CABIMENTO DO "HABEAS CORPUS" NAS PENAS RESTRITIVAS DE LIBERDADE APLICADAS COMO TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES.

1. ***Habeas Corpus* e sua origem**:

Prega a doutrina que a origem do *habeas corpus* remonta à época de vigência do Direito Romano, quando o cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente através de uma ação denominada *interdictum de libero homine exhibendo*. Há entendimento outro de que sua origem advenha da Carta Magna outorgada pelo Rei João Sem Terra, datada de 19 de junho de 1215, oportunidade em que pressionado por seus vassalos garantiu a benesse no afã de aplacar o descontentamento. Essa versão encontra resistência na interpretação de outros autores, que sustentam o surgimento deste instituto jurídico no reinado de Carlos II, da Espanha, no ano de 1679, difundindo-se daí por toda a Europa e mais tarde para os Estados Unidos da América do Norte.[1]

O inesquecível Pontes de Miranda assegurou que a origem do *habeas corpus* estaria vinculada ao reinado de Henrique II, da Inglaterra (1133 a 1189), sendo mantido pela Petição de Direitos de 1628 e pelo *habeas corpus act*, de 1.679, sob a égide do reinando de Carlos II, da Espanha.

Como se nota a origem exata deste instituto jurídico é controvertida entrementes redunda do temor do ser humano de ser submetido a um encarceramento injusto, oriundo da venalidade ou do arbítrio da autoridade pública.

1.1 **Natureza Jurídica**:

Preconiza o inciso LXVIII, o artigo 5º, da Constituição Federal, o seguinte:

> "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".

Poreja da norma de regência, que o *habeas corpus* é uma garantia individual, um remédio jurídico que visa garantir a liberdade física do indivíduo, a sua livre de locomoção, até que pratique conduta típica que justifique a clausura.

---

[1] Mirabete, Júlio Fabbrini – Processo Penal, Ed. Atlas, 14ª Ed., pág. 708

Tentativas houve para tentar ampliar o espectro de aplicação do remédio heróico, mas sucumbiram em virtude da criação do mandado de segurança, destinado a garantir a tutela do chamado direito líquido e certo. Desta forma, o *jus libertatis* é o direito tutelado pelo *habeas corpus*, não sendo cabível para a discussão de direitos outros.

1.2 **Espécies**:

O *habeas corpus* pode ser de cunho liberatório ou repressivo, quando ajuizado para afastar constrangimento ilegal configurado contra a liberdade de locomoção do paciente. Nesta modalidade pode invocado pelo próprio paciente, alguém por ele, seu advogado, ou *ex-officio* pelo próprio Juiz ou tribunal, dado poder de cautela imposto pelo inciso LXV, do artigo 5º, da nossa *Lex Mitior*, cujo teor é o seguinte:

> "a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária".

O *habeas corpus* também pode ser de cunho preventivo, mormente quando houver ameaça injusta à liberdade de locomoção do paciente. Nesta hipótese é expedido um salvo-conduto para garantir a liberdade, ainda quando o paciente pratica ato que no entender da autoridade coatora, autorize a prisão.

Exemplo claro disto é o salvo conduto expedido pelo Colendo Pretório Excelso a pessoas investigadas por Comissão Parlamentar de Inquérito, cujo direito ao silêncio não é preservado, redundando em prisão ilegal pela suposta ocultação da verdade.

1.3 **Legitimidade ativa**:

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa, até mesmo pelo próprio paciente ou por Órgão do Ministério Público, desde que a impetração não vise agravar a situação processual do beneficiário, mimetizada por aparente benefício que na verdade visa satisfazer interesse da acusação.

O juiz não se insere no permissivo legal da impetração, a ele a lei imputa o dever de relaxar de ofício o constrangimento ilegal, nos processos em que exerce jurisdição, donde se infere a impossibilidade de militar por outra forma na defesa da liberdade de ir e vir. Também não pode impetrar *habeas corpus* funcionário público no exercício de função de comando ou de autoridade, pois o exercício do cargo subtrai dele a qualificação de "qualquer do povo".

