



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MIRALDO FONTES DA SILVA

LIMITAÇÕES AO HABEAS CORPUS NO DIREITO MILITAR

**BARBACENA
2014**

MIRALDO FONTES DA SILVA

LIMITAÇÕES AO HABEAS CORPUS NO DIREITO MILITAR

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em direito

Orientadora: Prof^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral

BARBACENA

2014

Miraldo Fontes da Silva

LIMITAÇÕES AO HABEAS CORPUS NO DIREITO MILITAR

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em direito.

Aprovada em: ___/___/___, com nota_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Me. Débora Maria Gomes Messias Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^o Esp. Fernando Antônio Montalvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.^a Esp. Cristina Prezoti
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico este trabalho A Deus, que me guia em todos os momentos. A minha mãe que me deu o sopro divino da luz. À minha esposa e as minhas filhas que significam muito e me mostram o quão importante e alegre é a vida.

Agradecimentos

A professora Débora pela orientação brilhante e responsável durante os trabalhos.

A banca examinadora pelo profissionalismo na forma que conduziram os trabalhos.

Onde não há o 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 contemporaneidade confirma-o a cada passo.

Pontes de Miranda

Resumo

O habeas corpus é garantia consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CF/88) no art. 5º, inciso LXVIII, concedido quando alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Num primeiro momento, com uma leitura da expressão literal de seu texto, tal dispositivo parece simples e de aplicação sem exceções, sempre que alguém se encontrar em uma destas situações que apresente os requisitos acima poderá impetrar o remédio constitucional. Ocorre que o art. 142 em seu parágrafo segundo (CF/88), vedar explicitamente tais garantias quando o paciente for um militar punido disciplinarmente. Entretanto, não é isso que se deve entender. Tal dispositivo deve ser interpretado de acordo com as disposições que contemplam as garantias e devem sempre levar em conta que a Constituição de 1988 deu ao indivíduo, para que não se venha atentar contra o Estado de Direito. Assim, o presente trabalho, utilizando do método de abordagem indutivo e dialético, analisando seu objeto a partir da contradição de ideias quando permite o writ para qualquer pessoa e, em contrapartida, mais adiante veda esta garantia aos militares, inferindo uma verdade geral do descabimento da concessão do habeas corpus, não contida unanimemente nas partes examinadas das decisões e doutrinas existentes sobre o tema. Ademais, este estudo se enquadra perfeitamente na linha de pesquisa de nossa instituição, fundada na Teoria da Jurídica, Cidadania e na Globalização trazendo uma contribuição teórica para o tema que não é largamente pesquisado pelos doutrinadores, tão pouco difundido nas Universidades de Direito.

Palavras-Chave: Garantias fundamentais. Habeas Corpus. Direito militar. Transgressões disciplinares. Disciplina militar. Direito administrativo militar.

Abstract

Habeas corpus is guaranteed under the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1998 (CF/88) in art. 5, subsection LXVIII granted when someone suffers or is in danger of suffering violence or coercion against his freedom of movement, for illegality or abuse of power. At first, with a lecture the literal expression of your text, such a device seems simple application without exception, whenever somebody If you encounter one of these in situações to submit the above requirements may bring the action. Occurs the art. 142 in their second paragraph (CF/88), seal seems explicitly such assurances when the patient is a military disciplinary punishment. However, this is not what is meant. This device shall be construed in accordance with the provisions that contemplate the guaranties and should always take into account the heat that the 1988 Constitution gave the individual, so it does not come undermining the rule of law. Thus, the present study, using the method of inductive and dialectical approach, analyzing your object from the contradiction of ideas when it permits the writ to qualquer person and, in turn, further prohibits the military this warranty, inferring a general verdade descabimento to the concession of habeas corpus, unanimously not contained in the parts examined existing doctrines and decisions on the subject. Furthermore, this study fits perfectly in the line of research of our institution, founded in Legal Theory, Citizenship and Globalisation teorica bringing a contribution to the subject that is not widely researched by scholars, as pocuo widespread in the Universities of law.

Keywords: Fundamental Guarantees. Habeas Corpus. Military law. Disciplinary transgressions. Military discipline. Military administrative law.

Lista de abreviaturas e siglas

Ac. – Acórdão
ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
APC – Apelação Cível
BE – Boletim do Exército
BI – Boletim Interno
CE – Constituição Estadual
CF – Constituição Federal
CEDM- Código de Ética e Disciplina dos Militares de Estado de Minas Gerais
CP – Código Penal
CPM – Código Penal Militar
CPP – Código de Processo Penal
CPPM – Código de Processo Penal Militar
DJ – Diário de Justiça
DJU – Diário de Justiça da União
DOE – Diário Oficial do Estado
DOU – Diário Oficial da União
HC – Habeas Corpus
IMEs- Instituição Militar Estadual
ME – Militar Estadual
MS – Mandado de Segurança
OM – Organização Militar
PMMG – Polícia Militar de Minas Gerais
RCHC – Recurso Crime Habeas Corpus
RDE – Regulamento Disciplinar do Exército
RDBM- Regulamento Disciplinar da Brigada Militar
RHS – Recurso *Habeas Corpus*
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
ROMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RT – Revista dos Tribunais
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STM – Superior Tribunal Militar
TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF/5 – Tribunal Regional Federal – 5ª Região

Sumário

1	Introdução	19
2	<i>O habeas corpus</i> e as punições disciplinares	21
2.1	Breve contextualização histórica.....	21
2.2	Hierarquia e Disciplina nas organizações de caráter militar	26
2.3	Considerações sobre as punições disciplinares na vida militar.....	Erro! Indicador não definido.
2.4	O descabimento do <i>habeas corpus</i> contra punições disciplinares	31
3	A análise sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais	41
3.1.	<i>O habeas corpus</i> como remédio heroico.....	41
3.1.1	Conceito e natureza jurídica.....	41
3.1.2	Finalidade.....	44
3.1.3	Legitimidade Ativa e Passiva	46
3.1.4	Admissibilidade	47
3.2	O questionamento sobre a exceção constitucionalmente prevista: princípios da proporcionalidade/razoabilidade	47
3.2.1	O Princípio da Proporcionalidade	50
3.2.2	O princípio da proporcionalidade e a relatividade dos direitos fundamentais	52
3.2.3	Limitações ao Direito Fundamental à Ação	56
3.2.4	Limitações decorrente de normas constitucionais quanto as punições disciplinares militares.....	57
4	Considerações finais.....	63
	Referências.....	71

1 Introdução

Este trabalho tem por finalidade cumprir o requisito parcial para a conclusão do Curso de Bacharel em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC.

O tema a ser explorado é “Limitações ao Habeas Corpus no Direito Militar.”

A escolha do tema tem em vista a aparente antinomia da norma constitucional positivada no art. 5º, inciso LXVIII que prevê os casos de concessão do habeas corpus, com a norma contida no art. 142, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares.

Para tanto foi utilizado os métodos de abordagens indutivos e dialéticos, com pesquisa bibliográfica, incluindo o estudo de obras doutrinárias, artigos de periódicos especializados e jurisprudência e regulamentos militares.

O problema proposto é se a restrição à concessão do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares, positivada no art. 142, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988 vai de encontro ao sistema de garantias fundamentais.

A hipótese de trabalho é que o caráter da restrição é relativo e tal relatividade deve ser observada nos casos de manifesta ilegalidade e abuso de poder, trata-se da impossibilidade de se analisar o mérito de referidas punições, não abrangendo, contudo, os pressupostos de legalidade.

A punição disciplinar militar é o ato administrativo e como tal deve preencher certos requisitos que lhes são próprios. A falta de qualquer requisito já é suficiente para demonstrar a ilegalidade, a qual, em sentido amplo, inclui o abuso do poder.

Para que o objetivo seja atingido, num primeiro momento, discorrer-se-á sobre a profissão militar, suas especificidades e peculiaridade para que se possa entender o regime disciplinar a que estão submetidos. Num segundo momento, analisar-se-á os chamados *writs* constitucionais, mais especificamente o *habeas corpus* e avaliar-se-á a possibilidade de sua aplicação no âmbito militar.

A questão em si parece simples, mas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a tornam um tanto complicada, pois a regra da restrição, principalmente do *habeas corpus*, é tradição no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no 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,” e no art. 142, parágrafo 2º:” Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

Os dispositivos restritivos não podem ser interpretados isoladamente. Se há uma regra que proíbe ao lado de outra que permite é evidente que a regra proibitiva ficou adstrita à regra permissiva, de forma que há possibilidade da impetração de *habeas corpus* nas punições disciplinares militares.

Ademais, deve-se buscar utilizar o princípio da proporcionalidade no intuito de tornar o processo mais efetivo e aproximado da realidade social, preservando direitos fundamentais. Da mesma maneira que não se pode escudar do princípio da razoabilidade reduzida a noção de racionalidade, somada a uma concepção de “consenso popular”, buscando-se obter o equilíbrio entre os interesses em conflito.

Neste sentido é que também se discute o descabimento do controle judicial do mérito do ato administrativo, entendimento predominante, tanto da doutrina quanto da jurisprudência tradicional, muito embora haja uma maior abrangência do controle judicial dos atos administrativos, inclusive os discricionários.

2 O habeas corpus e as punições disciplinares

O Brasil constitui-se em Estado de Direito Democrático. Destarte, há de submeter-se à império da Lei, respeitando princípios constitucionais, entre eles o Princípio da Legalidade, onde reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei,” bem como ao da isonomia e equidade jurídicas,

Desse modo, inaugurada a nova ordem jurídica, torna-se obrigatória uma análise mais acurada de conceitos, institutos, paradigmas, verificando se eles continuam os mesmos ou se foram alterados, e, nesta hipótese, qual a nova postura que deve ser exigida dos aplicadores do direito. Apresenta-se assim, a imprescindível necessidade de adequação e conformação das normas infraconstitucionais aos normativos constitucionais, identificando e corrigindo eventuais inconstitucionalidades.

Neste sentido, há uma discussão muito presente sobre a concessão ou não do habeas corpus nas transgressões disciplinares militares, principalmente quando cerceadoras da liberdade, mesmo havendo vedação expressa na Constituição Federal de descabimento a sua concessão, contudo contrariando a mesma garantia constitucional de apreciação do judiciário de qualquer ameaça ou lesão a direito.

Dessa forma, cabe analisar a origem deste instituto e sua aplicabilidade na defesa das garantias fundamentais, em tese, de qualquer pessoa, mesmo que sendo militar, Para isso, necessário se faz compreender qual o significado da hierarquia e da disciplina nas organizações de natureza militar.

É necessário fazer algumas considerações sobre o que vem a ser as punições disciplinares na vida militar e suas consequências na vida funcional e seus integrantes, fazendo uma análise na norma constitucional em que excetua a concessão do habeas corpus nas transgressões disciplinares com as posições doutrinárias e decisões variadas, conforme está sendo tratado nesse capítulo.

2.1 Breve contextualização histórica

O Estado em longo processo de evolução cultural do homem, como tem sido demonstrado pelo processo histórico evolutivo da humanidade. Surgiu com o desenvolvimento dos primeiros grupos sociais que se formaram com a finalidade de melhor dominar a natureza e proteger-se dos inimigos. O aumento do número de indivíduos e a consequente complexidade das relações sociais foram criando condições para o surgimento

das leis, normas de conduta, que necessitaram de uma figura central e com poder para garantir a coesão do grupo. Assim surgiu o Estado para exercer um controle e garantir a convivência em sociedade.

Em todo o tempo, e tão longe quanto o investigador mergulhe no passado, onde quer que encontre um agrupamento social, presente está o fenômeno jurídico, mesmo em um estágio rudimentar, segundo Pereira (1994, p. 3):

Há e sempre houve um mínimo de condições existenciais da vida em sociedade, que se impõe ao homem através de forças que contenham sua tendência à expansão individual e egoísta. Estas forças ora se objetivam no aparelho intimidador do Estado, ora se impõem pela contenção mística da religião, ora se concentram na absorção autoritária de um chefe eventual. A forma, pois, de sua atuação varia. Na escala dos valores, sua afirmação ideal é insuscetível de padronização. Mas na apuração de sua incidência é uma constante. Há e sempre houve uma norma, uma regra de conduta, pautando a atuação do indivíduo, nas suas relações com outros indivíduos.

O Poder transferido ao Estado, para garantir a coesão e manutenção da ordem, precisou ser controlado e, muitas vezes, corrigido nos seus excessos ou erros. Nesse contexto aparece a figura dos remédios constitucionais, entre eles o *habeas corpus*.

Diversas são as origens históricas, alguns historiadores veem a origem do *habeas corpus*, no *interdictum de homine libero exhibendo*, do Direito Romano. Entretanto, a doutrina majoritária encontra os princípios básicos do *habeas corpus* na Inglaterra, no ano 1215, na *Magna Charta Libertatum*, promulgado pelo rei João Sem Terra, em face das pressões dos barões e do clero.

Adotando a doutrina majoritária de acordo com Mirabete (1997), tem-se que o *habeas corpus*, ação que visa garantir a liberdade de locomoção, surgiu pela primeira vez, conforme se tem notícias em 19 de Junho de 1215, nos Campos de *Runnynead* com a Magna Carta do Rei João Sem Terra, outorgada à nação Inglesa sob pressão dos “Barões de Ferro”. Posteriormente foi difundido por várias nações, particularmente no Brasil, onde surgiu pela primeira vez, em nossas legislações, no período Constitucional Imperial com o Código de Processo Criminal de 1832, passando a fazer parte de todas as constituições seguintes. Em 1066, a Inglaterra foi conquistada por Guilherme, Duque da Normandia. Sob seus sucessores, a autoridade real se debilitou, sendo restaurada em meados do século XII, quando subiu ao trono Henrique II. Com a morte deste, a coroa passou para seu filho Ricardo, que morreu sem deixar herdeiros. O trono inglês foi, então, ocupado pelo filho mais novo de Henrique, chamado João, conhecido por João Sem Terra, em virtude de não possuir, em razão de sua pouca idade, um ducado como privilégio, contrariamente a seus irmãos mais velhos. Segundo

seus contemporâneos, João era completamente desprovido da agradável personalidade de seu irmão Ricardo: oprimia seus súditos, nomeava indiscriminadamente bispos e abades, cobrava impostos pesadíssimos e realizava detenções arbitrárias a todo instante.

Em 1214, contudo, João sofreu pesada derrota em Flandres, em conflito contra o rei da França, Felipe Augusto. Isto acarretaria sua queda; no ano seguinte, seus vassalos, comandados pelo arcebispo Stephan Langdon, romperam seu juramento de fidelidade ao rei, que, desolado, constatou que apenas sete vassalos, entre milhares, lhe haviam permanecido fiéis. O rei foi obrigado, em 15 de junho de 1215, a firmar um documento que lhe fora apresentado pelo próprio arcebispo e em nome da nobreza. Tal documento seria a Magna Carta, considerada o primeiro esboço de uma constituição escrita.

