos/HABEASCORPUSN01329.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

_____. Habeas Corpus nº 1419. Publicado em 15/02/2006. Relator: Juiz Cel PM Paulo Duarte Pereira. Disponível em: <<http://www.tjm.consultajurisprudencia.mg.gov.br/jcab/recursos/HABEASCORPUSN01419.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2010.

_____. Habeas Corpus nº 1330. Publicado em 05/09/2002. Relator: Juiz Décio de Carvalho Mitre. Disponível em: <<http://www.tjm.consultajurisprudencia.mg.gov.br/jcab/recursos/HABEASCORPUSN01330.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2010.

_____. Habeas Corpus nº 1239. Publicado em 15/08/1997. Relator: Juiz Cel PM Jair Cançado Coutinho. Disponível em: <<http://www.tjm.consultajurisprudencia.mg.gov.br/jcab/recursos/HABEASCORPUSN01239.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 8. ed. São Paulo: Manole, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e prática do habeas corpus**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

RECIFE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Acórdão RHCEXOF 1959/RN. Publicado em 22/09/2004. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/InteiroTeor/inteiroTeor.jsp?numproc=00031456920044058400>>. Acesso em: 01 out. 2010.

_____. Acórdão MAS 90895/RN. Publicado em 31/01/2006. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2006/01/200484000055811_20060131.pdf>. Acesso em: 21 out. 2010.

_____. Acórdão RSE 1004/CE. Publicado em 24/10/2007. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/InteiroTeor/inteiroTeor.jsp?numproc=00170552520064058100>>. Acesso em: 23 out. 2010.

_____. Acórdão AC 355734/RN. Publicado em 02/12/2008. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/archive/2008/12/200384000030482_20081203.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito administrativo militar**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Reforma do código de processo penal militar – uma necessidade em face da constituição federal de 1988 e da emenda constitucional nº45/2004. **Revista Jurídica**, Rio Grande do Sul, v.54, n.347, p. 101-107, set. 2006

_____. Recursos no processo penal militar. **Revista Jurídica**, Rio Grande do Sul, v.51, n. 311, p.103-106, set. 2003.

SANTANA, Luiz Augusto de. Ou a desmilitarização das polícias militares, ou a limitação do direito penal militar aplicado a seus integrantes. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica, São Paulo, n.34, p. 227-234, abr./jul. 2002.

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

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANEXO

ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
COMARCA DE FORTALEZA – VARA DO JUÍZO MILITAR

Processo 437098-60.2010.8.06.0001/0

Pedido de Habeas Corpus

Paciente:

Impetrado: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará

DESPACHO

Vistos etc.

, qualificado nos autos e por meio de advogado, ajuizou o presente pedido de HABEAS CORPUS contra ato que reputa ilegal praticado pelo **COMANDANTE GERAL e COMANDANTE ADJUNTO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ**, alegando que se encontra na iminência de sofrer coação na sua liberdade de locomoção, em face da punição aplicada por meio da Sindicância Formal instaurada através da Portaria /2010-SF-DP/3, por suposta negativa do paciente em dirigir viaturas da PMCE.

Aduz que não possui curso ou treinamento específico para dirigir as viaturas da PMCE, conforme preceitua o Código de Trânsito Brasileiro e Resoluções do CONTRAN, bem como não se encontra nos quadros de motorista e não recebe gratificação de motorista de veículo de emergência.

Acresce que apenas estava respeitando as leis de trânsito, havendo solicitado ao superior hierárquico que autorizasse por escrito a condução veículo naquelas circunstâncias, porém o pedido na foi atendido.

Requer a anulação da Sindicância referida e, liminarmente, a garantia de salvo conduto, tendo em vista a aplicação da punição de dez dias de permanência.

Com a inicial juntou os documentos de fls. 16/83 e, por determinação judicial, apresentou emenda a inicial, fls. 86/87.

Adulce

Sucintamente relatado. Decido.

A Constituição Federal prescreve no artigo 5º, 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*", enquanto no § 2º, do artigo 142, dispõe: "*Não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares*".

Em face do que dispõe o artigo 5º, inciso LXI, da mesma Constituição que diz: "*Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*" (grifei), em uma interpretação ligeira poder-se-ia concluir que o militar pode ser preso administrativamente sem que possa se valer do instituto do *habeas corpus* para que o Poder Judiciário aprecie a legalidade dessa prisão.

A possibilidade de a prisão administrativa ser decretada sem qualquer autorização judicial, não significa que o militar tenha perdido o seu *status* de cidadão ou que os direitos e garantias fundamentais assegurados pela CF perderam a sua eficácia.

O Estado apenas concedeu a possibilidade de cerceamento da liberdade por ato de autoridade diversa da autoridade judiciária nos casos expressamente previstos em lei como crime militar ou transgressão disciplinar militar.

