



## PARADOXO CONSTITUCIONAL – HABEAS CORPUS *VERSUS* PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR

SANTOS, João de Souza<sup>1</sup>  
VAUCHER, Rodrigo Arejano<sup>2</sup>

### RESUMO

A Constituição Federal Brasileira assegura a todos, direitos e garantias fundamentais. Contudo, a referida Lei Maior, inobstante ao que dispõem como segurança a todos de forma inseparáveis (art. 5º, LXVIII), restringe a possibilidade do habeas corpus aos militares no que tange a punição disciplinar (art. 142, §2º). Tal fato tem como justificativa uma possível decaída nos pilares mestres das instituições militares, quais sejam: a hierarquia e a disciplina. O objetivo do presente artigo é encontrar uma justa explicação, com base no ordenamento jurídico brasileiro e nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, para dirimir ou mitigar a aparente controvérsia existente entre o art. 5º, LXVIII e o art. 142, § 2º da CF/88, segundo o qual os militares não podem se amparar no habeas corpus quando punidos disciplinarmente na esfera administrativa. Após a análise dessa questão paradoxal, será esclarecido o cabimento desse remédio constitucional nas punições disciplinares militares. Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. A tese a ser empregada será a bibliográfica, com fontes em livros, artigos científicos, doutrinas e jurisprudências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito constitucional. Habeas corpus. Punição disciplinar militar.

### CONSTITUTIONAL PARADOX - HABEAS CORPUS *VERSUS* MILITARY DISCIPLINARY PUNISHMENT

### ABSTRACT

The Brazilian Constitution assures all, fundamental rights and guarantees. However, that Higher Law, inobstante to their possession as security for all so inseparable (art. 5, LXVIII), restricts the ability of the military habeas corpus with respect to disciplinary punishment (art. 142, § 2). This fact is justified by a possible fallen pillars masters in military institutions, namely: the hierarchy and discipline. The aim of this paper is to find a fair explanation, based on the Brazilian legal and doctrinal and jurisprudential understandings, to settle or mitigate the apparent controversy between the art. 5, LXVIII and art. 142, § 2 of CF/88, according to which the military can not sustain them in the habeas corpus when disciplinary punished administratively. After the analysis of this paradoxical question will clear the pertinence of this constitutional remedy in military disciplinary punishments. This is a qualitative research approach. The thesis to be employed will be the bibliography with sources in books, scientific articles, doctrines, and jurisprudence.

**KEYWORDS:** Constitutional law. Habeas corpus. Military disciplinary punishment.

## 1 INTRODUÇÃO

A finalidade deste artigo busca examinar a existência de um paradoxo na Constituição Federal Brasileira de 1988, relativo à impetração do habeas corpus, diante da contradição existente entre os artigos 5º, LXVIII e 142, §2º da referida Lei Maior.

O direito à liberdade está classificado nos direitos individuais, garantido aos nacionais e estrangeiros, em trânsito ou residentes no território brasileiro. Porém, apesar de não haver qualquer ressalva no artigo 5º da Constituição Federal, quanto às pessoas que têm esse direito garantido, o artigo 142, §2º da mesma lei restringe esse direito no caso de punição disciplinar militar.

Diante disso será previamente analisado o instituto do habeas corpus e das punições disciplinares militares, com seus conceitos e características, para que posteriormente seja examinado e esclarecido o cabimento do habeas corpus nessas punições. Portanto, após exposição dos fatos atinentes ao assunto, ficará demonstrado se a Constituição Federal ao garantir isonomia entre as pessoas apresenta incoerência, já que ora prevê direito a todos, ora discrimina determinada classe de pessoas, sendo tal resultado totalmente baseado em doutrina e jurisprudência.

## 2 HABEAS CORPUS E SUAS CARACTERÍSTICAS

De início, para que se possa analisar o centro deste artigo, que é o paradoxo constitucional existente quanto ao cabimento do instituto do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares, é importante esclarecer algumas características desse remédio constitucional: a origem, conceito, finalidade, espécies e natureza jurídica.

Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2012, p. 556), o habeas corpus adveio à luz de duas perspectivas: “uma de origem romana, que vislumbra a etimologia do termo por sua história mais remota, e a outra de

<sup>1</sup> Acadêmico – Faculdade Assis Gurgacz. joaoss13@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente Orientador – Professor do Curso de Direito da Faculdade Assis Gurgacz – Especialista em Docência de Ensino Superior - Advogado



matriz inglesa, que irá nos conduzir à concepção moderna do que se entende, atualmente, pelo instituto do habeas corpus”.