1.4 **Legitimidade passiva**:

A autoridade policial ou judiciária que determinar a prisão ilegal será sempre considerada "autoridade coatora", tornando-se pacífica a legitimidade passiva.

Não descarta a doutrina, a possibilidade do ajuizamento de *habeas corpus* contra qualquer pessoa, pese a restrição do direito de locomoção configurar crime, podendo, desde logo, ser reprimido pelo Estado. Todavia, existem casos complexos em que a "ilegalidade", prevista como pressuposto de aplicação deste instituto jurídico, é perpetrada por particular e não pela autoridade constituída. Como exemplo, chama-se à colação o caso da internação compulsória de pessoa não interditada por seus parentes; a retenção de paciente internado em hospital, etc.

1.5 **Impetração**:

Para a impetração do *habeas corpus* é necessário que o impetrante faça constar o nome completo do beneficiário da ordem, denominado "paciente"; que identifique a autoridade coatora, também chamada de "impetrado"; a demonstração do constrangimento ilegal se já estiver preso o paciente, ou o fundado temor da constrição da liberdade se solto estiver; a assinatura do impetrante ou de alguém a seu rogo, se não souber escrever. Não se admite pedido apócrifo ou com a simples digital do impetrante.

2. **Considerações**:

Depois desta simplória incursão para identificação do instituto jurídico do *habeas corpus*, resta-nos evidenciar se é ou não cabível em sede de transgressão disciplinar militar.

3. **Transgressão disciplinar militar**:

O Decreto nº 4346, de 26 de agosto de 2002, que aprovou o Regulamento Disciplinar do Exército, define, no seu artigo 14, o conceito atribuível à transgressão disciplinar enaltecendo o seguinte:

> "Transgressão Disciplinar é toda ação praticada pelo militar aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe".

A ética militar está definida no artigo 28 da Lei federal nº 6880/80 – Estatuto dos Militares -, da seguinte forma: "o sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar", e em dezenove incisos traça os parâmetros a serem observados pelos integrantes do serviço militar. Em tais incisos encontramos alguns temas de relevo para o estudo definido neste modesto trabalho: "respeitar a dignidade da pessoa humana" e "ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados".

Sabe-se que nem sempre o superior detentor do poder disciplinar se conduz com o devido respeito em relação ao subordinado, olvidando-se de que dentro da farda há uma pessoa humana, passível de fraquezas e imperfeições que não pode superar, outrossim no afã de coibir deslizes age de forma implacável, injusta e parcial, delirando do dever ético que a lei imprime a todos, superiores e subordinados.

"Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço"(art. 31, E.M.). Fazem parte integrante de desses deveres "a disciplina e o respeito à hierarquia" (IV) e a "obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade" (VI).

O elenco de transgressões disciplinares deve estar definido nos Regulamentos Disciplinares Militares, conforme a exigência do artigo 47, do Estatuto dos Militares:

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

As penas aplicáveis, segundo o § 1º, do aludido artigo são: "de impedimento, detenção ou prisão" que não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.

Constata-se, pois, a aplicação de pena corpórea que pode restringir a liberdade de ir e vir.

4. **<u>Ato Administrativo Disciplinar Militar</u>**:

Para viabilizar a apuração da conduta transgressional a legislação exige a instauração de procedimento específico, do qual pode resultar ato administrativo disciplinar militar, que no conceito definido por Jorge Cesar de Assis é o seguinte:

> "O ato administrativo disciplinar é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública Militar que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato impor uma sanção disciplinar ao servidor militar em face do cometimento de uma infração disciplinar preestabelecida, e ao fim de um processo apuratório em que se lhe faculte a ampla defesa".[2]

[2] Assis, Jorge Cesar de – Curso de Direito Disciplinar Militar – Ed. Juruá, 2007, pag. 161.

Como qualquer outro ato administrativo de natureza sancionatória, o ato administrativo disciplinar militar deve preencher os pressuposto de validade, definidos como: competência, finalidade, forma, motivo, objeto e publicidade.

