**O HABEAS CORPUS NAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES**

**Airton Breno Ferreira Andrade¹**

**Prof. Marcos Luiz Alves de Melo²**

**RESUMO:** O presente artigo visa analisar se é cabível o *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares que sejam aplicadas de forma abusiva ou ilegal. O objetivo é estudar a finalidade da Constituição Federal de 1988 ao vedar expressamente a impetração do *habeas corpus* para servidores militares que forem vítimas de punições administrativas por transgressão disciplinar. É imperioso ressaltar que o *writ* é um remédio jurídico presente no artigo 5º, inciso LXVIII da Carta Magna de 1988, com o intuito de garantir a liberdade de locomoção da pessoa, ainda que iminente o risco, por ato abusivo ou ilegal, tendo sua aplicabilidade no controle dos atos administrativos que possam interferir no direito à liberdade do indivíduo. No capítulo final deste artigo, será discutido sobre a possibilidade do ajuizamento do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares, conforme dispõe o artigo 142, §2º da atual Constituição, demonstrando o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema.

**Palavras-chave:** *Habeas Corpus.* Constituição. Punições Disciplinares Militares. Atos Administrativos. Transgressão Disciplinar Militar.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the application of *habeas corpus* in case of disciplinary military punishment that are applied in an abusive or illegal way. The aim is to study the reason of 1988s Federal Constitution in vetoing habeas corpus impetration for military servants that are victims of administrative penalties for disciplinary transgression. It is imperative to emphasize that the *writ* is a juridical medicine present in article 5º LXVIII of Magna Letter of 1988, with the purpose to guaranty to people their liberty of locomotion, even if there is imminent risk through illegal or abusive act, with its applicability in control of administrative acts that could interfere in individuals liberty. In the last chapter of this paper, it will be discussed about the applicability of habeas corpus in disciplinary military punishment, according to article 142, §2º in the current Constitution, demonstrating the doctrinaire and jurisprudential understanding about this subject.

**Key-words:** *Habeas Corpus.* Constitution. Disciplinary military punishment Administrative acts. Disciplinary transgression.

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 – CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO MILITAR. 2 – O HABEAS CORPUS COMO REMÉDIO HEROICO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO 2.1 – Natureza Jurídica E Espécies De Habeas Corpus 2.2 – Competência Do Habeas Corpus. 3 – PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES: DISCUSSÕES NECESSÁRIAS SOBRE LIMITAÇÕES E NATUREZA JURÍDICA 3.1 – Justiça Militar: Distinção Entre Crimes Militares E Infrações Disciplinares 3.2 – As Nulidades Dos Processos Administrativos Militares. 4 – DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE HABEAS CORPUS EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO MILITAR. REFERENCIAL TEÓRICO. METODOLOGIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

**INTRODUÇÃO**

O presente artigo visa entender o direito administrativo disciplinar militar, um ramo do direito público que não é muito debatido pela doutrina, bem como os princípios constitucionais que o cercam para garantir o seu perfeito funcionamento.

Inicialmente se faz necessário uma rápida compreensão do contexto histórico do direito militar, que possui sua origem no Direito Romano, onde era utilizado para manter a disciplina nas imensas tropas dos exércitos. No Brasil, o Direito Militar chegou juntamente com a Família Real Portuguesa no ano de 1808, já uniformizados e com o objetivo de proteção e defesa da família real.

Desde a chegada no Brasil, os militares possuíam regulamento próprio, onde era mantido os dois pilares do militarismo, visto também como os princípios fundamentais: a hierarquia e a disciplina. Posteriormente no estado do Rio de Janeiro foi criada então o primeiro órgão de Justiça Militar do Estado, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, que atualmente é conhecido como Superior Tribunal Militar, com sede em Brasília/DF.

O *habeas corpus* foi incluído no sistema jurídico brasileiro em 1832 através do então Código de Processo Criminal. Se tornando um instrumento processual a partir da Constituição de 1891, sendo preservado nas Constituições posteriores e se tornando uma ação fundamental para salvaguardar a liberdade de ir e vir.

Na Constituição Federal de 1988, o *habeas corpus* está previsto no art. 5º, inciso LXVIII e faz parte do rol de remédios constitucionais que visam garantir a defesa dos direitos fundamentais do cidadão. Encontrando a sua previsão legal também nos artigos 647 e seguintes do Código do Processo Penal.

No tocante as punições disciplinares militares está, por sua vez, é regida através do Decreto nº 4.346/2002 e tem como objetivo preservar a disciplina, com o caráter educativo do militar em benefício da coletividade.

Embora o Decreto nº 4.346/2002, vislumbre o caráter educativo que a punição disciplinar deve ter, na prática ocorre uma situação totalmente diferente, com decisões administrativas eivadas de vícios de ilegalidade, com a única intenção de prejudicar o militar, conforme veremos no decorrer do trabalho as jurisprudências dos tribunais.