A carta sancionava privilégios dos senhores feudais e dos príncipes da Igreja; apenas com o passar do tempo a consciência popular consideraria tal documento dirigido a todo o povo inglês. Contendo 60 artigos, alguns destes dispositivos são bastante elucidativos, por exemplo, os art. 1º e 2º: "1º A Igreja inglesa é livre e são invioláveis todos os seus direitos e liberdades. (...) 2º Concedemos, também, aos homens livres do reino, por nós e nossos herdeiros, para sempre, todas as liberdades abaixo enunciadas, para serem fruídas para sempre".

Diga-se o mesmo dos art. 21 e 23: "21. Não serão aplicadas multas a condes e barões senão por seus pares e em proporcionalidade à falta cometida. (...)"; "23. Nenhuma cidade e nenhum homem livre serão obrigados a edificar pontes e diques, a não ser se isto estiver previsto no costume".

É o art. 39, contudo, que se liga diretamente ao *habeas corpus*: "39. Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, nem terá confiscados seus bens, nem será posto fora da lei ou exilado, nem será molestado, e nós não agiremos nem mandaremos agir contra ele a não ser mediante julgamento regular pelos seus pares ou de acordo com as leis do país".

Segundo Ackel Filho (1991) no Brasil Colônia, as ordenações vigentes não faziam referência à matéria, muito embora àquela época houvesse alguns diplomas que prescreviam garantias fundamentais dos indivíduos. Eram as denominadas cartas de seguro, que asseguravam ao réu, entre outros direitos, a defesa em liberdade. As ordenações do direito lusitano proibiam expressamente a prisão sem justa causa, mandado judicial e processo regular.

O instituto ingressou no nosso ordenamento jurídico pelo Código de Processo Criminal de 1832. O seu art. 344 proclamava: "Qualquer juiz pode fazer passar uma ordem de *habeas corpus*, ex officio, quando chegar a seu conhecimento [...] que algum cidadão, oficial

de justiça ou Autoridade tem ilegalmente alguém sob sua guarda ou detenção.” (TOURINHO FILHO, 2002, p. 25/27)

Alguns defendem a tese de que o ingresso do *writ* no direito Com o que se percebe que, no Brasil, se conheceu primeiro o denominado *habeas corpus* liberatório, que visa fazer cessar um constrangimento. O *habeas corpus* preventivo veio com o decreto nº 2033, de 29 de setembro de 1871, que estendeu o *writ* também a estrangeiros.

O pátrio se deu, de forma implícita, com a Constituição de 25 de março de 1824, cujo art. 179, inciso X, assim dispunha: “À exceção do flagrante delito, a prisão não pode ser executada senão por ordem escrita de autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar”.

Segundo Campanhole e Campanhole (1989) a partir do século XIX, com a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, o *habeas corpus* passou a figurar no texto magno, no elenco dos direitos e garantias individuais (art. 72, § 22), onde dispunha “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o individuo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder (sic)”. No entanto, em face dos termos amplos com que expressou o instituto, provocou acirrados debates e discussões.

O texto não dizia expressamente qual o direito tutelado pelo *writ*. Face essa omissão, passou-se a entender que o *writ* tinha maior elástico em relação ao *habeas corpus* clássico, destinado a socorrer unicamente a liberdade pessoal, de modo que poderia tutelar outros direitos, ainda que não compreendidos na liberdade de locomoção. Tal entendimento levou o Supremo Tribunal Federal a decidir, em 1909, que o *habeas corpus* tutelava qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção, assim compreendida não só a liberdade de ir e vir, mas a que fosse necessária para o exercício de outros direitos.

Naquela época, o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu *habeas corpus* para a publicação de artigos lidos da tribuna do Congresso durante o estado de sítio, a reintegração de funcionários públicos, a visita a presos políticos e até para que estudantes concluíssem o curso de acordo com a legislação anterior já revogada.

O resultado disso tudo foi o nascimento da famosa doutrina brasileira do *habeas corpus*, definida no acórdão de 16-12-1914, pelo qual o STF assegurou a posse de Nilo Peçanha no governo do Estado do Rio de Janeiro. Nesse caso, relatado por Enéas Galvão, sustentou-se: 1) a expressão do art. 72, § 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 deve 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 a sua função ou mandato; 5) o Supremo Tribunal Federal interpreta soberanamente as regras constitucionais, sem estar subordinado às disposições das leis ordinárias. (TOURINHO FILHO, 1990)

Pela Constituição Federal de 16 de julho de 1934, o *habeas corpus* teve seu objeto definido, pois os demais direitos ganhavam um *writ* específico para garanti-los, no caso: o mandado de segurança.

O texto constitucional de 1934, embora tenha suprimido a expressão “locomoção”, não deixou maiores dúvidas quanto ao objeto protegido pelo *habeas corpus*, que seriam: o direito de locomoção, de liberdade do indivíduo. Os demais direitos ganharam seu *writ* específico.

A norma constitucional, garantidora do *writ*, passou a ter a seguinte redação: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abusos de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.”

Assim, a restrição do remédio heroico às transgressões disciplinares foi uma inovação nos textos constitucionais.

Muito embora a carta constitucional de 25 de março de 1824 não tenha tratado do *habeas corpus* em relação aos militares, contudo, curiosamente, em seu art. 179, onde versava sobre as garantias dadas pela Constituição do Império admitia a prisão dos militares como necessárias a disciplina e recrutamento do Exército, como retrata em seu inciso X.

A Constituição de 1934 foi a primeira a restringir o direito ao *writ* nos casos de transgressões disciplinares. Atualmente, essa restrição continua vigente no art. 142, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que integra o capítulo II, da Seção III, do Título V (da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), quando diz que: “não caberá concessão de *habeas corpus* nas punições disciplinares militares”.

A Constituição de 1946 manteve o *habeas corpus* em seu art. 141, inc XXIII, como também vedava a concessão do *writ* nas punições disciplinares militares.

Manteve-se também na Carta Constitucional de 1967 e 1969, como remédio em favor de alguém que sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder e a exceção da concessão aos militares nas questões disciplinares.

No entanto, durante o regime ditatorial militar, a disposição constitucional restringiu

consideravelmente a garantia dos *writs*, na medida em que excluíram sumariamente de qualquer apreciação judicial os atos praticados de acordo com os atos institucionais e complementares. Assim, o art. 10 do ato institucional nº 5, suprimiu o *habeas corpus* nos crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e social e contra a economia popular. (ACKEL FILHO, 1991)

Com a redemocratização do país e a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o *habeas corpus* revitalizou-se e está disposto no Capítulo II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O art. 1º da Constituição Federal de 1988, Título I, Dos Princípios Fundamentais, traz como fundamento do Estado Democrático de Direito, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana.

A palavra dignidade deve ser entendida como algo que está relacionado com respeitabilidade e autoridade moral. Este artigo elege como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a valorização e respeito a todas as condições necessárias para que uma pessoa se sinta respeitada e plenamente inserida na sociedade em que vive.

A liberdade juntamente com o direito à vida pode ser considerada como um dos requisitos principais para se atingir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Diz o art. 5º, inc. LXVIII da Constituição Federal de 1988: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

Inaugura-se, assim, uma nova era na ordem jurídica pátria, que é a das liberdades individuais e as garantias que preservem a dignidade da pessoa humana, qualquer que seja ela, militar ou civil.

Qualquer cidadão que tenha o seu direito de locomoção cerceado ou ameaçado de tê-lo por ato de ilegalidade ou abuso de poder, pode, independente da existência de outro recurso específico, requerer o exame do ato através do *habeas corpus*.

2.2 Hierarquia e Disciplina nas organizações de caráter militar

O art. 142 da Constituição Federal de 1988 coloca a hierarquia e a disciplina militar como base organizacional das Forças **Armadas**, como também reporta estas exigências aos integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Com isto, reafirma a importância de tais institutos no meio militar.

A Hierarquia Militar de acordo com Pereira (2001) é a ordenação da autoridade em

níveis diferentes dentro da estrutura das corporações, sendo que a ordenação se faz por postos e graduações e dentro de um mesmo posto ou graduação pela antiguidade ou merecimento, aquele que tenha sido promovido ou nomeado antes, observando os demais preceitos legais regulamentares.

A Disciplina Militar para Pereira (2001), por sua vez, é o que se pode denominar de “disciplina qualificada”, nesta linha apontam-se como manifestações essenciais de disciplina militar, dentre outras atitudes, pronta obediência as ordens legais, observância as leis, exato cumprimento dos deveres, regulamentos, normas e disposições, facilitando a convivência de caserna, bem como, a execução da atividade fim.

Os conceitos de hierarquia e disciplina estão mais presentes nas organizações de caráter militar, estruturadas em um controle verticalizado de seus recursos humanos, voltados para a eficiência e eficácia de suas atividades constitucionais.

A importância destes princípios remonta a época de Frederico da Prússia em que o modelo de organização militar tornou-se o protótipo de eficiência na planificação de tarefas que implicavam um direcionamento de esforços humanos. Frederico recebeu, de seu pai, um exército composto, quase que exclusivamente, de criminosos. Para organizá-lo, utilizou o modelo das legiões romanas e introduziu inovações próprias como: uso de uniformes e graduações; criação de linguagem específica; adoção de treinamento sistemático; uso de equipamentos regulamentados; aumento de especialização das tarefas; ampliação e sistematização de regulamentos. (PEREIRA, 2001)

Para que os níveis de comando fossem respeitados de forma clara e absoluta, estabeleceu-se a crença de que os Oficiais pertencentes aquele exército, deveriam ser mais temidos do que até o próprio inimigo. Podemos verificar até os dias de hoje, que a estrutura militar permanece quase inalterada, mantendo os níveis hierárquicos a forma essencial para a manutenção da disciplina. (PEREIRA, 2001)

“O respeito a tais princípios, revela “..a ordenação da convivência entre os diferentes níveis hierárquicos exige o rigor da disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores.” (DUARTE, 1995, p.45)

E mais: “O respeito a tais princípios é a base de sustentação das instituições militares. Onde, por mais que queiram dizer o contrário, a subordinação hierárquica não reduz o subordinado à condição meramente servil, mas conduz a ordem e a disciplina.” (DUARTE, 1995, p.45)

Submetidos que são a um regime jurídico peculiar, caracterizado por rígida disciplina e hierarquia, são obrigados a adotar uma postura ética diferenciada do modo tradicional de

pensar, crer e agir das demais pessoas, devendo estar sempre preparados, do ponto de vista físico e psicológico, para evitar a ruptura da organização política e social vigente.

2.3 Considerações sobre as punições disciplinares na vida militar

O militar, estadual ou federal que deixa de observar os deveres que lhes são impostos pelas leis e regulamentos vigentes, fica sujeito à punição disciplinar, pois a inobservância de tais deveres constitui transgressão disciplinar. Esta é, pois, pressuposto daquela e implica necessariamente a sua existência.

Para Martins (1996) a punição disciplinar é a pronta resposta da administração à transgressão disciplinar. É a *sanctio* aplicável à ofensa disciplinar que, tal como a pena na órbita penal, esta cumpre dupla finalidade: é retributiva, na medida em que a Administração Pública deve buscar através do mal justo, personificado na sanção, desestimular o mal injusto da transgressão disciplinar. E é reeducadora, pois visa sintonizar o militar com os seus deveres e obrigações inerentes a vida em caserna. Daí não se falar em função ressocializadora da punição disciplinar, uma vez que o militar sancionado não é um criminoso que precisa ser recuperado para a vida em sociedade.

E continua o autor: “[...] acrescente-se que a sanção disciplinar só pode atuar quando servir para a reeducação do transgressor. A sanção pela sanção é estultice que ao invés de reforçar a disciplina e seus desideratos, só se presta a desacreditar o sistema.” (MARTINS, 1996, p. 77/78)

Este caráter educativo da punição disciplinar está demonstrado no art. 23 do

Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro, que estatui expressamente: “A punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence”. E no § 1º do mesmo artigo, diz que, “quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar”.

As punições disciplinares a que estão sujeitos todos os militares são classificadas em dois grupos: as sanções meramente punitivas e as sanções demissórias. As primeiras, “são aquelas que se destinam a reeducar o militar transgressor, sem que isto importe em sua exclusão das fileiras da instituição militar a que pertence”. As sanções disciplinares demissórias, por sua vez, são aquelas que se destinam ao afastamento definido do militar transgressor por razões essencialmente disciplinares. (MARTINS, 1996, p. 79)

A natureza, meramente punitiva ou demissória, da punição disciplinar, leva em conta

a gravidade dos bens e interesses tutelados pela Administração Militar, em especial aqueles que digam respeito a hierarquia e a disciplina, bem como a conduta ética. Assim, reprimem-se com sanções disciplinares punitivas as transgressões de menor repercussão interna, e com sanções demissórias as transgressões de natureza mais graves e comprometedoras destes institutos da vida em caserna.

Quanto à natureza jurídica da punição disciplinar, não restam dúvidas tratar-se de ato administrativo, ou seja, é uma manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, com o fim imediato de adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou de impor obrigações aos administrados ou a si próprias, pois provêm de autoridade administrativa. Por evidente, deve preencher certos requisitos, conter certos elementos e atender a determinados pressupostos. São seus requisitos: a competência, a finalidade, a forma, o motivo, o objeto e a causa. São elementos: o conteúdo e a forma. O sujeito, o motivo e a finalidade, são os pressupostos.

Para Ferreira Filho (1996) e Gouveia (2004), o ato punitivo disciplinar militar, na sua especificidade, deve atender, ainda, outros quatro pressupostos que lhes são próprios: 1) hierarquia: o transgressor deve estar subordinado a quem o pune; 2) poder disciplinar: a lei deve atribuir poder de punir a esse superior; 3) ato ligado à função: o fundamento da punição tem de ligar-se à função do punido; 4) pena: ou seja, sanção prevista em lei.

O Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro traz, no art. 24, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares do Exército:

Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente: I - a advertência; II - o impedimento disciplinar; III - a repreensão; IV - a detenção disciplinar; V - a prisão disciplinar; e VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

A determinação da gravidade da punição é definida por meio de um julgamento, previsto nos art. 16 a 20 do RDE, que leva em conta critérios objetivos, relacionados ao objeto da transgressão e critérios subjetivos relacionados à pessoa do transgressor:

Art. 16. O julgamento da transgressão deve ser precedido de análise que considere: I - a pessoa do transgressor; II - as causas que a determinaram; III - a natureza dos fatos ou atos que a envolveram; e IV - as conseqüências que dela possam advir.