Para confortar a exigência legal relativa à competência, o ato punitivo exige agente investido de cargo com autoridade disciplinar, não bastando que se trate de superior hierárquico. Esse poder-dever é definido em norma jurídica e habilita o agente administrativo a resolver definitivamente o procedimento apuratório, dando-lhe decisão segundo seu convencimento e que não se atrela somente aos ditames da sua consciência, mas que é delimitado pelo conjunto de provas coligidas e guiado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, no que tange à reprimenda eventualmente imposta.

O pressuposto da finalidade está intimamente ligado ao objetivo de interesse público a ser atingido, qual seja: o benefício ao próprio punido de um lado para sua reeducação, e ao benefício ao serviço militar de outro, fortalecendo os pilares indeclináveis do serviço militar que se constituem na hierarquia e na disciplina. É desse equilíbrio de benefícios, ao próprio punido e ao serviço militar, que exsuda a excelência do ato disciplinar, enquanto que qualquer desvio dessa finalidade redundará no arbítrio que degrada a atividade pública e desmoraliza não só a autoridade que aplicou o ato impuro, porém toda a instituição que representa.

A forma deve obedecer, para validade do ato, os critérios legais estabelecidos na legislação militar que visem aos meios da apuração da responsabilidade administrativa, ou seja, a instauração de procedimento administrativo determinado por autoridade competente; acusação clara, objetiva e definida no tempo e no espaço; citação do faltoso para exercer a ampla defesa, por si ou através defensor constituído ou dativo; oportunidade para produção de provas em seu favor, alegações finais, decisão devidamente fundamentada e intimação do acusado para fins recursais, publicação do ato e inscrição nos seus assentamos para registro e repercussão no comportamento.

O motivo constitui-se na declaração do direito ou do fato que autoriza a prática do ato sancionatório, permitindo eventual revisão pelas autoridades hierarquicamente superiores, as quais exercem o controle interno, e, também, ao Poder Judiciário no exercício do controle externo.

No que concerne ao objeto vale esclarecer que se trata do efeito jurídico imediato que produz o ato disciplinar, devendo ser possível, moral, lícito e determinado.

A publicidade do ato administrativo disciplinar, requisito de validade, determina o seu conhecimento pelos interessados e fixa o momento a partir do qual passa a surtir os efeitos jurídicos alvitrados.

Depois de analisar o conceito de transgressão disciplinar; como deve ser processada a apuração da responsabilidade administrativa; o ato sancionatório e seus requisitos de validade; impõe-se verificar se o *habeas corpus* suporta a análise judicial da validade da restrição do direito de ir e vir, calcado na imposição de ato administrativo disciplinar.

5. **Vedação constitucional**:

No inciso LXI, do artigo 5º, do nosso Estatuto Supremo, está insculpido o seguinte:

> "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão disciplinar** ou crime propriamente militar, definidos em lei". (grifei)

A primeira vista, o dispositivo legal demonstra que o Legislador constitucionalista de 1988, quis excepcionar o militar de um direito assegurado a todos os brasileiros, qual seja, a garantia de que ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito. Soa estranho esse comportamento legislativo, especialmente porque o *caput* do artigo em tela sustenta que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade". Efetivamente, os militares tiveram uma diminuição de direitos operada ao arrepio do princípio da isonomia, tornando-se discriminados por força do serviço público prestado, o que se traduz em inescondível discriminação.

Alexandre de Moraes justifica a constitucionalidade dessa exceção da seguinte forma:

> "preceitua o art. 18 do Código de Processo Penal Militar, independentemente do flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até 30 dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente". [3]

Contudo, adverte: "note-se, porém, que esse permissivo não consagra a possibilidade de arbítrio e ilegalidade no regime castrense". O constitucionalista admite a possibilidade da prisão disciplinar provisória, desde que estejam preenchidos todos os requisitos de validade do ato administrativo, que ao ser comunicado ao Poder Judiciário deverá ser revisto de plano pelo juiz, em razão do contido no inciso LXV, do art. 5º, da C.F..