Não obstante, os processos administrativos militares devem ter como pilares os princípios da administração pública e seguir rigorosamente de maneira vinculada cada um deles. Não sendo possível a discricionariedade para aplicação das normas regulamentadas em legislação específica, bem como agir de total impessoalidade no intuito de prejudicar um servidor público militar, baseado em convicções pessoais ou graduação na carreira.

No entanto, diante de tal situação, existe uma questão a ser suscitada. Apesar da Constituição Federal de 1988 ter como cláusula pétrea a concessão de *habeas corpus* para qualquer cidadão, a mesma em seu art. 142, §2º veda expressamente o cabimento de *habeas corpus* em punições disciplinares para os militares.

Partindo dessa premissa, temos a seguinte problemática**: É CABÍVEL A IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* CONTRA PUNIÇÃO DISCIPLINAR ILEGAL?** Em resposta a isto, o presente artigo visa analisar a possibilidade de cabimento da ordem do *Habeas Corpus* à luz da doutrina e da jurisprudência nacionais, bem como formular uma análise crítica do tratamento dispensado ao *Habeas Corpus* impetrado por militares na Constituição Federal e as incompatibilidades encontradas na legislação infraconstitucional.

**1 – CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO MILITAR**

O contexto histórico do direito militar no Brasil se mescla com a própria história do Brasil. Conforme citado na introdução, tem seu início com a vinda da Família Real, com seus militares trajados, fundados e organizados nos pilares do militarismo: Hierarquia e Disciplina e, tinham como principal objetivo, a proteção da Família Real.

No enquadramento Constitucional, com o advento da primeira Carta Constitucional do Brasil em 1824, o direito militar ganhou a casta constitucional nos arts. 145 a 150, visto que no bojo desses artigos o que se defendia era uma estrutura sólida da força militar, com hierarquia e disciplina, bem como declinava a todos os brasileiros a obrigatoriedade de defender a independência e integridade do Império.

Nesse sentido, durante toda a história do Brasil, nas Constituições que regiam o país, o direito militar sempre esteve ligado à essa evolução. Destaca-se na Constituição de 1891, o Conselho Supremo Militar que fora originado em 1808, foi regularizado no artigo 77, como o Supremo Tribunal Militar, e possuía competência como órgão administrativo com funções jurisdicionais para as garantias e direitos dos militares.

A Constituição de 1934, previa em seu artigo 63 que os juízes e tribunais militares passariam a integrar os órgãos do Poder Judiciário, bem como a criação de uma seção exclusiva para a justiça militar descrita entre os artigos 84 e 87, prevendo que os militares e os assemelhados teriam foro privilegiado nas infrações militares, que também poderia ser estendido aos civis, nos casos de previsão legal. Nesse momento, eram definidos como órgãos da justiça militar o Supremo Tribunal Militar e os Tribunais e juízes inferiores, assim o Direito Militar progredia no Brasil.

Já a Carta Magna de 1946, manteve todo o escopo constitucional da Justiça Militar, a novidade era referida no artigo 124, XII, que definia a possibilidade de criação da Justiça Militar Estadual, e tinha como estrutura os Conselhos de Justiça como órgãos de primeira instância e o Tribunal Especial ou Tribunal de Justiça como segunda instância, sendo observados esses requisitos e os preceitos gerais da lei federal, poderia ser criada um órgão da justiça militar nos estados.

Durante esse período de concretização do direito militar, houve o início do estado de exceção, em 1964 os militares implementaram o que seria o maior golpe na história do nosso país, a Ditadura Militar. Foi reproduzido um novo texto constitucional onde os direitos civis foram limitados ao extremo e o país afundou na verdadeira época negra, com violações nítidas aos direitos humanos. Ao longo desse extenso período, foi elaborado por juristas de extrema confiança dos militares o texto constitucional de 1967, que foi aprovado sem grandes dificuldades, visto que havia sido elaborado sob encomenda e os políticos que se opunham ao regime já haviam sido excluídos do Congresso Nacional.

Dentre as principais características dessa constituinte era possível perceber a concentração do poder nas mãos do Executivo, que podia legislar sobre segurança e orçamento, realizar eleições indiretas para Presidente com mandados eletivos de cinco anos, a concentração e militarização da Presidência da República para os militares das Forças Armadas (Aeronáutica, Exército e Marinha), extinção do estado do federalismo, pena de morte para os crimes contra a segurança nacional, bem como restrição ao direito de greve, leis de censura e de banimento.

No ano de 1969, a Constituição de 1967 teve uma emenda, que foi decretada por Ministros Militares e através desta formaram a Junta Militar no exercício do Presidente da República, para alguns doutrinadores essa emenda surgiu como uma nova constituinte, visto que modificou consideravelmente o texto anterior, concentrando ainda mais o poder nas mãos do Executivo, bem como foram decretadas a Lei de Segurança Nacional, que restringia a liberdade civil e, a Lei de Imprensa, que era a censura federal a todos os tipos de manifestações artísticas e culturais.