Art. 17. No julgamento da transgressão, podem ser levantadas causas que justifiquem a falta ou circunstâncias que a atenuem ou a agravem.

Art. 18. Haverá causa de justificação quando a transgressão for cometida: I - na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público; II - em legítima defesa, própria ou de outrem; III - em obediência a ordem superior; IV - para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, em

caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina; V - por motivo de força maior, plenamente comprovado; e VI - por ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade. Parágrafo único. Não haverá punição quando for reconhecida qualquer causa de justificação.

Art. 19. São circunstâncias atenuantes: I - o bom comportamento; II - a relevância de serviços prestados; III - ter sido a transgressão cometida para evitar mal maior; IV - ter sido a transgressão cometida em defesa própria, de seus direitos ou de outrem, não se configurando causa de justificação; e V - a falta de prática do serviço.

Art. 20. São circunstâncias agravantes: I - o mau comportamento; II - a prática simultânea ou conexão de duas ou mais transgressões; III - a reincidência de transgressão, mesmo que a punição anterior tenha sido uma advertência; IV - o conluio de duas ou mais pessoas; V - ter o transgressor abusado de sua autoridade hierárquica ou funcional; e VI - ter praticado a transgressão: a) durante a execução de serviço; b) em presença de subordinado; c) com premeditação; d) em presença de tropa; e e) em presença de público.

Advertência, de acordo com o art. 25 do RDE, é a forma mais branda de punir, consistindo em admoestação feita verbalmente ao transgressor. Impedimento disciplinar é a obrigação de o transgressor não se afastar da OM, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir dentro da unidade em que serve (art.26). Repreensão é a censura enérgica ao transgressor, feita por escrito (art.27). Detenção disciplinar é o cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente, o qual deve permanecer no alojamento da subunidade a que pertencer ou em local que lhe for determinado pela autoridade que aplicar a punição disciplinar (art. 28). Prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal (art. 29). Licenciamento e exclusão a bem da disciplina consistem no afastamento, *ex officio*, do militar das fileiras do Exército(art.32).

Das transgressões a que estão sujeitos os militares, pelo menos quatro trazem conseqüências diferenciadas à vida do punido, se comparadas às sanções aplicadas aos demais profissionais que não integram as instituições militares. Pois impedimento disciplinar, detenção disciplinar e prisão disciplinar são espécies de punições que cerceiam a liberdade do punido, suas conseqüências atingem a esfera pessoal do punido, além de repercutir nas rotinas inerentes à atividade diária na instituição e sua própria carreira. O licenciamento e exclusão a bem da disciplina são as punições do tipo demissórias e suas conseqüências dispensam maiores comentários.

Como dito, as punições disciplinares também refletem significativamente na carreira do militar, pois acarretam mudança de comportamento, de acordo com o art. 51 do Decreto 4.346, de 26 Ago de 2002, e perda de pontos na quantificação do mérito para ascensão na carreira, conforme legislação específica. Tais reflexos, às vezes, acarretam alguns anos de atraso na promoção do militar. Pelas conseqüências que as punições trazem à vida do militar, o atual regulamento disciplinar, objetivando dar o mínimo de garantia ao acusado, trouxe, nos

§§ 1º e 2º do art.34, uma espécie de contraditória e ampla defesa. Tal regramento, *interna corporis*, assim diz:

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

§ 2º Para fins de ampla defesa e contraditório, são direitos do militar: I – ter conhecimento e acompanhar todos os atos de apuração, julgamento, aplicação e cumprimento da punição disciplinar, de acordo com os procedimentos adequados para cada situação; II - ser ouvido; III - produzir provas; IV - obter cópias de documentos necessários à defesa; V - ter oportunidade, no momento adequado, de contrapor-se às acusações que lhe são imputadas; VI - utilizar-se dos recursos cabíveis, segundo a legislação; VII - adotar outras medidas necessárias ao esclarecimento dos fatos; e VIII - ser informado de decisão que fundamente, de forma objetiva e direta, o eventual não acolhimento de alegações formuladas ou de provas apresentadas.

Interpretando-se literalmente o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988 a conclusão a que se chega taxativamente é que o militar pode ser preso sem ordem de autoridade judiciária competente e sem estar em situação de flagrante delito, nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

O art. 142, § 2º da carta constitucional limita expressamente o *habeas corpus* nos casos de transgressão disciplinar militar, se contrapondo, aparentemente, com o disposto no art. 5º, LXVIII que diz: “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.”

Portanto, vê-se que tais dispositivos precisam de uma melhor interpretação jurídica para que não se venha a cometer injustiças contra aqueles a quem são dadas missões tão nobres e árduas, como também não venham a adentrar no mérito das punições disciplinares e desestabilizar suas pilastras fundamentais representadas pela hierarquia e disciplina. Com tais medidas temerárias pode-se gerar uma insegurança na ordem interna e externa já que às Forças Armadas compete a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem; às Polícias Militares, o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública e aos Corpos de Bombeiros Militares, além das atribuições definidas em lei, a execução de atividades de defesa civil.

2.4 O descabimento do *habeas corpus* contra punições disciplinares

Como já foi visto, no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988 se concederá *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.

O art. 142, § 2º, por sua vez, dispõe que não cabe o *writ* em relação a punições disciplinares militares.

Como foi descrita anteriormente, punição disciplinar é a pronta resposta à transgressão disciplinar, e esta, de acordo com o art. 14 do RDE, é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídicos pátria 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.

Analisando o dispositivo constitucional que veda o *habeas corpus*, a conclusão a que se chega é que o *writ* não se aplica quando o cerceamento da liberdade foi consequente de punição disciplinar militar. Se combinado com o que dispõe o art. 5º, LXVIII, pode-se chegar à conclusão de que, no caso de punição disciplinar militar, estariam, em tese, autorizadas a ilegalidade ou o abuso de poder se feita uma leitura simples e descuidada destes institutos.

Estas preliminares servem para demonstrar que o tema não é tão simples o quanto parece; as opiniões doutrinárias são as mais diversas, como diversas também são as decisões dos Tribunais acerca do assunto.

Há doutrinadores como Ceneviva (1995) que defendem a tese de que o *habeas corpus* não se aplica nos casos de punições disciplinares, e resgatam os conceitos de hierarquia e disciplina para justificarem suas posições. Outros, como Pinto (1996), Rosa (2003) e Ackel Filho (1991) afirmam que a restrição veda apenas a análise do mérito. Há, ainda, os que dizem que o dispositivo restritivo só se aplica aos militares das Forças Armadas, como o autor Martins (1996); haja vista encontrar-se no Capítulo II, do Título IV, da Constituição Federal de 1988, que trata das Forças Armadas.

Adepto da primeira corrente, Cretella Júnior (1995) afirma que 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 a ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção resultar de punição disciplinar.” (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 3407)

Na mesma linha de raciocínio estão Ceneviva (1996, p. 68) cita que para quem “por

razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina, não cabe o habeas para as punições militares de carácter disciplinar” e Silva (1994, p. 738), segundo o qual:

Onde há hierarquia, [...], há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, [...]. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica. **Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao habeas corpus**, nos termos do art. 142, § 2º [CF/88], que declara não caber aquele remédio constitucional em relação a punições disciplinares militares”.(grifou-se)

Expoente da segunda corrente, Ackel Filho (1991, p. 39) 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 heroica será certamente cabível”.

Compartilha da mesma opinião Ferreira (1989), que defende a possibilidade do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares, quando: a) a sanção for determinada por autoridade incompetente; b) em desacordo com a lei; c) extrapolando os limites da lei²⁹.

Miranda (1962, p. 480/481) ao analisar a questão, lembra que:

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

E continua o autor:

É possível, porém, que falte algum dos pressupostos. Se, nas relações entre o punido e o que puniu, não há hierarquia, ainda que se trate de hierarquia accidental prevista por alguma regra jurídica, porque essa hierarquia também é e pode constituir o pressuposto necessário – de transgressão disciplinar não há se falar. Basta que se prove não existir tal hierarquia, nem mesmo accidental, para que seja caso de se invocar o texto constitucional, e o *habeas corpus* é autorizado. Mas a hierarquia pode existir [...] sem existir poder disciplinar [...]. Por onde se vê que a hierarquia e o poder disciplinar [...] são pressupostos necessários mais autónomos. Se há hierarquia, se há poder disciplinar e há ato ligado à função, [...] a pen disciplinar pode ser aplicada, e nada tem com isso a justiça. Se o ato é absolutamente estranho à função, [...], falta o pressuposto do ato ligado à função e, pois, de transgressão disciplinar não se há de cogitar.(MIRANDA, 1962, p.480/481).

A tese de que a restrição constitucional à concessão do *habeas corpus* em matéria disciplinar militar só é aplicável aos militares das Forças Armada é defendida por Martins

(1996, p, 192), que fundamenta sua posição nos seguintes argumentos:

Restrição ao *habeas corpus*, encontramos-la tão somente, no capítulo II do título da Constituição da República e é tratada “mais precisamente no núcleo disciplinador das Forças Armadas. Destarte, impõe-se por imperativo ao elemento sistemático e pela incidência das regras e hermenêutica que só não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares-militares praticadas por integrantes das Forças Armadas, quando apenas se referiu aos integrantes da Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, caput), estipulou o legislador [...] a limitação do *habeas corpus*, donde se conclui que plena é a possibilidade de outorga do *mandamus* para os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares nas transgressões disciplinares por eles cometidas.

Nesse contexto, faz-se necessário verificar se a posição defendida pela primeira corrente, não estaria na contramão do pensamento pós-constituição de 1988, em que os valores individuais tomaram, em tese, uma maior importância? Afinal, esta corrente estaria colocando a hierarquia e a disciplina, senão acima dos direitos individuais consagrados na Constituição Federal de 1988, ao menos numa condição igualitária? E mais, aparentemente estaria desconsiderando o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, de que não se excluiria da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito.

A hierarquia e a disciplina são, sem dúvida, os pilares das Forças Militares, todavia deve-se analisar se não se sobrepõe naquilo que a Constituição consagrou como direito fundamental, que é a liberdade.

O *habeas corpus*, por sua própria natureza, insurge-se contra atos ilegais ou abusivos. Busca-se entender a razão de vedar *habeas corpus* nas punições disciplinares militares a pretexto da necessidade de manutenção da hierarquia e disciplina. Se algo há que perturba seriamente os postulados da hierarquia e disciplina de uma instituição militar, com certeza é a ilegalidade e o abuso de poder, jamais o pronunciamento do Poder Judiciário que, devidamente fundamentado, vem pôr um limite à desordem e aos desmandos que por vezes se fazem presentes também nas instituições militares. (MARTINS, 1996)

A preservação da disciplina e da hierarquia militar é fator fundamental para a sobrevivência das Organizações Militares, e a possibilidade que tem as autoridades militares de aplicarem punições, imediatamente após o fato que registra a transgressão, representa uma correção e uma exemplaridade imediatas, que trará, por certo, reflexos junto aos integrantes da corporação. Mas se o ato administrativo é ilegal ou foi desenvolvido com abuso de poder, o poder judiciário tem o dever de intervir. (CORREA, 1991)

Quanto à terceira corrente, acredita-se que não deve prosperar, pois a limitação do art. 142, §, da Constituição Federal de 1988 alcança a Polícia Militar e os Corpos de

Bombeiros Militares do Estados, Territórios e do Distrito Federal. Ademais, a relação destas Instituições Militares com as Forças Armadas é uma relação de gênero/espécie, ou seja, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros é uma espécie do gênero Força Armada como Força Auxiliar e Reserva do Exército. Assim, o que se aplica ao todo também se aplica à parte. A respeito, o STJ manifestou o seguinte:

RHC - HABEAS CORPUS - POLÍCIA MILITAR – SANÇÃO DISCIPLINAR - ADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 142, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

O art. 142, parágrafo 2º, da Constituição da República alcança a Polícia Militar porque auxiliar e reserva do exército (art. 144, parágrafo 5º) (RHC n. 1.375- SP 91.0014136-4, Rel Min. Vicente Cernichiaro, ementa publicada no DJU d 16.10.91, pág. 14.488).

Os julgados relativos à matéria ainda não são unânimes. Contemplando a primeira corrente há julgado da 2ª Turma do TRF/5:

HABEAS CORPUS. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR. APLICAÇÃO DO PRECEITO CONSTITUCIONAL CONTIDO NO ART. 142, § 2º DA CF. 1. A garantia do habeas corpus não é aplicada quando se trata de punições disciplinares militares. Ao juiz cabe a missão de fazer valer os princípios constitucionais contidos na carta magna, sob pena de implantar a desordem no ordenamento jurídico. A submissão do aplicador da lei à vontade que ela expressa é a maior homenagem que se presta a um Estado de Direito, pilastra maior do fortalecimento de um regime democrático. (AC un da 2º T do TRF da 5ª R – RHC 514-CE – Rel. Juiz José Delgado – J 24/10/95, DJU 01/12/95, p. 83.817).

Relativamente à segunda corrente há alguns julgados:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Embora não caiba habeas corpus para controle do mérito da punição disciplinar militar (ar. 142, § 2º - CF), o writ pode ser manejado para o controle dos pressupostos de legalidade do ato punitivo, inclusive no que se relaciona com o devido processo legal. (3ª T do TRF 1ª R - RHC 1997.01.00.028570-9 /AM – Rel Juiz Antonio Ezequiel - DJ 03 /11 /2000 P.4)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. ATO ADMINISTRATIVO. EXAME DOS REQUISITOS FORMAIS.

Conquanto os arts. 142, §2º, da Constituição Federal e 647, do Código de Processo Penal, prevejam 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. (4ª T do TRF 1ª R – RHC 2001.34.00.000844-7 /DF – Rel Juiz Ítalo Mendes - DJ 30 /08 /2001 P.161).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina segue a mesma linha de raciocínio

HABEAS CORPUS - POLICIAL MILITAR – PUNIÇÃO DISCIPLINAR - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO REMÉDIO HERÓICO (ART. 142, parágrafo 2º, da CF) - QUANDO NÃO SE APLICA. PRECEDENTES.

Não cabe *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares; mas compete ao Judiciário, sem apreciar a justiça ou injustiça da punição, examinar a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, especialmente quando a implique restrição à liberdade individual, quando se a apreciará nos limites da jurisdição penal militar. (Recurso criminal nº 9.290, Capital, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, 18/09/92, DJESC 8.605, 19/09/92, p. 05).