---

[3] Moraes, Alexandre de – Constituição do Brasil Interpretada, Atlas, 2ª Ed., pág. 398

O sapiente doutrinador Ronaldo João Roth, atento à problemática ora abordada, teve a oportunidade de manifestar sua opinião respeitável acerca do abuso do "direito de prender", escudado no dispositivo constitucional em testilha, vejamos:

> "o nobre Promotor de Justiça não poupou palavras para, de modo descoberto, efetuar críticas, diga-se construtivas, acerca da Polícia Judiciária Militar, indicando, com propriedade, as causas de excessos, desmandos de toda ordem , "lavrando-se autos de prisão em flagrante por qualquer delito, atingindo-se, com absoluta insensibilidade, ora resvalando no arbítrio, ora incursionando no abuso de um dos direitos mais sagrados do homem: a LIBERDADE". Disse sua Exa. que "é preciso destacar que esse homem não é um desconhecido qualquer, é um integrante de suas fileiras, onde o criminoso é a exceção, não a regra". Naquele trabalho enfatizou que "é imperioso que a Corporação entenda que a prisão em flagrante hoje é medida excepcional, a justificar-se nos delitos de maior gravidade, onde estejam presentes os pressupostos da prisão preventiva, nos termos do art. 225 do CPPM".[4]

Ora, se a prisão em flagrante por delito menos grave deve cingir-se aos casos em que estejam evidenciados os pressupostos da prisão preventiva, então o que dizer da prisão cautelar determinada pela autoridade policial militar no curso do IPM?

Vale dizer que é desnecessária e oriunda de um entendimento jurídico precário, pois nada impede que o encarregado do IPM possa representar ao juiz pela decretação da prisão preventiva do militar indiciado, aliás, procedimento que nivelaria o militar ao civil justificando a isonomia de tratamento preconizada pelo mandamento constitucional.

Sem sentido, pois, o ditame do § 2º, do artigo 142, da Lei Maior, onde consta:

> "não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares".

É letra morta.

6. **<u>Cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares</u>**:

[4] Roth, Ronaldo João – Temas de Direito Militar-, Suprema Cultura, pág. 103.

Embora o Colendo Superior Tribunal Militar seja refratário ao conhecimento do pedido de *habeas corpus* calcado em transgressão disciplinar, um julgado, promovido nos autos do HC nº 2006.01.034203-6/SP, pela sua excelência, chama a atenção e merece ser trazido à colação, vejamos o trecho que nos interessa:

> "...O controle da legalidade das punições disciplinares pelo Poder Judiciário, como sabido, deve reduzir-se aos aspectos extrínsecos do procedimento administrativo. Nesse diapasão, a análise recai sobre a presença dos requisitos necessários à sua formação, quais sejam: a competência, que resulta da lei e por ela é limitada; a finalidade, que é o objetivo de interesse público a atingir; a forma, que é requisito vinculado e imprescindível; e o motivo que é a situação de direito ou de fato que autoriza a realização do ato administrativo. A análise do mérito administrativo, todavia, é prerrogativa das autoridades militares, especialmente na seara delicada do *habeas corpus* impetrado contra prisão por transgressão disciplinar.
>
> Demonstrado que o procedimento administrativo preenche os requisitos legais, não cabe, ao Poder Judiciário, a análise do mérito administrativo, eis que a decisão sobre a oportunidade ou conveniência da punição disciplinar aplicável está adstrita, por lei, à autoridade administrativa militar...".[5]

Vislumbra-se, desse v. acórdão, que há possibilidade de discussão pela estreita via do *habeas corpus*, acerca da prisão decretada em sede administrativa disciplinar, quando evidente a nulidade decorrente do processo administrativo disciplinar ou a ausência de qualquer dos pressupostos de validade do ato administrativo disciplinar militar.

Rejeita-se a incursão no mérito do ato administrativo disciplinar sob o palio de que compete exclusivamente à Administração Militar e não ao controle externo de competência do Poder Judiciário. Entrementes, a vetusta interpretação jurisprudencial e doutrinária já não tem mais razão de ser.