Já com a instituição do Código Penal Militar em 1969, houveram muitas contribuições ao Direito Penal e serviu como base para os institutos jurídicos atuais, a título exemplificativo é possível citar a distinção entre o estado de necessidade exculpante e o justificante, o sistema duplo binário, o princípio da bagatela e a previsão da figura da delação voluntária, dentre vários outros.

Finalmente em 1988, foi promulgada e entregue a população brasileira a denominada Constituição Cidadã, era então inaugurada a Nova República que, após mais de duas décadas de restrições as liberdades civis, a democracia voltou a ser estabelecida para o povo brasileiro.

Dessa forma, durante toda a história do Brasil a Justiça Militar se fez necessária e importante, passando de momentos políticos conturbados até a edições dos Códigos Penal Militar e Processo Penal Militar, que dispunham principalmente sobre a unicidade do crime militar e a necessidade de ser interpretado por pessoas que laboram e estude com afinco este ramo do direito, pois, assim, haverá a correta aplicação da lei com respeito aos seus limites e princípios constitucionais.

**2 – O HABEAS CORPUS COMO REMÉDIO HEROICO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO**

A inserção do *Habeas Corpus* no sistema jurídico brasileiro se deu em 1832, a partir do modelo inglês *“Habeas Corpus Act de 1679”*. No então denominado Código de Processo Criminal no artigo 340 previa: “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor”.

Nesse sentido, é possível perceber a universalidade e a finalidade liberatória deste remédio heroico, tendo sua aplicabilidade imediata a partir da limitação à liberdade individual. Sendo assim, no ano de 1871, o legislador brasileiro editou a lei nº 2.033/1871, onde transfigurava a lei processual e introduzia no sistema jurídico do Brasil a inovação do habeas corpus preventivo, aplicável aos casos em que a pessoa estivesse na premência de sofrer uma limitação a sua liberdade, o art. 18, §1º da referida lei aduzia que: “Tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas corpus, ainda, quando o impetrante não tenha chegado a sofrer constrangimento ilegal, mas se veja dele ameaçado”.

Na Constituição de 1891, o remédio heroico foi elevado à uma garantia constitucional, ampliando dessa forma o seu campo de atuação, pois, amparava também outros direitos fundamentais e, de acordo com o art. 72, §22: “dar-se-á habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

Já nas Constituições de 1934 e 1937 foi mantida o presságio do habeas corpus para a proteção da liberdade, mas já previa o não cabimento nas transgressões disciplinares. Sob essa ótica as Constituições de 1946, 1967 e 1969, mantiveram o texto constitucional semelhantes às anteriores, em relação ao habeas corpus. Todavia, durante a mancha histórica brasileira, no período da ditadura militar, o remédio heroico foi reprimido ao máximo pelo tétrico Ato Institucional nº 05 e, após a revogação do Ato o habeas corpus voltou à sua integralidade original.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a que rege o sistema jurídico brasileiro nos dias atuais, o art. 5º, LXVIII possui a seguinte redação: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Mantendo a ressalva nos casos de transgressão disciplinar e remanejando para o art. 142, §2º que aduz: “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”.

Dessa forma, a restrição no ajuizamento do *writ* em casos específicos de transgressão disciplinar, gera controvérsias no meio jurídico entre doutrinas e jurisprudências, visto que, veda o cabimento do remédio heroico no que tange ao abuso de poder e ilegalidade cometidos nas aplicações de sanções disciplinares.

**2.1 – NATUREZA JURÍDICA E ESPÉCIES DE HABEAS CORPUS**

A natureza jurídica do habeas corpus é cheia de contradições na doutrina, visto que no Código de Processo Penal no “Livro III” destinado às nulidades e aos recursos em geral é onde se encontra o habeas corpus. Ou seja, alguns doutrinadores consideram que se trata de um recurso e outros autores como uma ação constitucional.

Sob essa discussão PONTES DE MIRANDA (1979, p. 161) se manifesta da seguinte forma:

Direito, pretensão, ação e remédio jurídico constitucionais, garantia constitucional, aí está o que se tornou o habeas corpus; a sua importância é tão grande, tão essencial ao direito absoluto, que ele acode, e tão elevado o critério de irrecusabilidade, com que a sabedoria de uma nação prática e liberal o fortaleceu, através de lutas históricas, que é, de tantos remédios processuais que se tornaram confundíveis com os direitos, o mais característico e louvável.

Já para AURY LOPES JR (2014, p. 1363) o habeas corpus é considerado como uma “Ação Autônoma de Impugnação, de natureza mandamental e com *status* de constitucional”. Pois, tal ação é otimizada pela Constituição, e se remete a conseguir um mandado dirigido a outro órgão estatal, através de sentença judicial.