Posição que reflete a mais alta corte castrense é a do Superior Tribunal Militar (STM) que, a respeito do *habeas corpus* nas punições disciplinares, assim se pronunciou:

Habeas corpus. Punição Disciplinar Militar. A vedação do art. 142, parágrafo único, da CF não afasta o controle judicial do ato disciplinar em *habeas corpus*. Verificação cabível dos pressupostos da ação do mérito da punição disciplinar. Pedido do qual não se conhece. Unânime. (HC 33167-0 / DF, Rel. Ministro Paulo César Cataldo).

Explicando tal entendimento, Fortunato (2000, p. 44/45) categoricamente afirmou que:

Muito embora entenda o Egrégio STM que não deve ser conhecida a ação que verse sobre punição disciplinar, muito sabiamente, tem verificado da legalidade desta punição e, sendo esta ilegal, manda relaxar a prisão com base no disposto no inciso LXV, art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que diz que ‘a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

E para não se falar que o STM, por suas características, adota uma postura refratária ao remédio heroico, o Supremo Tribunal Federal, coadunou com esta decisão, firmando o seguinte entendimento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR.

Não há que se falar em violação ao art. 142, §2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do *habeas corpus*. Recurso conhecido e provido (RE 338.840-1/RS – Ministra Ellen Greicie, D.J. 12.09.03)

A razão parece estar com a segunda corrente, pois o art. 142, § 2º, da Constituição Federal de 1988, não veda a concessão do *habeas corpus*, principalmente quando se está diante de um ato punitivo disciplinar praticado por autoridade incompetente, sem observância

das formalidades legais e sem os pressupostos funcionais, quais sejam: hierarquia; poder disciplinar; ato ligado à função e pena susceptível de ser aplicada.

Se o constituinte, de um lado proíbe e de outro permite, é evidente que a proibição ficou adstrita à regra geral registrada na descrição do próprio *habeas corpus*. Univaldo Corrêa (1991, p. 333/334), a respeito do assunto, assim se pronunciou:

É uma proibição limitada pela própria constituição. Assim, se tal punição disciplinar militar tenha sido aplicada segundo os requisitos que a mesma LEI MAIOR estipula para a ocorrência desse tipo de petição [petição de *habeas corpus*], que acabou se tornando na ação de maior e mais rápido efeito em nossas CORTES DE JUSTIÇA, a alternativa do *Habeas corpus* é cabível. Por isso, basta que se verifique que a punição disciplinar tenha sido aplicada, por exemplo, por autoridade militar sem poderes para tal, ou que o tempo de punição seja além do que os regulamentos disciplinares prevêm para o nível daquela autoridade militar. (grifos do autor).

O próprio Código de Processo Penal Militar (CPPM) admite o *habeas corpus* nas punições disciplinares militares. Quando ele trata das exceções no parágrafo único do art. 466, excetua somente as punições aplicadas de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas e as punições aplicadas aos Oficiais e Praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares, de acordo com os respectivos Regulamentos Disciplinares. Estes regulamentos disciplinares militares estabelecem a competência para a aplicação, o procedimento a ser observado no julgamento e as espécies de sanções possíveis de serem aplicadas e a duração.

O art. 10 do RDE discrimina as autoridades competentes para aplicar as punições disciplinares; o art. 16 estabelece o procedimento a ser observado por ocasião do julgamento e o art. 24 combinado com o anexo III discrimina as sanções possíveis de serem aplicadas, e a sua duração.

Quando o CPPM fala em punições aplicadas de acordo com os regulamentos disciplinares parece óbvio que quando em desacordo, ou seja, sem observância do dispositivo acima, possível é a interferência do judiciário no feito se não houver o reconhecimento pela própria administração militar.

Ademais, pode-se falar, com mais razão e propriedade nos casos em que o próprio regulamento disciplinar infringe princípios constitucionais.

Dito isto, acredita-se não restar dúvidas da possibilidade de impetração do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares quando praticados com abuso de autoridade e ilegalidade e, uma vez concedido, deve fulminar todos os demais efeitos que o ato ilegal trouxe à carreira do militar.

Assunto, também, um tanto discutido surge quando se questiona: sua impetração dar-se-á perante a justiça militar ou comum; qual a competente; tal como a divergência doutrinária quanto a sua admissibilidade no âmbito militar, divergentes também são as opiniões a respeito da competência para conhecimento do *habeas corpus*, quando cabível.

O CPPM dispõe no Art.469: “Compete ao Superior Tribunal Militar o conhecimento do pedido de *habeas corpus*”. A Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União, não diverge do CPPM e dispõe no art. 6º, inc. I, c), que compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar, originariamente, os pedidos de *habeas corpus*, nos casos permitidos em lei.

Para Corrêa (1996), a competência deve ser de a Justiça Militar, entretanto, ao analisar os dispositivos acima, faz severas críticas e afirma não entender o porquê da lei não confere tais poderes ao Juiz Auditor e aos Conselhos de Justiça Castrense, já que podem decretar a prisão preventiva, conceder menagem¹ e liberdade, declarar a inimputabilidade de indiciado ou acusado, ou no caso do juiz-auditor, como juiz singular, receber ou não a denúncia, relaxar a prisão, entre outros e não podem conhecer da concessão ou não do *habeas corpus* nos casos de transgressão disciplinar.

Em sentido diametralmente oposto há, porém, decisão do TRF/1 que afasta a competência da Justiça Militar, nos casos de punições disciplinares, pois a sua competência, dada pela Constituição, é processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124). Talvez tal decisão interprete a disposição contida no parágrafo único, do art. 124 da Constituição Federal de 1988, de que lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a **competência** da Justiça Militar, como não ampliativa da competência. (grifou-se). Diz a ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. REQUISITOS FORMAIS. AUSÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM.

Sanção disciplinar militar, por ser ato administrativo, foge à competência da justiça militar (art. 124 da CF).

A apreciação de Habeas corpus em punição disciplinar militar limita-se ao aspecto formal do procedimento. Constatando o vício de forma na aplicação da punição pela ausência da audiência do paciente é de ser confirmada a ordem. (4ª Turma do TRF 1ª R – RCHC 2000.01.00.019651-3 /RO – Rel Juiz Hilton Queiroz - DJ 25 /08 /2000, p.428).

Na opinião de Martins (1996) o juízo competente para conhecer do *habeas corpus* em matéria disciplinar militar é o Juízo da Fazenda Pública ou o órgão correspondente da

¹ Mensagem: espécie de prisão provisória fora do cárcere

Justiça Federal, conforme se trate de militar estadual ou federal, já que o tema que se ventila na espécie é a legalidade de ato administrativo, questão em que necessariamente repousará em um dos pólos da relação processual, direta ou indiretamente, o Estado.

Acredita-se que sendo o *habeas corpus* uma petição da lavra do paciente ou de qualquer pessoa que exija pronta resposta da justiça, esta não pode ser demorada, complicada, distanciada do peticionário, principalmente quando direcionada a tribunais desconhecidos das peculiaridades da faina militar.

As questões de competência acima suscitadas são mais evidentes na Justiça Militar Federal. Na Justiça Militar Estadual, que tem organização própria, a questão toma rumo distinto, embora muito semelhante.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, órgão de Segunda Instância de a Justiça Militar Estadual, em entendimento pioneiro, já reconhece à Justiça Militar de primeiro grau do Estado de Santa Catarina a competência para decidir sobre o cabimento ou não de *habeas corpus* nos casos de punições disciplinares de policiais militares.

Tal decisão foi exarada no acórdão 9.290, de 18/09/92, em que foi relator o Desembargador Nilton Macedo Machado:

HABEAS CORPUS - POLICIAL MILITAR – PUNIÇÃO DISCIPLINAR - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO REMÉDIO HERÓICO (ART. 142, parágrafo 2º, da CF) - QUANDO NÃO SE APLICA. PRECEDENTES.

Não cabe *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares; mas compete ao Judiciário, sem apreciar a justiça ou injustiça da punição, examinar a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, especialmente quando a implique restrição à liberdade individual, quando se a apreciará nos limites da jurisdição penal militar. (Recurso criminal nº 9.290, Capital, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, 18/09/92, DJESC 8.605, 19/09/92, p. 05).

O fato envolvia Policiais Militares punidos disciplinarmente pelo Comandante Geral da Polícia Militar, o que levou o defensor a impetrar *habeas corpus* diretamente no Tribunal de Justiça. Ao apreciar a matéria, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do pedido, em razão do ato emanado do Comando da Polícia Militar não estar sujeito à apreciação originária do Tribunal de Justiça do Estado, mas sim, ao primeiro grau de jurisdição da Justiça Militar. A Segunda Câmara Criminal, em apreciando a questão, decidiu julgar prejudicado o pedido, face à liberdade dos pacientes, mas deliberou que: “Todavia, conforme salientou a Procuradoria Geral de Justiça, com o advento da Lei n. 8.240/91, os atos emanados do Comando da Polícia Militar estão sujeitos à apreciação originária em 1º grau, e não ao Tribunal de Justiça do Estado, como ocorria anteriormente. Assim sendo, não se conhece do pedido”. E justificou a sua decisão proferindo o seguinte entendimento:

A jurisdição penal militar é, aqui, delimitada pela competência especial do egrégio Superior Tribunal Militar (art. 467, do CPPM), cuja disposição surgiu especificamente para apreciação de pedidos de habeas corpus em que interessados policiais militares federais, não sujeitos à Justiça Militar Estadual, esta que tem organização própria (Constituição Federal, art. 125, parágrafo 3o e parágrafo 4o, do qual se originou o art. 90 e parágrafos, da Constituição Estadual). Para o caso, competente é a Justiça Militar Estadual de primeiro grau.

Enfim, volta-se novamente a Corrêa (1996, p.55) para reproduzir as suas palavras que foram colocadas para justificar e defender que o *habeas corpus* é perfeitamente possível nos casos de transgressão disciplinar militar:

O assunto está sendo abordado sob o enfoque da Justiça Militar, porém, o magistrado, qualquer que ele seja, tem poderes para receber habeas corpus e decidir a respeito do que nele constar, seja juiz da Justiça Comum, seja juiz da Justiça Militar (...) O poder que os magistrados têm de aplicar o direito decorre da jurisdição, os limites desta concernente à matéria e ao lugar, é a competência (...) O objetivo maior do poder judiciário é fazer justiça, distribuir justiça (...) Desta forma, pode a justiça militar, e deve, conhecer de habeas corpus, apesar de aparente expressa vedação contida no § 2º, do art. 142 (...) Assim, se tal punição disciplinar militar tenham sido aplicada segundo um dos requisitos que a mesma lei maior estipula para a ocorrência desse tipo de petição, que acabou se tornando na ação de maior e mais rápido efeito em nossas cortes de justiça, a alternativa do habeas corpus é cabível.

3 A análise sob o prisma dos direitos e garantias fundamentais

Não há que se negar a necessidade de respeito aos direitos e garantias fundamentais consagrados na cártula política vigente. Esta nova ordem que cria um Estado Democrático de Direito tem seus fundamentos consagrados para a humanidade, razão pelo qual seu alcance vai além de qualquer outra compreensão, seja para o civil como para o militar.

3.1 O *habeas corpus* como remédio heroico

O instituto do *habeas corpus* é dos mais utilizados na rotina forense. Na maior parte dos casos, utilizar-se-ão contra ato jurisdicional, visando a obter, do órgão de segundo grau, algum benefício que não se consegue em primeiro grau. Serve, assim, o *habeas corpus* para encaminhar ao órgão *ad quem* um pleito denegado pelo órgão *a quo*.

O que poucas pessoas percebem, todavia, é que este mesmo *habeas corpus* é um importante instrumento de controle dos atos da Administração Pública, quando puderem vir a repercutir na esfera do direito de locomoção e de qualquer um dele decorrente.

Assim, por intermédio desse remédio heroico, é possível controlar eventuais abusos cometidos pelas Autoridades Policiais, membros do Ministério Público, e pelas Autoridades Militares, dentre outras autoridades.

3.1.1 Conceito e natureza jurídica

A expressão *habeas corpus* é constituída do verbo latino *habeas*, de *habeo* (ter, tomar, andar com), e *corpus* (corpo), e indica a essência do instituto de modo que se pode traduzir como tome a pessoa presa e apresente ao juiz, para julgamento do caso concreto. (SILVA, (1987) É ligado a essas origens tanto que o art. 656, do Código de Processo Penal (CPP), dispõe: “Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja apresentado em dia e hora que designar.”

A Constituição Federal de 1988 o consagra em seu art. 5º, inc. LXVIII, nos seguintes termos: “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”.

Desmembrando tal enunciado, Cretella Júnior (19950 , ao se referir ao artigo indefinido *ninguém*, leciona que diz respeito tão-só à pessoa física, ao *corpus*, ao homem,

constrangido em sua liberdade de locomoção. “O vocábulo *Sofrer* é algo, em concreto, que já aconteceu. O sofrer violência, ou coação, entretanto, deve incidir de modo direto sobre a liberdade de locomoção”. *Violência* é a arbitrariedade da autoridade pública, que prende ou detém o corpo do paciente, encarcerando-o, suprimindo-lhe a liberdade de ir e vir. *Coação* não se confunde com violência.

Para que surja, basta que se criem condições psicológicas, que influam no *animus* do paciente, ocasionando-lhe a *vis inquietativa*. *Liberdade de locomoção* abrange o direito de ir e vir, para onde quer que se pretenda, como também o direito de permanecer. (CRETELLA JÚNIOR, 1995)

“A respeito de ilegalidade e abuso de poder, Tucci e Tucci (apud GOUVEIA, 2004), sobre aquela diz tratar-se de desconformidade de atuação ou omissão, do agente do Poder Público, com a lei, qualquer que esta, formalmente considerada, seja”, e sobre este (abuso de poder), diz:

[...] representa a atividade de cognitiva da lei; enquanto a ilegalidade revela ação ou inação ao arrepio desta, com abuso de poder o ato é praticado como se lei não houvesse, vale dizer, como se a autoridade legislasse e criasse uma situação não prevista nem autorizada anteriormente. (TUCCI; TUCCI *apud* GOUVEIA, 2004)

Greco Filho (1991) assim se pronunciou acerca do instituto: “Originário da Magna Carta, mas definitivamente consagrado nas declarações universais de direitos, constitui-se o *habeas corpus* no mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção.”

Para Tourinho Filho (2002) trata-se de uma garantia de índole constitucional, que se obtém por meio do processo e se destina a preservar e salvaguardar, sem maiores delongas ou formalidades, o *jus manendi, eundi, veniendi ultrocitroque*, vale dizer, o direito de ficar, de ir e vir de um para outro lugar. Enfim, o *habeas corpus* tutela o direito de liberdade, tomada esta expressão no sentido de direito de locomoção, direito de ir e vir.