A hierarquia e a disciplina devem ser preservadas por serem princípios essenciais das Corporações Militares, mas os direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º, da CF, são normas de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF), que devem ser asseguradas a todos os cidadãos (civil ou militar, brasileiro ou estrangeiro), sem qualquer distinção na busca do fortalecimento do Estado de Direito.

Para contemporizar os dispositivos acima transcritos e aparentemente contraditórios, a doutrina e a jurisprudência dominantes interpretam a vedação do artigo 142, § 2º, da CF, no sentido de que não cabe *habeas corpus* em relação ao mérito das punições disciplinares militares, nada impedindo que o Poder Judiciário examine os pressupostos de legalidade da punição, conforme os julgados abaixo transcritos:

"HABEAS CORPUS". O SENTIDO DA RESTRIÇÃO DELE QUANTO ÀS

Walter

PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES (ARTIGO 142, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

- Não tendo sido interposto o recurso ordinário cabível contra o indeferimento liminar do "habeas corpus" impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (artigo 102, II, "a", da Constituição Federal), conhece-se do presente "writ" como substitutivo desse recurso. - O entendimento relativo ao § 2º, do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio de que nas transgressões disciplinares não cabia "habeas corpus", não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do artigo 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita as de natureza militar. "Habeas corpus" deferido para que o S.T.J. julgue o "writ" que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não-cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente "habeas corpus" até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não.¹

RECURSO EM HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. JULGAMENTO. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR.

1. A proibição inserta no artigo 142, parágrafo 2º, da Constituição Federal, relativa ao incabimento 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.

2. Recurso improvido.²

Pelas razões expostas, admito o writ impetrado, limitando o conhecimento do pedido à legalidade da punição questionada, realizando, neste momento, somente uma análise perfunctória para verificar a existência da fumaça do bom direito e o perigo na demora da prestação jurisdicional, necessários para concessão da liminar.

Alega o impetrante que não é habilitado para conduzir veículo de emergência, razão porque não cometeu nenhuma transgressão disciplinar, apenas respeitou o Código de Trânsito Brasileiro.

Por meio do documento de fls. 64/68 o Estado reconhece a omissão em oferecer curso para condutor de veículo de emergência, indicando que procede a informação do impetrante de que não recebeu o treinamento "prático" para conduzir tal espécie de veículo, somente o teórico, quando a Lei de Trânsito exige as duas modalidades de treinamento.

Inobstante o documento intitulado "Termo de Ajustamento de Conduta" de fls. 64/68 determinar na Cláusula 6ª o retorno dos policiais às suas funções de motorista, mesmo

¹ STF - HC 70648 / RJ Min. Moreira Alves - DJ 04-03-1994 PP-03289.

² STJ - RHC 8846 / SP - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - DJ 24/09/2001 p. 341.

Walter

que não habilitado, sob pena de responsabilidade infracional, apresenta-se no mínimo duvidosa a validade jurídica desta Cláusula, pois obriga a uma conduta *contra legem*, desrespeitando-se uma Lei Federal por meio do ajuste dos signatários, por mais ilustres que sejam estes e nobres os propósitos apresentados.

Acresça-se que mesmo que se admita que a Cláusula referida tenha validade jurídica, observa-se que o Termo de Ajustamento foi lavrado na mesma data em que o impetrante se recusou a dirigir o veículo por não ser habilitado - 27 de abril de 2010 -, data esta em que também foi emitido o certificado do curso teórico realizado pelo impetrante, fls. 20, ou seja, os documentos indicam que quando o impetrante se recusou a desobedecer o Código Nacional de Trânsito, às seis da manhã do dia 27 de abril de 2010 (doc. fls. 44), nem havia ainda o Termo de Ajustamento de Conduta e nem recebera o certificado do DETRAN.

Os documentos até então acostados permitem entrever a plausibilidade do direito invocado pelo impetrante. A urgência da medida se evidencia pela iminência em que se encontra o impetrante de ser cerceado na sua liberdade de locomoção, em face do procedimento ora em análise.

Pelo exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus pleiteada, determinando que se expeça, de imediato, SALVO CONDUTO em favor do autor, em relação a punição aplicada nos autos da Sindicância instaurada pela Portaria nº /2010-SF-DP/3, até o julgamento final da presente ação.

Notifique-se a autoridade apontada como coatora para prestar informações, no prazo de cinco dias, na forma do artigo 472 do CPPM.

Intimem-se. Ciência ao MP. Expedientes necessários.

Fortaleza, 13 de setembro de 2010.


ANTÔNIA DILCE RODRIGUES FEIJÃO
Juíza de Direito Auxiliar - respondendo