Portanto, tendo em vista as considerações supracitadas, bem como destaques doutrinários, é possível perceber que o habeas corpus não deve ser classificado como um recurso, conforme a equivocada organização topográfica do CPP, visto que se trata de uma ação de procedimento sumário, de cognição limitada à proteção da liberdade de locomoção.

**2.2 – COMPETÊNCIA DO HABEAS CORPUS**

O habeas corpus deve ser sempre impetrado perante a autoridade judiciária superior, com jurisdição para reformar o ato coator tido como ilegal. Sendo então, interposto em órgão hierarquicamente superior aquele ao qual a autoridade coatora responsável pelo constrangimento ilegal pertence, devendo ser observado a territorialidade, bem como o princípio da hierarquia.

No que tange as situações em que não se sabe precisamente quem é autoridade coatora e o executor da ordem. O art. 649, do Código de Processo Penal preconiza que: “O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora”. Ou seja, com isso, os juízes e tribunais devem corrigir o endereçamento do writ, que por erro tenha sido distribuído para autoridade competente.

Ademais, ainda no que diz respeito ao princípio da hierarquia, para desconstituir um ato ou decisão proferida por um juiz *a quo*, o Habeas Corpus deverá ser ajuizado no Tribunal de Justiça ou no Tribunal Regional Federal, a depender do juízo de 1º grau, e assim continuadamente para o Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal somente julgará os habeas corpus nos casos de sua competência originária ou quando o ato coator for de um ministro dos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar ou Tribunal Superior do Trabalho).

**3 – PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES: DISCUSSÕES NECESSÁRIAS SOBRE LIMITAÇÕES E NATUREZA JURÍDICA**

Inicialmente, insta salientar que a classe militar, estadual ou federal, estão submetidos a um rigoroso regime jurídico, por conta dos princípios basilares da disciplina e hierarquia. Sendo assim, devem ser sempre dedicados aos direitos e deveres exigidos pela lei e regulamentos próprios, devendo ser submetidos à punição disciplinar em caso de descumprimento.

No rol de sanções disciplinares ao qual os militares estão subordinados está a prisão administrativa de até 30 dias. E, nesses casos é possível haver a impetração de *habeas corpus* no órgão de justiça competente, contrariando a contenda fase de restrição fundamentada no art. 142, §2º, da Constituição Federal, que aduz: “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”, instrumento de discussão deste trabalho.

Nesse sentido, a sanção administrativa vem do poder-dever do Estado e deve ser objetiva, com a preservação da disciplina e ter um caráter educativo para com a coletividade do militarismo. A punição por transgressão disciplinar militar se caracteriza como um ato discricionário da Administração Pública, desinente do Poder Disciplinar e deve se atentar aos quesitos legais que cercam os atos administrativos, e são condições imprescindíveis para a validade do ato. A maioria dos doutrinadores segue o disposto pelo sábio Hely Lopes Meirelles (2006), que dividiu os requisitos dos atos administrativos da seguinte maneira: COMPETÊNCIA, FINALIDADE, FORMA, OBJETO, MOTIVO.

A competência diz respeito ao poder-dever regular, que é concedido ao agente público para exercer as atribuições de sua função e assim alcançar a supremacia do interesse público, como é definido no Regime Jurídico Administrativo que são as Garantias *versus* Limitações do poder estatal.

Sob o mesmo ponto de vista, Hely Lopes Meirelles (2006, p.151), preceitua que:

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

Sob essa ótica, se o ato militar em questão for realizado por um agente que não possui o requisito previsto no dispositivo legal para praticá-lo, haverá abuso de poder caracterizado pelo excesso (vício de legalidade), sendo possível o ajuizamento do *writ* em face do órgão de justiça competente.

O objeto do ato administrativo caracteriza-se com o conteúdo do ato propriamente dito. E se tratando de ato jurídico, o objeto deve seguir as normas expostas no artigo 104 do Código Civil, isto é, lícito, possível, determinado ou determinável.

Portanto, caso nas punições disciplinares militares, ficar constatado formas de coação com a escusa de manter a disciplina, hierarquia, e respeito dentro das instituições militares, será descrito como violação à lei, possibilitando dessa forma a impetração de *habeas corpus.*

O motivo deve ser verídico, juridicamente fundamentado, proporcional e razoável, deve ser “congruente, exata, transparente e objetiva” (MAYER, 2012, p.86). Assim, evita-se o excesso de poder e autoritarismo, resultando em segurança jurídica, transparência e principalmente a legalidade.

A finalidade convém da obtenção de um resultado, o qual é aquele almejado quando se pratica o ato. Correspondendo a argumentação jurídica pela qual foi previsto um ato administrativo no ordenamento jurídico. Além disso, qualquer ato praticado pela Administração Pública deve ter como finalidade geral a supremacia do interesse público. Por outro lado, a finalidade *stricto sensu*, diz respeito a um resultado descrito em lei para o ato. Dessa forma, caso desrespeite este elemento, incorrerá no desvio de finalidade, previsto no art. 2º, Parágrafo Único da lei 4.717/65.