Em análise às duas origens – romana e inglesa, o autor supracitado explana:

Etimologicamente, habeas significar ter, tomar; bem como corpus é traduzido como corpo. Portanto, em acepção clássica do Direito romano e de suas instituições, habeas corpus significaria “tomar o corpo detido e submetê-lo ao Juiz para o julgamento do caso”. Nesses termos, o mesmo, ainda que de forma incipiente, já existia no Direito romano.

Mas, sem dúvida, é no Direito inglês que o **habeas corpus** finca sua origem moderna. Um ponto de partida é o capítulo XXXIX da Magna Carta em 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra. Esta assim prelecionava: ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento por seus pares, de acordo com as leis do país. Porém, mesmo com a **Magna Carta Libertatum**, as arbitrariedades permaneceram, visto que ainda foram necessários: o **Petition of Rights** de 1628 e, posteriormente, os famosos **Habeas Corpus Act** de 1679 e de 1816, para que ocorresse a consolidação da defesa da liberdade de locomoção contra violências e abusos no Direito inglês [grifos do autor] (FERNANDES, 2012, p. 556 – 557).

Ao tratar da origem histórica do habeas corpus no Brasil, Pedro Lenza elucida que, “a primeira manifestação do instituto deu-se em 1821, através de um alvará emitido por Dom Pedro I, pelo qual se assegurava a liberdade de locomoção. A terminologia “habeas corpus” só apareceria em 1830, no Código Criminal” (LENZA, 2012, p. 1040).

Segundo o mesmo autor, o habeas corpus foi garantido constitucionalmente a partir de 1891 e permaneceu nas Constituições subsequentes, inclusive na de 1988 em seu art. 5º, LXVIII, o qual dispõe que: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (2012, p. 1041).

Conforme aduz Alexandre de Moraes (2004, p. 139), “o sentido da palavra alguém no habeas corpus refere-se tão somente à pessoa física”. Desse modo, o habeas corpus, em sua finalidade: “é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar” (MORAES, 2004, p. 139).

De acordo com Lúcio Santoro Constantino (2001, p. 45), aquele que pede a concessão da ordem recebe o nome de impetrante, já o paciente é aquele que sofre o constrangimento na sua liberdade de ir, vir e ficar, ou o beneficiário da concessão da ordem.

O impetrante pode ser qualquer pessoa física (nacional ou estrangeira) em sua própria defesa, em favor de terceiro, podendo ser o Ministério Público ou mesmo pessoa jurídica, desde que seja em favor de pessoa física.

Já a autoridade que pratica a ilegalidade ou abuso de poder, chama-se autoridade coatora ou impetrado. Importante destacar que a ação de habeas corpus pode ser formulada sem advogado, já que não necessita obedecer a qualquer formalidade processual ou instrumental, além disso, por força do artigo 5º, LXXVII da Constituição Federal, é gratuita.

Somando-se a isso, o habeas corpus prevê duas espécies, uma de caráter preventivo e outra de caráter repressivo. Desta forma, Lúcio Santoro de Constantino esclarece que, o habeas corpus de caráter preventivo busca cessar, desde já, a iminente violência ou a iminente coação. A concessão desse remédio constitucional preventivo determina a expedição de um salvo-conduto. Já no habeas corpus repressivo (liberatório) a violência ou coação à liberdade de locomoção ultrapassaram o estágio de promessa, para efetivamente se concretizarem. Logo, serve o habeas corpus liberatório para afastar o mal existente, resultando a expedição de alvará de soltura (2001, p. 39 e 40).

Outrossim, José César de Assis (2001, p. 24) ensina que, quando se destina a afastar o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção já existente, o habeas corpus é chamado de liberatório ou repressivo e quando existente apenas uma ameaça a essa liberdade recebe o nome de habeas corpus preventivo, expedindo-se um salvo-conduto.

Michel Temer ensina que, “ilegalidade ou abuso de poder, por sua vez, ligam-se às ideias de afronta *direta* ou *indireta* à lei. É *ilegal* o ato que desdobra dos limites legais. É *abusivo* o ato *fundado* na lei (que o autoriza), mas que se desvia de sua real finalidade” (2010 p. 206).

Quanto à natureza jurídica do habeas corpus, trata-se de uma ação constitucional de natureza penal, destinada especificamente à proteção da liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por **ilegalidade** ou **abuso de poder** (grifo nosso) (MENDES e BRANCO, 2012, p. 827).

No mesmo sentido, ainda sob o enfoque da natureza jurídica, Cretella Jr. ensina que:

O habeas corpus é uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata, portanto, de uma espécie de recurso, apesar de regulamentado no capítulo a eles destinado no Código de Processo Penal (CRETELLA JR. *apud* MORAES, 2004, p. 141).