Pinto (1989) o conceitua como “ordem dada pelo Tribunal ou pelo juiz ao coator para fazer cessar a coação à liberdade de locomoção.” Cretella Júnior⁵¹ o tem como: instrumento do direito processual penal, mediante o qual alguém, preso, detido ou ameaçado em seu direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder, tem o direito subjetivo público de exigir, em juízo, do Estado, cumprimento de prestação jurisdicional, consistente na devolução imediata de seu *status quo ante* – a liberdade física de locomoção, ameaçada ou violada por ato arbitrário de autoridade.

Na visão de Gouveia (2004) o *habeas corpus* é:

Induvidosa e inquestionavelmente, [...] adequado e competente *remedium juris* heróico e constitucional a ser ministrado e prescrito quando houver cerceamento ou ameaça ao direito inalienável de liberdade, de locomoção, de ir, vir, estar ou permanecer, de qualquer que seja o cidadão, se, óbvia e evidentemente, estiver sofrendo ou na iminência de sofrer ameaça de prisão e/ou detenção arbitrária ou ilegal.

Há discussão acerca da natureza jurídica do *habeas corpus*. O cerne da questão é definir se trata de recurso ou de ação. As opiniões doutrinárias não são unânimes. Há aqueles que o tem como recurso e aqueles que o tem como ação. Segundo Sidou (2000) é um recurso extraordinário, instituído para fazer cessar de pronto e imediatamente a prisão ou o constrangimento ilegal. Não o caracteriza tão somente o seu objeto e fim, que é a proteção e defesa da liberdade: há outras instituições que têm idêntica missão.

O que o distingue e caracteriza é a prontidão e celeridade com que ele restitui a liberdade pessoal, ou, como outro a denominam, da liberdade física, causa danos e sofrimentos que não admitem reparação condigna. Então, a necessidade de fazer cessar a ofensa de direito tão sagrado. É esta a razão que as leis dão, pelo *habeas corpus*, ao poder judiciária uma competência tão fora das razões gerais e comuns do direito.

Evitar ou fazer cessar de pronto e imediatamente a prisão ou o constrangimento ilegal, porque qualquer destes fatos, importando a violação de um direito fundamental da personalidade humana, causa danos e sofrimentos irreparáveis, tal é a natureza e o fim do *habeas corpus*.

Santos (1999, p. 29/30) escreve o seguinte:

Efetivamente, longe de ser um recurso extraordinário, como erroneamente se apraz qualificá-lo, é antes um recurso ordinário e, pelo seu processado, um recurso especial. Não é um recurso extraordinário, porquanto é interposto, processado e decidido entre agentes e por agentes do poder judiciário. O *habeas corpus* é um recurso especial pelo modo de sua impetração e pela sua marcha processual.

Para Tourinho Filho (1990) não obstante encartado no Capítulo X do Título II do Livro III do Código de Processo Penal como recurso, o certo é que a doutrina majoritária nega-lhe tal caráter. Os recursos têm por finalidade o reexame de uma decisão não transitada em julgado. Já que no nosso ordenamento não se admite recurso para combater decisão transitada em julgado. O *habeas corpus* pode ser impetrado haja, ou não, decisão com trânsito em julgado. Assim sendo, não se pode rotulá-lo como recurso.

Na opinião de Ferreira (1989) é verdadeira ação popular, podendo ser impetrado por

qualquer pessoa, seja em benefício próprio ou de outrem, parafraseando Miranda (1962), que lhe nega com veemência a natureza recursal, assim se pronunciou:

O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação. A ação é preponderantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos provarão. Não se diga que se trata de recurso. A pretensão não é recursal. É ação contra quem viola ou ameaça violar a liberdade de ir, vir e ficar. Talvez contra autoridade judiciária. Talvez contra tribunal.

Cretella Júnior (1995) entende que *habeas corpus* é ação. Instrumento do direito processual penal, mediante o qual alguém, preso, detido ou ameaçado em seu direito de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder, tem o direito subjetivo público de exigir, em juízo, do Estado, cumprimento de prestação jurisdicional, consistente na devolução imediata de seu *status quo ante* – a liberdade física de locomoção, ameaçada ou violada por ato arbitrário de autoridade.

Führer (1995) visualiza no instituto uma tríplice natureza jurídica: tem natureza de ação quando é impetrado perante o juiz contra ato de determinada autoridade, ou em substituição à ação de revisão criminal, contra coisa julgada. Tem natureza recursal quando se presta a provocar o reexame e a reforma da decisão, como, por exemplo, quando ataca o despacho de recebimento da denúncia ou a decisão que indefere o protesto por novo júri.

Pode também assumir a forma de simples providência. É o que ocorre quando a ordem é concedida de ofício pelo juiz, sem qualquer provocação. Em consequência, entende que o melhor é afirmar simplesmente que o *habeas corpus* é remédio constitucional que garante o direito individual de locomoção contra ameaça, efetiva violência ou coação exercida de forma ilegal ou com abuso de poder. Entretanto, apesar de tantas controvérsias a respeito da natureza jurídica do *habeas corpus*, a opinião mais acatada é a que o considera verdadeira ação.

3.1.2 Finalidade

O objeto precípua do *habeas corpus* é a defesa da liberdade física ameaçada ou obstada. Por liberdade, segundo Ferreira Filho⁶¹, deve-se entender “o poder de autodeterminação, por força do qual o homem escolhe sua conduta pessoal”. É um poder de disposição sobre si próprio, que permite o livre arbítrio dentro do grupo social, com o dever correlato de respeito à liberdade alheia. Esse poder de disponibilidade começa pela liberdade física, que é o livre-arbítrio em termos de ir, vir, estar e ficar.

Na lição de Tourinho Filho (1990) a liberdade é um dos direitos fundamentais do homem, direito que não pode sofrer quaisquer restrições, senão as previstas em lei, e para assegurar tal direito, de maneira pronta e eficaz, apropriada constituição, que é a Lei das Leis, deu ao homem, nacional ou estrangeiro, a garantia do *habeas corpus*.

Este, embora não seja o único meio capaz de fazer cessar um constrangimento ao direito de locomoção, é, contudo, o mais rápido, o mais eficaz e o mais singelo. O cerne da liberdade de física é a liberdade de locomoção, que foi a primeira forma de liberdade que o homem teve de conquistar. Ela se opõe ao estado de escravidão e de prisão.

Ao contrário das constituições anteriores, a atual Carta Magna reservou um dispositivo que garante a liberdade de locomoção (ir, vir e ficar), em tempo de paz, em todo território nacional, sem necessidade de autorização. Significa, portanto, que todos têm a liberdade de se locomover livremente nas ruas, praças, lugares públicos, com a garantia de que não serão privados de tal direito.

Silva (2000, p. 32) a respeito, afirma que:

O direito à circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar. O direito de circular consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público. [...] Benjamin Constant dizia que todas as constituições francesas reconheciam a liberdade individual; contudo esta nunca deixara de ser constantemente violada, e isso porque uma simples declaração não basta; são necessárias salvaguardas positivas. É que a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de garantias contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, direito de segurança. Essas regras exigem que as medidas tomadas contra os indivíduos sejam conforme com o direito, isto é, anterior e regularmente estabelecidas, que atendam ao princípio da legalidade, ao devido processo legal.

O direito protegido, portanto, pelo *habeas corpus* é o direito de ir, vir ou ficar. Enfim, a liberdade de locomoção, a não ser que a lei a restrinja, como nas hipóteses de prisão legal; de deportação, expulsão ou extradição de estrangeiros, quando permitidas⁶⁴.

É, pois, tutelar a liberdade física de ir, vir ou ficar, quando sujeita a constrangimento ilegal, ainda que iminente, seja resultante de violência, seja resultante de uma coação, a finalidade do *habeas corpus*. No entendimento de Fortunato⁶⁵, outra coisa não diz a nossa Constituição quando se refere expressamente à liberdade de locomoção. É nesse sentido que o instituto é tomado, principalmente pelos escritores ingleses: proteção à liberdade individual.

3.1.3 Legitimidade Ativa e Passiva

Não se exige capacidade postulatória para impetração do *habeas corpus*. Qualquer pessoa pode impetrá-lo, seja maior ou menor, nacional ou estrangeiro, inclusive o próprio beneficiário. Se este for analfabeto, alguém poderá assinar o pedido a seu rogo.

Na lição de Tourinho Filho (1990), caso o impetrante seja advogado, ou mesmo outra pessoa sem capacidade postulacional, não haverá necessidade de o paciente lhe outorgar procuração.

A esse respeito ver o mesmo autor que acrescenta a “internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro hospital adequado, ou, ainda, nos casos de tratamento ambulatorial, nas hipóteses de proibição de frequentar determinados lugares, como condição imposta na concessão do sursis”. Até mesmo o Ministério Público pode deduzir uma pretensão liberatória. Entretanto, ao juiz é vedado impetrá-lo, a menos que seja paciente.

Noronha (*apud* ACKEL, 1991), sendo a *habeas corpus* medida assecuratória do *status libertatis* do indivíduo e que se caracteriza pela celeridade ou rapidez, compreende-se perfeitamente possa ser impetrado pelo próprio coato, ou por alguém em seu nome, independente de habilitação técnica. A lei declarou de modo expresso que pode pedi-lo o Ministério Público, o que é perfeitamente compreensível, pois se é exato ser ele quem move a *persecutio criminis*, se é ele o *dominus litis*, é também o promotor de justiça, é quem promove e fiscaliza a execução da lei.

A pessoa jurídica pode figurar no pólo ativo, mas, na atual ordem jurídica não há possibilidade de ser paciente, já que não dispõe de liberdade física de locomoção. A respeito, já decidiu Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO POR SINDICATO NA QUALIDADE DE PACIENTE. INADIMISSIBILIDADE. Instituto restrito à liberdade física individual. Possibilidade apenas de figurar como impetrante na defesa de pessoas físicas individualizadas. Inteligência dos art. 5º, LXVIII, e 8º, III, da CF/88.” (TJMG – HC 32.466 – 2ª C – Rel. Des Freitas Barbosa) (RT 638/327).

No pólo passivo estará o coator, seja ele quem for, autoridade ou não. Delegado de Polícia, Agente de Investigação, Juiz ou Tribunal. Quanto à possibilidade de ser impetrados contra ato de particular, alguns autores entendem que o *habeas corpus* só pode ser impetrado quando o coator exerce função pública, pois a coação exercida por particular configura crime e exige providência de natureza policial.

Entretanto, na opinião Miranda (*apud* ACKEL, 1991, p. 44) , “não se pode pré-excluir a cognição em tais casos, pois a constituição não faz referência à autoridade, como acontece no mandado de segurança.”

Tourinho Filho (1990) também se inclina pela admissibilidade do remédio contra particular, e justifica argumentando que, se o particular comete o constrangimento ilegal, a Polícia deve intervir, porém, se não intervir, somente o *habeas corpus* fará cessar a violência ou a coação⁷⁰.

3.1.4 Admissibilidade

Os artigos 647 e 648 do Código de Processo Penal (CPP) e os artigos 466, 467 e 468 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) enumeram as hipóteses em que o *habeas corpus* é admissível.

O Código de Processo Penal cria aquelas condições em que se pode impetrar o *writ*, quando a coação é tida por ilegal, tais como: a falta de competência de quem ordenou a coação; por falta de justa causa; por prisão superior ao tempo fixado por lei e quando cessado o motivo que autorizou a coação e a não admissão e que preste fiança aquele que a lei autoriza. Além daquele processo manifestamente nulo ou quando extinta a punibilidade.

Na mesma linha, o Código de Processo Penal Militar adota os mesmos fundamentos para a concessão, criando as exceções para as punições disciplinares, seja para militá-lo federal quanto para os estaduais, dos territórios e do Distrito Federal, como naqueles casos de estado de sítio e nos disciplinados constitucionalmente.

Entretanto, pela amplitude que o *habeas corpus* ganhou com a Constituição Federal de 1988, a doutrina tem ampliado as hipóteses de cabimento do *writ*.

3.2 O questionamento sobre a exceção constitucionalmente prevista: princípios da proporcionalidade/razoabilidade

A exceção constitucionalmente prevista, a partir de uma primeira análise, liga-se à impossibilidade de que o judiciário analise o mérito administrativo.

É predominante o entendimento de que não cabe o controle judicial do mérito do ato administrativo. Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tradicionais afirmam que os atos administrativos discricionários só podem ser questionados judicialmente em seus aspectos de legalidade; afinal, a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade já que

uma é intrínseca da administração e a outra é sua usurpação.

No entanto, como decorrência da ascensão do Judiciário como verdadeiro poder constituído, tem alargado ainda mais o campo de abrangência do controle judicial dos atos administrativos, inclusive dos atos discricionários. Diz-se, com isso, que o administrador não tem apenas o dever jurídico da boa administração (agindo em observância da legalidade), mas o da melhor administração para atingir a finalidade pública (dentro do critério de moralidade).

Assim, a fiscalização jurisdicional não tem mais se restringido à mera observância dos aspectos formais como os vícios de legalidade do ato administrativo. Tem ido sim, muito mais além, incluindo a sua própria legitimidade e moralidade, sempre com vistas a aquilatar se o administrador está realmente agindo da *melhor* forma possível, o que de certa maneira leva a crer numa interferência exacerbada.

Queiroz (2000, p. 880) informa que a discussão doutrinária acerca da possibilidade de controle dos atos discricionários:

Parece ter perdido força com a introdução, na Constituição da República, através da Emenda Constitucional n.º 19, do princípio da eficiência. Não há como, frente a esse princípio, sustentar-se que o administrador não tem o dever da melhor opção. Indubitavelmente, nos dias de hoje, a maior limitação ao poder discricionário do administrador está na eficiência exigida na melhor administração.

Antes mesmo da introdução no nosso texto constitucional do princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal de 1988), Ferraz (*apud* QUEIROZ, 2000, p. 89) já defendia o dever da melhor administração, entre as possíveis no ato discricionário:

O que habitualmente se chama de discricionariedade não é quase sempre senão fruto da insuficiência de palavras que traduzem o mandamento legal [...]. Por isso, onde se vê discricionariedade, o que se tem na verdade, freqüentemente, é pura e simplesmente uma inanidade semântica, dificuldade terminológica e, de qualquer maneira, uma impossibilidade do raciocínio de, em face de várias possibilidades, de várias alternativas de atuação do julgador ou do administrador, saber escolher uma única e somente aquela, *que é à que estão obrigados administrador e julgador: qual seja, a melhor.* [...] O administrador e o julgador têm a obrigação legal de optar só pela solução que mais se aproxime dos interesses da coletividade, que mais realize a tônica do interesse público. *Daí não ser exata a afirmativa, que se faz, de que não cabe, por exemplo, ao Poder Judiciário, controlar a chamada atividade discricionária da administração.* [...] Nessa corrente de idéias, *parece rematado absurdo, venia concessa* dos que em contrário pensam, *afirmar a não sindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo.*

Ainda há a discricionariedade, mas ela está adstrita ao plano normativo, abstrato.