A forma por sua vez, corresponde a maneira como seu conteúdo se retrata no âmbito jurídico. Em consonância com Di Pietro (2009, p.208), é necessário que “tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento, mas excepcionalmente podem ser admitidos comandos verbais ou gestuais ou ainda sinais”, ou seja, em regra geral, é imprescindível que o ato seja na forma escrita e formal, visando assim garantir a segurança jurídica.

Em suma, a área militar embora possua regulamento próprio deve se subordinar as garantias, preceitos e liberdades previstos na Constituição Federal de 1988, bem como aos Tratados Internacionais. Destarte, é totalmente inviável que um país democrático, que busca a igualdade entre os povos e a dignidade da pessoa humana, aproveite das punições disciplinares militares como forma de subordinação e coação, abdicando de seus agentes a proteção constitucional do remédio constitucional.

**3.1 – JUSTIÇA MILITAR: DISTINÇÃO ENTRE CRIMES MILITARES E TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES**

O crime militar pode ser separado em dois tipos: o crime impropriamente militar e o crime propriamente militar. A jurisprudência e a doutrina majoritária, antes da Carta Magna de 1988 já preconizavam essa distinção, todavia sem encontrar embasamento legal. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador expôs de forma sucinta essa divisão em seu art. 5º, LXI, que dispõe: “Ninguém será preso senão em flagrante de delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

As jurisprudências modernas em consonância com a doutrina atual concordam que o crime propriamente militar é aquele cometido unicamente pelo militar, podendo ser entendido como a infração penal descrita do Código Penal Militar, funcional e exclusiva do cargo, que afeta bens ou interesses da instituição militar. Para (FERNANDES, 2001, p. 22) sua definição se respalda no aspecto da hierarquia e disciplina, do serviço e do dever militar, podendo ser cometido, no exercício da função do cargo militar ou fora dele como, por exemplo, no abuso de requisição militar, o militar pratica o delito em função, enquanto que, na violência contra superior, o agente e o ofendido podem ou não estar em serviço e fora do local sob administração militar, no momento do crime.

No tocante ao crime impropriamente militar, este é previsto no CPM como aquele que não decorre em face da profissão de militar, mas que afeta bens ou interesses dos militares pertinentes com a finalidade legal e constitucional das corporações militares. O art. 9º do CPM discerne 3 espécies de crime impropriamente militar, são eles: os estabelecidos de maneira contrária na lei penal comum; os indicados unicamente no diploma repressivo castrense; e aqueles de igual interpretação entre o Código Penal e o Código Penal Militar.

Em se tratando de Transgressão Disciplinar Militar, esta pode ser definida como um descumprimento das normas éticas, obrigações e deveres dos militares na sua simples manifestação.

Para formar um conceito legal sobre a transgressão disciplinar o, Regulamento Disciplinar do Exército – RDE, em seu artigo 14, define, *in verbis*:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Todavia, sobre a diferença entre estes dois institutos Jorge Alberto ROMEIRO aduz a dificuldade para especificar, diretamente, a transgressão militar e o crime militar, preconizando da seguinte maneira:

[...] torna-se difícil estabelecer, por esse motivo, uma diferença essencial do conteúdo, semelhante à do direito penal e disciplinar comum, entre os dispositivos do Código Penal Militar e dos regulamentos disciplinares militares, cujos limites se estadeiam por vezes até esfumados. Haja vista certos ilícitos militares cuja configuração, como crime ou transgressão disciplinar, é confiada ao poder discricionário do julgador, como, em nosso Código Penal Militar, o furto de coisa de pequeno valor praticado por agente primário (art. 240, §§1º e 2º), a lesão levíssima (art. 209, §6º), e outros mais (vejam-se os arts. 250, 253, 254, 260, parágrafo único, e 313, §2º do CPM). A diferença não é, assim, qualitativa, mas sim quantitativa ou de grau, a critério do legislador.

Portanto, nota-se que a diferenciação entre crime militar e transgressão disciplinar está na tipificação e intensidade do fato, concluindo então, que a transgressão militar é uma conduta ilícita de menor potencial ofensivo, logo de menor gravidade, devendo ser o militar que cometeu o fato, julgado na esfera administrativa pela autoridade militar. Entretanto, quando o servidor militar comete uma conduta ilícita de maior gravidade e a mesma é tipificada no Código Penal Militar como crime, deverá ser processado e julgado junto à Justiça Militar a qual pertença.

**3.2 – AS NULIDADES DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS MILITARES**

Com a proclamação da Constituição Federal de 1988, houve a inclusão no direito administrativo militar de inúmeras garantias constitucionais e processuais, garantias essas que antes só eram previstas no processo penal. A Lei nº 9.784/99 que trata do Processo Administrativo menciona no *caput* do artigo 2º que: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública e eficiência.”.