Atualmente o controle externo do Poder Judiciário sob o signo da razoabilidade e proporcionalidade, princípios defendidos pelo artigo 37 da Constituição Federal, autoriza o Poder Judiciário a analisar o mérito do ato administrativo, inclusive para modificar a reprimenda aplicada, se preciso revolvendo as

---

[5] STM – HC 2006.01.034203-6/SP, rel. Min. Dr. José Coelho Ferreira, em 25.08.2006

provas dos autos ou mantendo o parecer da comissão processante, ou da autoridade encarregada da apuração, quando esta for mais benéfica ao acusado.

Atentemos para os recentes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a respeito do tema:

> "...Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio...".[6]

> "...É pacífico na Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a autoridade competente para a aplicação da sanção ao servidor pode dissentir das conclusões da comissão processante e decretar pena mais grave, desde que suficientemente justificada a majoração na reprimenda, com a descrição precisa da divergência do relatório em relação ao conjunto probatório do processo administrativo disciplinar, nos termos do art. 168, parágrafo único, da Lei 8.112/90..."[7]

Para arrematar:

> "...Hipótese em que se mostra desproporcional a aplicação da pena de demissão ao recorrente, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo com mais de dezesseis anos de serviço e sem antecedentes disciplinares, por ter sido flagrado dirigindo veículo anteriormente roubado, sem que restasse comprovada no processo administrativo disciplinar a que foi submetido a prática do crime de receptação de que foi acusado ou o dolo na utilização do veículo. Recurso ordinário parcialmente provido para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração do recorrente ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso...".[8]

---

[6] (MS 12.957/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 26/09/2008)
[7] (MS 8.693/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, DJe 08/05/2008)
[8] (RMS 23.143/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 19/05/2008)

Constado que o controle externo do Poder Judiciário, com fulcro na ótica da legalidade do ato administrativo disciplinar, que também integra os requisitos de proporcionalidade e razoabilidade da reprimenda imposta, excede os limites anteriormente defendidos pela doutrina e pela jurisprudência, hodiernamente ultrapassadas, permite o acesso ao mérito do ato administrativo, já não se pode mais defender a impossibilidade de conhecimento de pedido de *habeas corpus* para atacar a prisão disciplinar, esteja ele escudado na ilegalidade do processo disciplinar, na ausência de pressuposto de validade do ato sancionatório, ou até mesmo na desproporcionalidade ou ausência de razoabilidade da sanção imposta.

Negar, como se tem negado, o conhecimento do *writ* constitucional ofende o princípio da isonomia, do devido processo legal e o princípio da legalidade insculpido no artigo 37, da Constituição Federal.

O poder disciplinar da autoridade militar não se sobrepõe às garantias constitucionais do cidadão brasileiro, seja ele civil ou militar, pois a própria autoridade que pune se submete ao dever de respeitar os direitos da pessoa humana e velar pela imparcialidade e proporcionalidade na aplicação de sanções, jamais podendo se afastar da moralidade administrativa.

Por qualquer ângulo que seja apreciada a matéria nota-se a possibilidade jurídica ora defendida, tornando-se lamentável as posições contrárias que escudam-se apenas e tão somente na restrição legal, uma letra morta, desprovida de um mínimo de coerência jurídica, pese constar da Carta Magna do nosso País.

Jorge Cesar de Assis, fazendo alusão a um julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, inseriu nos seus comentários o seguinte:

> "...Mesmo em se tratando de transgressão disciplinar, a hipótese do cabimento do *habeas corpus* não está afastada. "Na verdade o que não comporta discussão judicial, quer no processo do *habeas corpus*, quer no decurso de ação ordinária perante a jurisdição civil, é a justiça ou injustiça da pena aplicada; mas a legalidade ou a constitucionalidade da punição jamais poderão deixar de ser objeto de apreciação judicial, seja o processo administrativo civil ou militar..."[9]

Cremos que nada mais não seja preciso argumentar para concluirmos pelo cabimento do pedido de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares.

São Paulo, 20 de novembro de 2008.

Dr. Paulo Lopes de Ornellas

---

[9] Assis, Jorge Cesar de – Direito Militar, Jurua, 2ª ed., pág. 35.