Abstratamente, o comando da norma permite ao Administrador inúmeras soluções a

uma determinada situação fática, todas elas legalmente possíveis: agir ou não agir, agir de tal ou qual forma, agir em tal ou qual momento. No entanto, descendo do plano abstrato ao caso concreto, o administrador terá o dever jurídico de praticar, "não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquela que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei." (MELLO, 1988, p. 33)

Se, no caso concreto, for possível avaliar que o administrador não agiu da melhor forma possível, não importando que a norma haja conferido liberdade para praticar o ato tal ou qual, aí então o Judiciário poderia anular este ato com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional? Acredita-se que estaria invadindo uma seara de outro poder já que ao Judiciário não é dado ver da pertinência ou não da decisão do administrador. Não se pode aferir qual é a solução ideal, apenas aquela decisão prejudicial ao erário público e o interesse público, assim, se não se puder provar que o administrador não agiu da melhor forma possível, descaberia ao Poder Judiciária legitimidade para controlar a validade ou não do referido ato, vez que aí a discricionariedade do administrador estaria preservada.

Assim, a discricionariedade do administrador seria "pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito" , segundo Mello (1994, p. 46). em outros termos: "em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderia ser adotada".

Percebe-se, com isso, que se operou uma profunda intensificação no controle jurisdicional no que tange à investigação da validade dos atos discricionários, ou melhor, dos atos praticados no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o compõem ou o condicionam. Atualmente, os magistrados, com uma participação política ativa na solução dos problemas sociais e econômicos, estão conduzindo à uma atuação efetiva no amplo controle dos atos administrativos, não mais cingida à aferição, apenas, dos critérios formais de legalidade.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, "é preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo" (MS-20999 / DF, Pleno, Relator Ministro CELSO DE MELLO DJ 25-05-90 PG-04605).

É de se ressaltar, por outro lado, que a jurisprudência majoritária ainda reflete o

posicionamento tradicional, no sentido de que é vedado ao Judiciário examinar o mérito dos atos administrativos.

Nesse sentido, muitas são as decisões, à exemplo de uma:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE QUESTÕES DE PROVA OBJETIVA. Em matéria de concurso público, o Poder Judiciário não deve imiscuir-se no exame de correção e atribuições de notas concedidas aos candidatos pelas provas prestadas e não pode servir de árbitro para solucionar a divergência, pois ultrapassaria os lindes do seu controle sobre os atos administrativos, que têm como fronteira o seu mérito". (APC - APELAÇÃO CÍVEL Nº 39.727/96 - BRASÍLIA - DF - SEGUNDA TURMA CÍVEL - TJDF - 1997)

De qualquer forma, a melhor compreensão do tema indica que devam ser feitas considerações acerca da proporcionalidade e razoabilidade, para que então se discorra acerca da limitação ao direito fundamental e, mais especificamente, em relação as punições disciplinares.

3.2.1. O Princípio da Proporcionalidade

Tem-se como atual o juiz "aberto aos valores de seu tempo", ao invés de se ater ao paradigma do mito da legalidade ou *fetichismo da lei*, deve buscar utilizar adequadamente o princípio da proporcionalidade, no sentido de auxiliar na tarefa de tornar o processo mais efetivo e aproximado da realidade social.

Como dizia Duguit (1996, p. 15) acerca do fetichismo da lei:

A verdade é que a lei é a expressão, não de uma vontade geral, que não existe, não da vontade do Estado, que não existe também, mas da vontade de alguns homens que a votam. Na França a lei é a expressão da vontade dos trezentos e cinquenta deputados e dos duzentos senadores, que formam a maioria habitual na Câmara e no Senado. Fora daí não há mais que ficções e fórmulas vãs.

Para poder bem entender a proporcionalidade, que entra naquela categoria de princípios que são mais fáceis de compreender do que definir, é preciso esclarecer que, a despeito de não haver, no Brasil, norma constitucional a consagrando expressamente, afigura-se inarredável sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, justamente por ter feito a escolha política do Estado Democrático de Direito, onde a proteção dos direitos fundamentais se desloca para o centro de atenções da ordem jurídica.

Guerra Filho (1999) vai além ao defender que “não se mostra necessário, nem

mesmo correto, procurar derivar o princípio de proporcionalidade de outro qualquer, como o do Estado de Direito e aquele deste derivado, o da legalidade² ou alguns (n/as) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional. Aí haveria, na verdade, um enfoque distorcido da questão, pois a opção do legislador constituinte brasileiro por um ‘Estado Democrático de Direito’ (Art. 1o), com objetivos que na prática se conflitam (Art. 3o), bem como pela consagração de um elenco extensíssimo de direitos fundamentais (Art. 5o), complicariam na adoção de um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais e, ao mesmo tempo, voltado a proteção daqueles direitos.”

Impõe-se ressaltar que a doutrina vem fazendo uma distinção entre a abrangência do princípio da proporcionalidade (de origem germânica) e do princípio da razoabilidade (de origem norte-americana), afirmando que não são princípios fungíveis, embora semelhantes em alguns aspectos.

Neste sentido proposto a juíza federal Moraes (1999, p. 132), a respeito do tema, disse “inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade”

Muito pelo contrário, nesta mesma obra, a autora faz uma boa comparação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, firmando que:

[...] os conteúdos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade guardam conexão, detectando-se um ponto comum entre a razoabilidade, na acepção de racionalidade, com o princípio da proporcionalidade, sob as vertentes da adequação e da necessidade, mas nem sempre alcança o princípio da razoabilidade em sua segunda acepção, traduzida pela regra do ‘consenso popular’, que nem sempre abrange a noção de proporcionalidade. (...) A idéia de proporcionalidade, em sua tríplice manifestação, coincide com a noção de racionalidade, isto é, com a primeira acepção do princípio da razoabilidade. No entanto, não se confunde com a noção de razoabilidade em sentido estrito. O *teste de racionalidade* envolve a adoção dos critérios de proporcionalidade – adequação e exigibilidade, enquanto o *teste de razoabilidade*, relacionado à questão da proporcionalidade em sentido estrito, configura um método de obtenção do equilíbrio entre os interesses em conflito, conforme se explicou anteriormente” (MORAES, 1999, p. 133).

Vê-se, no direito norte-americano, a razoabilidade (decorrente do *substantive due process*) ter uma acepção quase sempre reduzida à noção de racionalidade, somada a uma concepção de “consenso popular”. No direito germânico, por outro lado, o princípio da proporcionalidade, pela contribuição jurisprudencial e doutrinária, criou uma conotação

² Tal como ocorre, por exemplo, em Portugal (a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.)

objetiva, que se resume nos três elementos seguintes que poderíamos definir como “subprincípios da proporcionalidade”:

- a) Adequação (pertinência ou aptidão) entre meio e fim: ou seja, existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são determinados a cabo;
- b) Necessidade (exigibilidade ou vedação ou proibição do excesso ou escolha do meio mais suave ou indispensabilidade): isto é, entre as soluções possíveis deve-se optar pela menos gravosa³;
- c) Proporcionalidade em sentido estrito: levam-se em conta os interesses em jogo (equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da conduta), vale dizer, cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canutilho (1998, p. 208/209), trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” É, portanto, sob essa tripla dimensão que se utilizará o princípio da proporcionalidade, ressaltando, desde já, que qualquer ato do poder público, inclusive os normativos, para que sejam válidos (i.e., constitucionais), necessitam ser adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, cumprindo ao Judiciário, em última instância e em cada caso concreto, a tarefa de fiscalizar a observância dos referidos "subprincípios da proporcionalidade".

Considerando o predominante entendimento que o judiciário não pode analisar o mérito do ato administrativo e a discricionariedade que dispõe o administrador na prática de seus atos *interna corporis*, em especial, na rotina castrense com suas evidentes peculiaridades é que se questiona: e se a punição for desproporcional o Judiciário pode ir além da ilegalidade?

3.2.2 O princípio da proporcionalidade e a relatividade dos direitos fundamentais

O princípio da proporcionalidade tem a função primária de preservar direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, dada a carga axiológica neles inseridas, vivem em uma tensão permanente, limitando-se reciprocamente, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento

³ NA máxima clássica de Jellinek: “não se abatem pardais disparando canhões”;

do outro, ora ocorrerá o contrário.

O conflito entre duas regras jurídicas denomina-se antinomia. Nesse caso, havendo uma relação conflita entre duas regras em um dado momento, aplica-se um dos três critérios apontados pela doutrina (cronológico, hierárquico ou da especialidade), na forma do tudo ou nada (*no all or nothing*): “se se dão os fatos por ela estabelecidos, então ou a regra é válida e, em tal caso, deve-se aceitar a consequência que ela fornece; ou a regra é inválida e, em tal caso, não influi sobre a decisão.” (DWORKIN *apud* SANTOS, 199, p. 44)

No caso de colisão de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, porém, se acredita que não se trata de antinomia, vez que não se pode simplesmente afastar a aplicação de um deles na forma do tudo ou nada. A existência das normas constitucionais, portanto, é conflitam.

Com acerto, informa Moreira (1994, p. 14):

[...] com muita frequência hão de ter-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios tendentes a proteger valores igualmente importantes para o Direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição. Trata-se de um fenômeno assaz conhecido: não seria temerário afirmar que toda a norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio.

Na verdade, as normas de um modo geral, sobretudo as constitucionais definidoras de direitos e garantias, muitas vezes, parecem conflitantes, antagônicas.

À primeira vista, aparentam inconciliáveis e contrapostos o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade. Mesmo o é a norma que determina que a propriedade deve cumprir a sua função social com a que diz que as terras públicas não são passíveis de usucapião, como conciliá-los? Há, sem dúvida, constante tensão entre as normas constitucionais.

Essa tensão existente entre as normas é resultado da própria carga valorativa inserida na constituição, que, desde sua origem, incorpora os interesses das diversas classes componentes do Poder Constituinte Originária, em uma sociedade pluralista em ideias e interesses.

Por esta razão, vê-se, que não há como se cogitar num sistema constitucional democrático, a existência de direitos fundamentais absolutos que sempre prevalecem em detrimento de outros. Nesse sentido, assinalando a relatividade dos direitos fundamentais, assim se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello).

Na mesma linha de raciocínio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, afirma em seu art. 29:

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente e aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Sendo fácil aceitar a tese de que os direitos fundamentais não são absolutos, tendo em vista que se limitam entre si, difícil é aceitar que o legislador infraconstitucional possa limitar a abrangência desse direito, que, dada a sua hierarquia constitucional, serve de fundamento de validade e pedra angular para a elaboração das normas inferiores.

Porém, essa dificuldade é atenuada se se compreender que, dentro do critério da proporcionalidade, os direitos fundamentais podem ser limitados pelo legislador infraconstitucional, desde que - e aqui entra a proporcionalidade - a limitação seja para preservar um outro direito fundamental.

Segundo já decidiu a Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*):

De tudo o que se afirmou, resulta que uma norma jurídica somente pode restringir, eficazmente, o âmbito da liberdade individual (*aligemeine Handlungshreheit*) se corresponder às exigências estabelecidas pela ordem constitucional. Do prisma processual, significa dizer: todos podem sustentar, na via do recurso constitucional, que uma lei que estabelece restrição à liberdade individual não integra a ordem constitucional, porque afronta, formal ou materialmente, disposições ou princípios constitucionais; (...)” (*apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Contrariedade à Constituição e Recurso Extraordinário. Aspectos inexplorados**. p. 284).

Desta forma, o princípio da proporcionalidade se apresenta como uma verdadeira arma de proteção do indivíduo contra as investidas do Poder Público. Como bem diz Paulo

Bonavides (1998) citando Grabitz, a principal função do princípio da proporcionalidade é exercitada na esfera dos direitos fundamentais, servindo ele, antes de tudo (e não somente para isto) à atualização e efetivação da proteção da liberdade aos direitos fundamentais.

Dessa maneira, ao se limitar um direito fundamental, mesmo através de uma lei infraconstitucional, esta limitação somente será legítima se tiver por fim proteger outro direito fundamental. Isto é, na colisão de direitos fundamentais, o legislador poderá desde que o faça com base no princípio da proporcionalidade, limitar o raio de abrangência de um direito fundamental, visando dar maior efetividade a outro direito tido por fundamental.

Portanto, pode-se concluir que: somente será possível haver limitações às normas constitucionais definidores de direitos, se o poder público se pautar estritamente dentro da tripla dimensão da proporcionalidade, representados por: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O adequado domínio do princípio da proporcionalidade terá o condão de tornar a vida do operador do direito bem mais fácil, sobretudo aos juízes, já que fundamental a compreensão desse princípio antes de aplicar acriticamente os “rigores da lei” através do velho exercício mecânico da lógica formal de subsunção dos fatos à norma.

Assim, os Juízes de primeiro grau até as mais altas cortes, deve fazer uma análise tópica, empírico-dialética do caso concreto, buscando, com base na proporcionalidade, a máxima efetivação dos princípios consagrados na Constituição, nunca temendo decidir *contra legem*, desde que julgue *pro principium* e no interesse de manutenção da ordem social.

O senhor do juiz será, eminentemente a tópica, onde a lei será apenas um dos um dos critérios a serem utilizados pelo juiz na busca da solução justa ao caso ocorrente.

A tópica, explica Bonavides (1998, p.454), é um método que parte do “problema à sua solução”, que já era utilizado por Aristóteles, mas foi, modernamente, revitalizada por Theodor Viehwg, em 1953. Em suas palavras: a tópica seria:

Uma técnica de investigação de premissas, uma teoria da natureza de tais premissas bem como de seu emprego na fundamentação do Direito e, enfim, uma teoria de argumentação jurídica volvida primariamente para o problema, para o caso concreto, para o conceito de ‘compreensão prévia’ (*Vorverständnis*), única apta a fundamentar um sistema material do direito, em contraste com o sistema formal do dedutivismo lógico, carente de semelhante fundamentação.

Em sua extensa e coerente explicação diz que se parte do princípio de que o pensamento jurídico é tópico. Assim, “pensar o problema” constitui o âmago da tópica, que é aquela técnica mental que se orienta para o problema. Enquanto o pensamento sistêmico é

dedutivo, o pensamento tópico é indutivo-dialético, tratando e conhecendo o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou formas de argumentação que possam de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente:

Enquanto técnica jurídica da práxis estaria sempre envolvida para a determinação do 'respectivamente justo, ou seja, para a solução peculiarmente adequada a cada caso, pensada como um problema em toda a sua complexidade. "A situação - diz, deve ser compreendida em toda a sua complexidade, a fim de problematizar-se o ideal de uma solução" (BONAVIDES, 1998, p. 448).