Di Pietro (2009), elucida ainda mais alguns princípios que devem ser observados pelo Poder Público no julgamento de um processo administrativo, vejamos: “a publicidade; a oficialidade; obediência à forma e aos procedimentos; gratuidade; contraditório e ampla defesa; atipicidade; pluralidade de instâncias; economia processual; participação popular”. Assim, quando num processo administrativo houver a violação a essas garantias constitucionais e processuais, ocorrerá uma causa de nulidade.

No sistema jurídico brasileiro, tanto o processo disciplinar militar como o processo judicial são regidos pela legislação. Diante disso, devem seguir os princípios existentes para direcionar a utilização destes institutos, devendo ser tomado como um elemento norteador para preencher as omissões deixadas pelo legislador.

Dentro do Processo Administrativo Militar é possível dividir as nulidades em: nulidade absoluta e relativa. A nulidade absoluta é estabelecida como aquela já surgiu de um ato viciado, e seu prosseguimento prejudica a eficácia do contraditório, visto que viola as garantias constitucionais. Dessa forma, todas as vezes que o princípio violado afrontar o interesse público, definido na Carta Magna de 1988 e seus dispositivos infraconstitucionais, estaremos diante de uma nulidade absoluta. Por sua vez, a nulidade relativa decorre de um vício sanável, ou seja, só será decretada pelo juiz se for provocada pelo Ministério Público ou por qualquer pessoa que tenha interesse, depois de sanado o vício discutido, o processo administrativo disciplinar continuará normalmente.

Desse modo, o entendimento de como deve ser aplicado o ato disciplinar é o elemento base para a identificação das nulidades processuais, pois, é a partir deste momento que é possível identificar a existência de um vício processual. Insta salientar, que a anulação de um ato disciplinar por vícios não-sanáveis terá efeito *ex-tunc*, ou seja, retroage os efeitos desde a sua origem, devendo todos os atos subsequentes serem anulados. Outrossim, a revisão pelo Poder Judiciário do ato disciplinar em litígio se restringirá somente a legalidade e a sua consequente anulação ou não, quando decorrer de vícios processuais que ensejem a nulidade absoluta ou relativa, não podendo ser discutido o mérito do processo administrativo em questão, em respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.

**4 – DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE HABEAS CORPUS EM SEDE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO MILITAR**

Conforme foi citado no início deste trabalho, desde a Constituição de 1967, existe a vedação legal da impetração do *habeas corpus* nos casos de transgressão disciplinar e sua posterior punição administrativa. Na atual Constituição Federal de 1988, essa fundamentação de denegar o *habeas corpus*, encontra-se no art. 142, §2º, que dispõe: “Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”. Além disso, o Código de Processo Penal Militar fundamenta a restrição da medida no artigo 466, “a” e “b” do parágrafo único. Vejamos:

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.

Parágrafo Único. Excetuam-se, todavia, os casos em que a ameaça ou coação resultar:

1. de punição aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas;
2. de punição aplicada aos oficiais e praças das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, de acordo com os respectivos Regulamentos Disciplinares;

Numa análise jurídica dos doutrinadores para fundamentar seus posicionamentos, na explicação do impedimento do militar impetrar ou não o *habeas corpus,* quando forem vítimas de punições administrativas, que seja constatado o abuso de poder ou a ilegalidade, Antoniel Souza (2002, p. 60) preconiza que:

O fundamento para denegar o pedido encontra-se no art. 142, §2º da Carta Maior da República e no art. 466, 2ª parte, letras ‘a’ e ‘b’ do CPPM. Segundo a exegese dos referidos dispositivos haveria ‘carência de ação’ por impossibilidade jurídica do pedido. Interpretação tão restrita e atentatória dos direitos fundamentais do cidadão, não encontra guarida no modesto entendimento. Restringir o acesso dos militares ao Poder Judiciário, tal como pretende a regra do art. 142, §2º da Constituição, é afetar o homem na sua dignidade e instalar o totalitarismo, transformando o militar em cidadão de segunda categoria.

Em contrapartida, existem autores que defendem veementemente o não cabimento do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares, destaca-se entre eles FAGUNDES (2010, p. 168), que fundamenta a sua posição extrema, para a impossibilidade do reexame pelo Poder Judiciário de todos os atos punitivos que acarretem em restrição da liberdade quando originado de Autoridade Militar. O Autor afirma que:

[...] ainda que o ato administrativo, em tal caso, se apresente com ilegalidade evidente, mesmo que está se manifeste nos seus aspectos vinculados, como concernente à competência, não cai sob a apreciação judiciária. A restrição, prossegue ele, se inspira no propósito de fortalecer a disciplina nas corporações militares, subtraindo-se os atos dos superiores hierárquicos, considerados essenciais à sua organização e eficiência, à impugnação e discussão dos subordinados.

Apesar das distinções dos doutrinadores supracitados, a corrente majoritária diz ser cabível a impetração de *habeas corpus* quando as punições disciplinares possuírem vícios em seu processo. Logo, deve ser comprovado que no ato administrativo praticado houve abuso de poder ou ilegalidade.