Mesmo com esta sustentação, o próprio professor de Direito Constitucional esclarece que a tópica não pode ser levada às últimas consequências, sob pena de trazer resultados ruinosos para a normatividade da Constituição, pois, de certa forma, enfraqueceria a importância das normas - e também os princípios constitucionais - que seriam rebaixados à condição de pontos de vista.

3.2.3 Limitações ao Direito Fundamental à Ação

O direito fundamental à ação, como todo direito fundamental, não é absoluto, mas relativo, podendo ser limitado em certas ocasiões. Diz-se, assim, que a norma garantidora do direito de ação (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988) é uma norma constitucional de aplicabilidade direta e imediata, porém de eficácia contida, na famosa classificação Silva (1998, p. 104), ou seja, o legislador ordinário pode restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos; porém, "enquanto o legislador ordinário não expedir nomeação restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva"; e, a par disso, "são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam".

No entanto, não pode o legislador reduzir-lhe a eficácia ao ponto de atingir o seu núcleo essencial, ou seja, "o legislador pode disciplinar o concreto exercício do direito de ação, desde que o faça de modo a não invalidar praticamente a garantia." (GRINOVER, 1973, p. 105)

Como salienta Mendes (1994 p. 98/99):

Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites', que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Por esta razão, configura precipitada a afirmação de que os direitos fundamentais, por possuírem hierarquia constitucional, não podem ter seu conteúdo limitado. Muito pelo contrário: é da própria natureza dos direitos fundamentais possuírem limitações. Essas limitações podem ser encontradas tanto em normas constitucionais quanto em normas inferiores.

3.2.4. Limitações decorrentes de normas constitucionais quanto às punições disciplinares militares

A relatividade do princípio da ação encontra-se no §2º, do art. 142, da Constituição Federal de 1988, que determina que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. Quanto a esta limitação constitucional, é de se destacar que os Tribunais a interpretam restritivamente:

[...] o entendimento relativo ao § 20 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 a função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do art. 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar” (HC70648, Relator Min. MOREIRA ALVES, Julgado em: 09/11/1993).

No mesmo sentido:

RHC - *HABEAS CORPUS* - POLÍCIA MILITAR - SANÇÃO DISCIPLINAR - ADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 142, PAR-2. DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - NÃO CABE *HABEAS CORPUS* EM RELAÇÃO A PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES. A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, ou seja quanto ao juízo de oportunidade e conveniência da sanção. A franquia constitucional é ampla relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais se incluem a competência do agente, a oportunidade de defesa ampla e análise das razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. O art. 142, par-2. da Constituição da República alcança a Polícia Militar porque auxiliar e reserva do Exército (art. 144, par-5.)" (STJ, RHC 1375/SP (1991/0014136-4), DJ: 16/10/1991 PG:14488, Rel. Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Sexta Turma)

Como se depreende das decisões, os atos administrativos punitivos da disciplina militar, não são imunes, de forma absoluta, ao controle jurisdicional, pois é possível a utilização do *habeas corpus* para que seja verificada pelo Poder Judiciária a observância dos aspectos formais da punição, entre eles, "a competência do agente, o direito de defesa e as razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade" e, inclusive, "os pressupostos do próprio mérito" (proporcionalidade da medida).

Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RHC - CONSTITUCIONAL - "HABEAS CORPUS" - MILITAR - PUNIÇÃO - A Constituição estatui no art. 142, § 2º, que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Decorre das características da disciplina nas Forças Armadas e em outras instituições que lhe são reserva. Elaborase, contudo, distinção. "É inadequado para debater o mérito da sanção, idôneo, entretanto, para analisar o aspecto da legalidade e os pressupostos do próprio mérito" (RHC 1.834-0 - DF - Sexta Turma - 1992 (Registro nº 92.0004925-7) Relator: Min. Vicente Cernicchiaro).

Grinover (1973, p. 161) entende que para que possa haver o controle dos "pressupostos do próprio mérito", e, em consequência, a proporcionalidade na medida, é necessário que haja uma análise por parte do magistrado de toda a situação fática que ensejou a punição e não apenas as garantias formais do procedimento, ou seja, "o juiz pode e deve descer ao exame das provas nos processos administrativos, a fim de verificar se houve, ou não, lesão de direito individual"

Impõe-se discordar desta afirmativa já que a noção de hierarquia e disciplina são próprias da vida castrense, possuindo código tácito próprio de ética, onde os valores de subordinação e princípios de conduta moral estão além da compreensão dos civis.

Na realidade, há uma preocupação processual nas Instituições Militares, com o direito de defesa amplamente respeitado: propicia-se a defesa, dá-se a oportunidade para produção provas, apresentam-se os memoriais e, ao final, com a conclusão, o militar que contraria preceitos regulamentares de conduta é punido de acordo com a gravidade da conduta, onde lhe é oportunizado o grau recursal. Formalmente, inarredável é que foram obedecidos os ditames constitucionais.

O julgador militar com competência legal que aplicará a punição deve e o faz, tendo em vista a consecução do bem comum com o caráter educativo que a sanção representa. Examina, de forma imparcial e equânime, tanto a tese apresentada pelo acusador quanto pelo acusado, uma vez que regido pelos princípios constitucionais da legalidade e impessoalidade que norteiam o administrador público, seja civil como o militar deve bem saber pesar a sanção

a ser aplicada. Desrespeitados estes princípios, indiscutível a possibilidade do controle jurisdicional, senão vejamos.

Os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja de legalidade, (art. 37, caput, da Constituição Federal Brasileira), seja de juridicidade em sentido estrito, à luz dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal Brasileira), do princípio constitucional da igualdade (art. 5o, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios geral de direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente" (MORAES, 1990, p. 176).

Assim, de que adiantará toda uma preocupação formal, se, no final, valerá mais a vontade (*rectius*, arbítrio) completamente imotivada do julgador com competência de punir na administração militar? Adotando tal conduta, afasta-se de sua discricionariedade e ingressa no tenebroso espaço da arbitrariedade. Pode-se dizer, com isso, que o princípio da ampla defesa e do contraditório caminha lado a lado com o princípio da verdade substancial também nos processos disciplinares: “não se pode pensar em garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes, que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas.” (PORTANOVA, 1999, p. 200)

Por esta razão, o Juiz, a despeito da imposição constitucional, não fica impedido de analisar a fundo os pressupostos que ensejaram a punição, desde que não interfira no "mérito" do ato administrativo. O que não é permitido ao Judiciário é interferir na zona de discricionariedade inerente ao Poder (Dever) Hierárquico, no qual se baseou a punição. Ou seja, se o ato punitivo não ultrapassou a margem de liberdade que a Constituição confere ao Administrador militar, dentro dos critérios da discricionariedade, razoabilidade e proporcionalidade, falece “título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato”. (MELLO, 1998, p. 24)

A finalidade do preceito constitucional é manifesta: contra as transgressões militares de cunho disciplinar em que esteja em jogo a liberdade de ir e vir não será possível ao Poder Judiciário, seja por que ação for, aferir as condições de sua legitimidade, ou seja, do mérito da punição em sua conveniência e oportunidade. Seja, portanto, a ação que for representada pelo *habeas corpus* ou mandado de segurança. A propósito, esse foi o entendimento da Sexta

Turma do Superior Tribunal de Justiça: "(...) é de se indeferir mandado de segurança que almeja obter por via transversa o cancelamento de prisão disciplinar" (ROMS 3360/RJ (1993/0022847-1) DJ:16/05/1994 PG:11787, Rel. Min. PEDRO ACIOLI).

A lei do mandado de segurança contém dispositiva proibindo peremptoriamente tal recurso, desta feita abrangendo os atos disciplinares de qualquer natureza: "não se dará de mandado de segurança quando se tratar de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial" (art. 5o, inc. III, da Lei 1.533/51). O preceito, portanto, não se afigura inconstitucional, pois não limita desproporcionalmente o direito fundamental à ação mandamental, admitindo-o desde que praticado fora dos limites da legalidade.

Caso haja violação a direito líquido e certo do militar federal ou estadual, em decorrência ilegalidade ou abuso de poder nas matérias referentes às punições disciplinares, será cabível a impetração do remédio heroico, não podendo, de igual forma, o Judiciário apreciar o seu mérito, se restringindo às razões extrínsecas que conduziram ao ato acoimado como ilegal.

De outra banda, pode-se afirmar que a limitação visa o respeito e uma melhor otimização do princípio constitucional da separação de poderes, uma vez que o controle jurisdicional de atos disciplinares seria uma afronta à esta independência, já que o Judiciário não pode fiscalizar o mérito dos atos administrativos quando dentro dos limites legais constitucionais e infraconstitucionais.

Portanto, entende-se que essa limitação ao direito fundamental de ação no que tange a punição disciplinar militar decorrente de normas da Constituição, não são inconstitucionais. É que, como decorrência do princípio da unidade da Constituição, afasta-se de logo a existência de hierarquia jurídica entre qualquer norma constitucional, seja ela regra, seja princípio, pois todas têm igual dignidade, salvo, é óbvio, as normas elaboradas pelo legislador constituinte reformador, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, já admitiu esta possibilidade (Adin 939), desde que as emendas constitucionais maculem as garantias de eternidade (cláusulas pétreas) enumeradas no §4o do art. 60.

Pelo princípio da unidade da constituição, "a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas" conforme Moraes (1999, p. 42) . Como decorrência imediata deste princípio, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais inconstitucionais (antinômicas), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há tensão das normas entre si. Ora, se a constituição é um sistema de normas, que confere unidade a todo o ordenamento jurídico, disciplinando

unitária e congruente com as estruturas fundamentais da sociedade e do Estado, é mais do que razoável concluir não há como conceber a existência de normas constitucionais provenientes do poder constituinte originário inconstitucional. Para os que aceitam a existência de um direito supra estatal, aí sim se pode aceitar a ideia de normas constitucionais inválidas, porquanto violadoras de valores superiores, como a dignidade da pessoa humana *etc.* No entanto, na atual fase de evolução de nosso direito positivo-constitucional, esta discussão, entende-se, carece de maior importância, dado o indiscutível caráter democrático e legítimo de nossa Carta Fundamental, atingindo quase a plenitude - pelo menos tendo em vista os parâmetros e anseios da sociedade brasileira em sua atual fase de evolução - no que diz respeito à declaração e à garantia dos direitos fundamentais, em fina sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos sobre os Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário. De qualquer forma, reforçando essa posição, assentou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que "a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando asa à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida" (Adin 815-3, rel. Moreira Alves, DJ 10 de maio de 1996).

4 Considerações finais

As garantias fundamentais entre o direito a liberdade, ora pelo da hierarquia e disciplina das forças armadas e auxiliares para sua manutenção, todos inscritos na ordem constitucional, não se pode olvidar de que ninguém pode ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem de autoridade judicial competente, à exceção das transgressões disciplinares, bem como, de que não cabe, nestes casos, a concessão de *habeas corpus*.

Cumpre-se observar que a Constituição Federal de 1988, sensível às peculiaridades e natureza do serviço militar, esculpido e baseado na rígida disciplina e no respeito absoluto a uma hierarquia rigorosa, é que estabeleceu a possibilidade de prisão nas transgressões de natureza militar (art. 5o , LXI), além de limitar a possibilidade de concessão de *habeas corpus* em tais casos (art. 142, § 2º), o que se afigura, em que pese posições contrárias, suficiente para afastar a ingerência do Poder Judiciário em relação ao mérito das punições disciplinares militares.

A Constituição Federal em seu caput, do art. 142 menciona serem as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pelas Aeronáuticas instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina e de igual modo as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados um corpo especial da administração o que as diferencia de qualquer outro ramo do setor civil. A eles até opondo-se em virtude de sua militarização, em razão de que são detentores da força pública e nelas se deposita a coação irresistível com que deve contar qualquer modalidade política de Estado, seja a socialista como a democrática, passando por qualquer forma de regime e governo para manter a unidade de seu povo e de seu território sob uma ordem pacífica e justa, tal a sua relevante missão constitucional. O princípio de subordinação rege todos os graus da hierarquia, a obediência aos preceitos da hierarquia e disciplina é a base institucional destas corporações militares.

Muitos são os casos de descontrole social e desordem pública em que a obediência deve ser absoluta e não relativas situações estas em que não cabe ao subordinado, como para o superior hierárquico, a análise da legalidade de determinada ordem, razão pelo qual a eficiência das forças militares exige rigidez máxima e desde que há hierarquia, há poder disciplinar; qualquer ingerência da justiça na economia moral do encadeamento administrativo seria perturbadora da finalidade mesma das regras jurídicas que estabelecem o dever de obediência e o direito de mandar.

Cabe ressaltar, que a natureza do ato disciplinar não se coaduna com o exame do

mérito da pena, seja qual for a via processual escolhida e, portanto, a intervenção do Poder Judiciário limita-se ao exame dos pressupostos de legalidade do ato disciplinar e não a sua justiça e a seu efetivo cabimento. A justiça, a injustiça, a razoabilidade e a proporcionalidade da medida cerceadora ou a sua ausência, são aspectos do mérito administrativo, que ao judiciário não cabe examinar, sob pena de estar interferindo na autonomia e independência dos poderes, protegido pela norma constitucional.

Além da finalidade óbvia traduzida na impositiva manutenção da disciplina, da hierarquia e da ordem administrativa das instituições militares, se verifica de seus regramentos que devem ser observadas a competência legal para aplicar as sanções; o modo que for aplicado; se atendem aos ditames de seus regulamentos quanto o requisito da forma e sua motivação representada pelos respectivos artigos que enquadram a conduta de seus integrantes faltosos.

Frise-se, ademais, que o pedido de exame jurisdicional contra cada punição disciplinar, aplicada nos limites do regramento constitucional e obedecendo a normas infraconstitucionais é inoportuno e inconveniente, posto que atuasse sempre como precedente de quebra da hierarquia e da disciplina.

Como qualquer relação contratual de trabalho em que se opta aderir vem representada por regras de cumprimento, como sabido, que aqueles que fazem a opção de carreira militar não podem alegar desconhecimento de que naquele âmbito, no que respeita à hierarquia e a disciplina, vigoram regras próprias cujo maior rigor se impõe.

Tão diferenciada e profunda são as relações na vida castrense, onde somente a experiência vivida na faina diária dos quartéis, se podem explicar seu Código tácito de Ética e Disciplina Militar.