Os juristas que estudam sobre a situação em apreço aduzem que a restrição constitucional é contrária ao sistema democrático e humanitário ao qual vivemos, violando claramente os direitos e garantias fundamentais do homem, dispostos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Sob essa ótica, é imperioso ressaltar que tal restrição atenta também contra o princípio da isonomia, conforme o artigo 5º *caput* da CFRB/88.

Dessa forma, a doutrina majoritária concorda com a impetração do heroico remédio constitucional em face do servidor militar que teve cerceada a sua liberdade por ato abusivo ou ilegal.

Em se tratando das ilegalidades que devem ser objeto de reexame pelo Poder Judiciário em casos de punição disciplinar, o grandioso Hely Lopes Meirelles (2006) traz a existência dos cinco elementos que são necessários para a existência do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Logo, sem a presença e conexão de todos esses elementos o ato administrativo não será perfeito e, assim, não terá eficácia válida.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de um *habeas corpus* que concedeu o *writ* para um militar num caso em que foi aplicada a punição restritiva de liberdade, decidiu conforme sua jurisprudência já pacificada da seguinte maneira:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. O sentido da restrição dele quanto às punições disciplinares militares (artigo 142, §2º, da Constituição Federal). – Não tendo sido interposto o recurso ordinário cabível contra o indeferimento liminar do habeas corpus impetrado perante o Supremo Tribunal de Justiça (art. 102, II, “a”, da Constituição Federal), conhece-se do presente “writ” como substitutivo desse recurso. – O entendimento relativo ao §20 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 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 suscetível de ser aplicada disciplinarmente) continua válido para o disposto no §2º do artigo 142 da atual constituição que apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois limita as de natureza militar. Habeas corpus deferido para que o S.T.J. julgue o “writ” que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente habeas corpus até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não HC-70648, Rel. Ministro Moreira Alves. 1º T. STF. J. 09.11.93.dj 04.03.94 Ementa. Vol.-01735-01 PP-00110.

Expondo na prática um ato administrativo viciado por ilegalidade, é possível criar um caso condizente com a realidade vivida dentro dos quartéis, onde um militar subordinado presta serviço em um determinado batalhão. E outro militar, superior hierárquico que serve em outra unidade distante. Nota-se uma relação de subordinação hierárquica, devido a superioridade do posto do segundo militar, resultando no dever de o militar subordinado cumprir o regulamento e prestar continência ao seu então superior que ele nem sabia da existência. Todavia, entre os militares não há relação de Poder Disciplinar, ou seja, o militar superior não exerce sobre o subordinado poder de impor a punição disciplinar, tendo em vista que pertencem a diferentes quartéis. Destarte, se a punição disciplinar for imposta sem a observância deste requisito, a restrição da liberdade será ilegal, e de acordo com a doutrina e jurisprudência, tal ilegalidade deve ser combatida com o *habeas corpus*.

Evaldo Corrêa (2002, p. 48) salienta ainda que, os Regulamentos Disciplinares Militares foram elaborados antes da Constituição Cidadã de 1988, e necessitam urgentemente de uma revisão, para a inserção dos princípios constitucionais, direitos e garantias fundamentais em seu meio, para que assim o direito de todos possa ser respeitado. Veja-se:

De tal sorte que, por conta da falta de modificação dos regulamentos militares, em especial os disciplinares, praticamente várias ilegalidades e, por via de consequência, a pena por transgressão disciplinar está sendo aplicada sem o devido respeito à forma legal, adequada e justa. E por faltaram essas adequações, está se tornando comum, ao apreciar a legalidade da punição, o Poder Judiciário julgar que houve ilegalidade no ato administrativo militar, decidindo por sua nulidade.

Portanto, algumas normas previstas nos Regulamentos e Estatutos Militares, foram elaborados antes da Constituição Federal de 1988, esta, por sua vez, garante acima de tudo o respeito à dignidade da pessoa humana, respeito a ampla defesa e contraditório e presunção de inocência, que conforme foi demonstrado durante todo o artigo, por muitas vezes não são respeitados nos processos administrativos disciplinares, que visam unicamente punir o militar, sem considerar os princípios e garantias fundamentais do mesmo.

**4.1 - DA SÍNTESE DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL**

 Inicialmente, cumpre informar que o *habeas corpus* se trata de uma ação constitucional que tem como objetivo coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder em desfavor da liberdade de locomoção. Destarte, o presente remédio constitucional está previsto na Constituição Federal no art. 5º, inc. LXVIII.

 Outrossim, a sua proibição para as punições disciplinares militares é definida no §2º do artigo 142 do diploma Constitucional.