Mas mesmo assim, pode-se sentir como é esta realidade diferenciada, através de uma manifestação do Procurador da República, Dr. Mario Pimentel Albuquerque, inserido na decisão de *habeas corpus* n° 002217/RJ do Tribunal Regional Federal da 2a Região, que em alguns trechos consegue materializar este sentimento:

A impetração deste *HABEAS CORPUS* deveu-se, primariamente, a violação do direito de ir e vir do paciente, reconhecido no art. 5o da CF/88, e teve como fundamento a normatividade de alguns princípios que, sobre serem também de estatura constitucional, têm sede normativa privilegiada no ordenamento jurídico de qualquer Estado Democrático de Direito: o da legalidade (art.5o, II, da CF/88) e o da inafastabilidade do Poder Judiciário (art.5o, XXXV da CF/88).

Entretanto, se é certo que ambos os princípios repelem a prática de atos arbitrários, não é menos exato, também, que a corrigenda destes, longe de construir um

procedimento discricionário, pressupõe a atuação de órgãos constitucionalmente competentes, em homenagem aos mesmos princípios. Dado que assim seja, resulta claro que o presente parecer deve restringir-se ao exame de questões eminentemente formais, *y compris* a da competência, ainda que a sentença possa ter se extraviado para lá dos limites da lide, que outros não devem ser senão aqueles que assinalam o terreno a explorar reduzindo-o a três indagações fundamentais: é competente a autoridade? Há previsão legal para a punição? Houve possibilidade para o exercício do direito da defesa? Tudo o que daí passar é estranho ao objeto da lide e deve, portanto, ser rejeitado por eiva de incompetência absoluta. Antes de adentrarmos no exame da ilustrada decisão recorrida, cumpre ter em conta que a espécie requer um esclarecimento prévio de algumas noções básicas, sem o qual seríamos tentados a impor um tratamento normativo a determinado setor da realidade que, por sua especial configuração ontológica, está preordenado a se submeter somente ao império de normas e princípios específicos, toda vez que uma instância julgadora – também especial – é chamada a precisar conceitos normativos cujo conteúdo invariavelmente escapa ao âmbito da cognição ordinária. É o que ocorre, para ficarmos no domínio castrense, com os conceitos de *hierarquia e disciplina, deserção, covardia, bravura, indignidade, etc.* Nestes casos, à jurisdição ordinária é interdita a perquirição da realidade que aquelas noções exprimem, ainda quando a referida interdição possa trazer consigo a suspensão *hic et nunc* de princípios universalmente consagrados como sendo presumidamente absolutos.

É o que se convencionou chamar, a nível doutrinário – apoiados na doutrina alemã – *a natureza da coisa (Dier Natur der Sache)* que, segundo a aguda observação de MAX GUTZWILLER, é utilizada como uma forma específica de principio hermenêutico (.....)

Como Mr. JOURDAN, que fazia prosa sem o saber, o legislador define competências muitas vezes movido pelas exigências de natureza da coisa que apenas intui. Daí a existência entre nós de Justiças especializadas, que são órgãos colegiados destinados a dirimir situações controvertidas, para cuja solução é de rigor o concurso de princípios, normas e valores específicos das respectivas estruturas sociais. No nosso caso, a *hierarquia* e a *disciplina*.

No preâmbulo da ilustrada sentença, afirma a D. julgadora que:

...a autoridade apontada como coatora é a competente para a aplicação de punição disciplinar, à luz das normas que regem a matéria. Além disso, foi concedida oportunidade de defesa, como consta das informações prestadas.” Curiosamente, a digna Juíza conseguiu resumir em meia dúzia de palavras o que teria sido uma motivação tecnicamente perfeita. Se tivesse se detido aí, poderia ter pecado por excesso de concisão, jamais por defeito de técnica jurídica. Mas a ilustrada julgadora resolveu prosseguir no raciocínio, todo ele alinhavado em torno de conceitos que não lhe competia perquirir, justamente porque o significado deles – como se procurou demonstrar acima – deve ser fixado à luz de valores específicos e próprios da caserna. Não fica portanto descartada a possibilidade de que, por trás da conduta aparentemente lhana do paciente, se escondesse o propósito de medir forças com o superior hierárquico ou, mais remotamente, de acautelar direito próprio, se bem que não se saiba ao certo em face de quê. De qualquer forma a r. decisão não deve prosperar – bem diz a recorrente – porquê *‘não se utilizou dos métodos corretos para a análise do mérito do ato administrativo impugnado’*. E nem poderia fazê-lo, 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 *“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, optando, 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 o da isonomia e da inafastabilidade do judiciário tem pouco peso quando se trata de aferir situações específicas a luz dos valores constitucionais da hierarquia e da disciplina. O quartel é tão refratário àqueles princípios, como deve ser uma família coesa que se jacta de ter à sua frente um chefe com suficiente e

acatada autoridade. E seria tão desastroso para a missão institucional das forças armadas que as ordens de um Oficial pudessem ser contraditadas nos tribunais comuns, como para a coesão da família, se a legitimidade do pátrio poder dependesse, para ser exercido, do plebiscito da prole.

Princípios democráticos são muito bons onde há relações sociais de coordenação, mas não em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles, filhos, soldados ou monges. Se o judiciário, por uma hipersensibilidade na aplicação dos aludidos princípios constitucionais, estimular ou der ensejo a feitos como os da espécie, pronto: os quartéis se superpovoaram de advogados e despachantes; uma continência exigida será tomada como afronta á dignidade do soldado e, como tal, contestada em nome da constituição; uma mera advertência, por motivo de desalinho ou má conduta, dará lugar a pendengas judiciais intermináveis, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina.

Da mesma forma que a vocação religiosa implica o sacrifício pessoa e do amor próprio – e poucos são os que a tem por temperamento - , a militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores, sem o que vã será a hierarquia, e inócuo o espírito castrense. Se um indivíduo não está vocacionado à carreira das armas, com o despojamento que ela exige, que procure seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde a liberdade e a livre iniciativa constituem virtudes. Erra rotundamente quem pretende afirmar valores individuais onde, por necessidade indeclinável, só os coletivos tem a primazia. Comete erro maior, porém, quem, colimando a defesa dos primeiros, busca a cumplicidade do judiciário para, deliberadamente ou não, socavar os segundos, ainda que aos nossos olhos profanos, lídimo possa parecer tal expediente e constitucional a pretensão através dele deduzida.

Por todas essas razões, não julgamos exagerado reproduzir a fecunda indagação do apelante que, mais do que uma resposta, na verdade espera por reflexões mais profundas, sobre um tema ainda estranho para a generalidade da doutrina. Ei-la:

“No caso em discussão, qual seria o interesse particular satisfeito com a punição do militar, para caracterizar a presença do desvio de finalidade? È de todo irrazoável que seja punido com prisão simples o militar que, após uma série de atos de péssimas condutas, representa contra seu comandante, sem apontar nenhum fato relevante, deixando transparecer a nítida intenção de inverter a ordem de hierarquia, e com isso abalar a disciplina necessária ao convívio militar?”

O que não se pode escudar é de que a vida na caserna militar tem suas peculiaridades já que a própria Constituição assim lhe apresenta, tendo como seus princípios pilares a hierarquia e disciplina. Contudo, mesmo com estas peculiaridades compõem a administração pública direta e se rege obedecendo aos princípios estampados na Constituição Federal em seu *caput*, no art. 37, representados pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Como bem retrata Jorge César de Assis “Se os direitos fundamentais forem corretamente entendidos pelas Forças Armadas e Forças Auxiliares, não há porque entrarem em rota de colisão com os direitos dos militares, já que visam os primeiros, exatamente, tutelar os segundos”.

As restrições impostas aos militares são aquelas relacionadas na Constituição. Daí decorre que, ao contrário do cidadão comum, a carreira das armas requer certo despojamento de liberdade. Quem nela não se enquadra, deve procurar seus objetivos no amplo domínio da

vida civil, onde a liberdade e a livre iniciativa constituem valores.

Os controles dos atos administrativos militares possam e devem ser submetidos aos Princípios Gerais do Direito e, como tal, deve ser submetido ao controle do Poder Judiciário, entretanto, deve reduzir-se aos aspectos extrínsecos do ato, ou seja, se foram atendidos os requisitos necessários à sua formação: A *competência*, que resulta da lei e por ela é limitada; a *finalidade*, que é o objetivo de interesse público a atingir; a *forma*, que é requisito vinculado e imprescindível e; o *motivo* que é situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato administrativo. Hoje, em face do princípio do acesso a justiça, conjugado com o da moralidade administrativa, a *motivação* é, em regra, obrigatória.

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

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

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

O Poder Judiciário é o último bastião em defesa do cidadão brasileiro. Por evidente que restringir sua atuação frente a questões militares seria um retrocesso injustificável para a Democracia.

Da mesma forma com que o Poder Judiciário analisa os pedidos que lhe são dirigidos pelos militares – que se julgam violados em seus direitos fundamentais, analisa com igual atenção e prudência as respostas e justificativas das instituições militares, dentro de um devido processo legal e, a vitória, á toda evidência, caberá a quem melhor demonstrar o direito.

Tornando à temática deste trabalho, pode-se afirmar conclusivamente:

- a) o princípio da isonomia, portanto, exige tratamento equânime pelo legislador, pelo juiz e pelo administrador e sem distinções arbitrárias, sendo justificáveis, aliados aos demais princípios estudados, para a consecução dos objetivos fundamentais da Carta e do

Estado Democrático de Direito fundado na cidadania e dignidade da pessoa humana;

- b) A inadmissibilidade de controle jurisdicional das punições disciplinares, mediante *habeas corpus*, fundado na rigidez da hierarquia e disciplina, que, por isso mesmo, as tornam invulneráveis se atendidos os princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Essas devem ser rígidas sim, mas nunca perversas e degradantes da dignidade da pessoa humana. Não há que se confundir rigidez(inflexibilidade) com perversidade ou ilegalidade, posto não terem o condão de suplantar e subjugar os preceitos supremos e fundamentais do Estado Democrático de Direito;
- c) O “status castrense”, dado a Administração Militar em geral, não é supressor do Estado Democrático de Direito, para se insurgir ou não se submeter à máxima jurídica “*patere legem quam fecisti*”, ao qual o próprio Estado de Direito se subsumi; fato indubitado e inegável.
- d) Quanto aos incisos LXVIII do Art. 5º versus § 2º do Art. 142, não há conflitos de normas ou antinomia, haja vista só ser admitida e cabível esta exceção se aplicada a punição disciplinar sem observância da cláusula *due process of law*, qualquer que seja a transgressão disciplinar, cumpridos os pressupostos e requisitos do ato administrativo punitivo e seus pressupostos de validade não há que se falar na aplicação do remédio heroico, salvo se produzido com ilegalidade ou abuso de poder;
- e) Ainda assim, “cláusula do *due process of law* e seus desdobramentos – contraditório e ampla defesa”, com seus meios e recursos, têm reflexos diretos no direito à defesa, não só no plano processual, mas, também, no plano pré-processual e procedimental (administrativos), pois não podem os que estipulam regras procedimentos inobservá-las, sob pena de nulidade por prejuízo ou cerceamento de defesa.
- f) Havendo, pois, desatendimento de qualquer desses pressupostos do ato administrativo punitivo, inquina-o de ilegal e abusivo, o que dá azo à inafastável e inarredável apreciação judicial, donde se infere que cabível é o *mandamus* em toda e qualquer punição disciplinar;
- g) Vale dizer, se houver eiva ou vício na aplicação de sanção disciplinar de prisão ou detenção, é admissível o *habeas corpus* sim. *Contrario sensu*, implicará discriminação ao cidadão militar, antinomia constitucional e a exceção derrogará a regra da concessão: “dar-se á *Habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (Art. 466 - CPPM). Portanto, o que se levantou para a discussão foi justamente quando

o ato administrativo punitivo militar for ilegal ou contiver abuso de poder. A regra impõe a concessão em casos que tais, os quais devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, que os constatando deverá conceder sempre a ordem, sob pena de injustiça e afronta aos princípios da legalidade e da igualdade jurídica (isonomia), posto ser dever e não favor do Magistrado;

Finalmente o acesso ao Judiciário (cláusula pétrea) constitui no desaguadouro de todos os institutos anteriormente estudados, pois é perante este que se podem invalidar as leis, atos administrativos ou jurisdicionais que restrinjam os direitos à defesa, à proteção contra lesão ou ameaça a direitos, aos direitos coletivos e difusos e a possibilidade de evitar a concretização de um dano.

Referências

- ACKEL FILHO, Diomar. **Writs Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Constituição e as Provas Ilicitamente Adquiridas. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 68, nov. 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. Ed. Saraiva, São Paulo, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.
- _____. **Código de Processo Penal Militar**. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.
- _____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2002.
- _____. **Estatuto dos Militares**. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980.
- _____. **Regulamento Disciplinar do Exército**. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil – Compilação e Atualizações de textos, notas, revisão e índices**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 1989.
- CARVALHO, Amilton Bueno. O Papel dos Juízes na Democracia. **Revista dos Ajuris**, Porto Alegre, n.70, 1997.
- CENEVIVA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1989.
- CORRÊA, Univaldo. **A Justiça Militar e a Constituição de 1988: Uma visão crítica**. 1991. 517 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.
87
- _____. A transgressão militar, o *habeas corpus* e a justiça militar. **Revista Direito Militar**. Florianópolis, n.1. Ago./set., 1996.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 6 v.
- DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 501 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva 1989.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva 1996.

FORTUNATO, André Luís Alcântara. **A impetração de *habeas corpus* nas punições Disciplinares**. 2000. 53 f. Monografia (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis.

FÜHER, Maximiliano Cláudio Américo; FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo De Processo Penal**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOUVEIA, Joílson Fernandes. **Do cabimento do *Habeas Corpus* e do Mandado de Segurança nas prisões e detenções disciplinares ilegais na Polícia Militar de Alagoas**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=1594>>. Acesso em: 08 ago. 2004.

GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: RT, 1973.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direito Fundamental**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processual**. São Paulo: LED, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. Malheiros, São Paulo, 1994.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Contrariedade à Constituição e recurso extraordinário. Aspectos inexplorados. **Revista dos Ajuris**, Porto Alegre, n.61, jul. 1994. 88

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1997. P. 698.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do *habeas corpus***. 4. Ed. Corrigida e melhorada. Rio de Janeiro: Boris, 1962.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

PEREIRA Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 463 p.

PEREIRA, Gerson da Rosa, *ET al.* **O Princípio da Autoridade Frente ao Novo. Regulamento Disciplinar de a Brigada Militar**. Monografia do Curso Avançado de Administração Policial Militar 2001. 118.p. Porto Alegre.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sopitai de. **Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 370. V.1

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Habeas corpus*. **Revista Prática Jurídica**. Brasília, N. 1, abr. 2002, p. 25-27.

_____. **Processo Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva 1990. V.4