 No tocante ao cabimento do *writ* percebe-se que o mesmo está inserido dentre as cláusulas pétreas da nossa CF e a exceção quanto ao cabimento no artigo 142, §2º do mesmo diploma. Como é cediço na doutrina e na legislação vigente, os direitos e garantias fundamentais presentes no art. 5º, CF tem hierarquia diferenciada e garantia da eternidade em relação aos demais direitos constantes na Carta Cidadã, ou seja, os dispositivos do art. 5º da Constituição são hierarquicamente superiores aos demais artigos da CF.

 Sob esse tema, NUCCI (2008) dispõe que não há como os demais artigos da legislação constitucional impor restrições ao exercício dos direitos fundamentais, vejamos: “O artigo 5º está hierarquicamente superior ao artigo 142, no entanto, o artigo 142 impõe restrições ao exercício do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal.”.

 Nesse sentido, se o artigo em debate tivesse sido redigido sem a ressalva do cabimento do remédio heroico, não haveria essa contradição constitucional, bem como nenhum cidadão sairia prejudicado por conta de um erro do legislador.

 Destarte, a jurisprudência aduz que nada impede que o Poder Judiciário examine os pressupostos de legalidade da punição, sendo totalmente possível a interposição de *habeas corpus*, desde que não seja discutida a análise do mérito. Nesse sentido, o STF no RE 338840 decidiu que:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇAO DISCIPLINAR MILITAR.

**Não há que se falar em violação ao art.**[**142**](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10673887/artigo-142-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988)**,**[**2º**](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10673814/par%C3%A1grafo-2-artigo-142-da-constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-de-1988)**, da**[**CF**](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/155571402/constitui%C3%A7%C3%A3o-federal-constitui%C3%A7%C3%A3o-da-republica-federativa-do-brasil-1988)**, 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.

Dessa forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência concordam que não existe qualquer impedimento legal que impossibilite o Poder Judiciário de reexaminar as decisões administrativas quando seus atos estejam eivados de vícios de ilegalidade ou abuso de poder.

**CONCLUSÃO**

O presente artigo científico teve como objetivo examinar a respeito da vedação expressa no artigo 142, §2º da Constituição Federal, pesquisando acerca do cabimento ou não do *habeas corpus* em face de prisões abusivas e ilegais nas punições disciplinares militares.

Inicialmente, foi feito uma abordagem sobre o contexto histórico do direito militar no Brasil, onde se observou que desde a chegada da Família Real Portuguesa o militarismo é presente na sociedade brasileira. Em seguida, foi realizado um estudo sobre o *habeas corpus*, e a sua natureza jurídica de ser uma ação constitucional proposta para garantir o direito fundamental a liberdade de locomoção e sua repercussão no controle dos atos administrativos para com as punições disciplinares militares, com o intuito de combater a ilegalidade e abuso de poder.

O terceiro capítulo referiu-se sobre o regime jurídico militar brasileiro e as transgressões disciplinares militares, os princípios basilares do militarismo que são a hierarquia e disciplina e suas nulidades processuais. Os regulamentos militares por sua vez que em sua grande maioria foi expedido antes da Constituição Federal de 1988, não preconizavam as garantias constitucionais da dignidade da pessoa humana, respeito ao contraditório e ampla defesa, dentre os outros princípios citados.

No último capítulo passou-se a analisar o tema deste artigo, o *habeas corpus* nas punições disciplinares militares, onde restou demonstrado que a jurisprudência e a doutrina concordam em sua maioria com o cabimento desse remédio heroico quando a punição administrativa decorrer de um ato administrativo ilegal ou abusivo.

Portanto, sem violar o princípio da separação e independência entre os poderes, compete sim ao Poder Judiciário reexaminar o ato administrativo que determina sanção disciplinar militar no tocante a ilegalidade ou abuso de poder. O Estado Democrático de Direito deve acolher os cidadãos em sua totalidade, independentemente de cor da pele, homem ou mulher, bem como civil ou militar.

**REFERÊNCIAS**

CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas corpus na Transgressão Disciplinar – Possibilidade Jurídica e Ressarcimento dos Danos.** São Paulo: RCN, 2002. P.48.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora: Atlas, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 927, p.168 *apud* ARRUDA, João Rodrigues. **Do Cabimento do Habeas Corpus nas Transgressões Disciplinares.** Revista do Superior Tribunal Militar: Brasília, 10(1): 271.304, 1988, p.277.

FERNANDES, Luciano Madeira. O processo penal na Justiça Militar da União. 2001. Curso de Direito, Unicruz, Cruz Alta.

MAYER, Dayse de Vasconcelos.  **O Excesso de Poder da Administração Pública e a Teoria dos Motivos Determinantes.** Revista Advocatus Pernambuco, Recife, nº 9, p. 78- 86, dez. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P.140.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Editora Revista dos Tribunais. 4ª edição revista, atualizada e ampliada, 2008.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1994. P.09.

SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. **Do Cabimento do habeas corpus nas prisões disciplinares militares ilegais e abusivas.** Jus Navegandi, Salvador, ª7, n. 60, nov. 2002. Disponível em http:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3448 Acesso em: 15 de maio 2018.