Ainda, Dirley da Cunha Jr. aduz que a natureza do habeas corpus é por ação sumaríssima, exigindo prova pré-constituída:

Entende-se que, por sua natureza, cuida-se de ação sumaríssima, que, por isso, exige prova pré-constituída, o que impede a sua utilização para superar situação de fato controvertida ou que demande dilação probatória. A jurisprudência já está pacificada no sentido de não ser possível, por meio da via processual estreita do *habeas corpus*, o revolvimento do conjunto fático-probatório do feito. Assim, não se tem aceitado a viabilidade do *writ*, por exemplo, para examinar questão relativa à incidência de causa excludente de culpabilidade, para a análise de comprovação de indícios de autoria e materialidade do crime, para se aferir a importância ou não da prova para o caso concreto, para examinar a tipicidade da conduta do paciente (excetuados os casos de atipicidade manifesta, em especial nas hipóteses de aplicação do princípio da insignificância) ou para verificar se a decisão dos jurados é ou não manifestamente contrária à prova dos autos (CUNHA JR. 2012, p. 474).

Quanto às hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, o artigo 648 do Código de Processo Penal dispõe algumas situações que ensejam coação ilegal ao direito de locomoção, sendo um rol exemplificativo:

“Art. 648 do CPP: a coação considerar-se-á ilegal: I – quando não houver justa causa; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo for manifestamente nulo; VII – quando extinta a punibilidade”.

Porém, conforme explana Mendes e Branco além de outras vedações, a Lei Máxima traz um caso proibindo a impetração do *habeas corpus*:

“A Constituição Federal trouxe uma única situação inadmitindo a impetração do remédio, tornando-o juridicamente impossível para o caso”. Essa situação está elencada no §2º do art. 142 da Constituição Federal, a qual dispõe que, não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares<sup>3</sup>” (2012, p. 830).

Essa vedação é que fez surgir a ideia de contradição na Constituição Federal, uma vez que, ao mesmo tempo em que aduz sobre um direito garantido a qualquer pessoa, se restringe aos militares no que tange às punições disciplinares. Com isso, posteriormente será feita uma breve abordagem sobre a punição disciplinar e, finalmente, o núcleo do presente trabalho, o possível paradoxo constitucional quanto à aplicação do *habeas corpus* nas punições disciplinares.

### 3 PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR

Antes mesmo de conceituar o que se entende por punição disciplinar, é necessário analisar o que é a transgressão disciplinar, a qual tem seu conceito expresso no Decreto Federal nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, que aprovou o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), em seu artigo 14:

**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.

§1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

§2º As responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente.

§3º As responsabilidades cível e administrativa do militar serão afastadas no caso de absolvição criminal, com sentença transitada em julgado, que negue a existência do fato ou da sua autoria.

§4º No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.

§5º Na hipótese do § 4o, a autoridade competente para aplicar a pena disciplinar deve aguardar o pronunciamento da Justiça, para posterior avaliação da questão no âmbito administrativo.

§6º Quando, por ocasião do julgamento do crime, este for descaracterizado para transgressão ou a denúncia for rejeitada, a falta cometida deverá ser apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o faltoso.

§ 7o É vedada a aplicação de mais de uma penalidade por uma única transgressão disciplinar.

§8º Quando a falta tiver sido cometida contra a pessoa do comandante da OM, será ela apreciada, para efeito de punição, pela autoridade a que estiver subordinado o ofendido.

§9º São equivalentes, para efeito deste Regulamento, as expressões transgressão disciplinar e transgressão militar.

<sup>3</sup> **Art. 142, CF** - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. § 2º - **Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.**

Desta forma, conforme ensina o Major Irineu Ozires Cunha (2004, p. 37), a transgressão disciplinar trata da ação praticada pelo militar e o regulamento está substancialmente formado por um conjunto de normas que proíbem, determinam ou simplesmente permitem fazer ou não fazer.

Em consequência às transgressões disciplinares, é necessário aplicar uma punição disciplinar, a qual, conforme estabelece o art. 23 do RDE, tem por objetivo a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence.

Nas palavras do Major Ozires (2004, p. 59), o que se pretendeu com o artigo 23 do RDE foi estabelecer um objetivo claro para a aplicação da punição.

(...) toda vez que se pune um militar se faz unicamente para a preservação da disciplina, mas o mais importante nessa tentativa de preservação é a conscientização do benefício educativo ao se lhe aplicar a pena. Uma outra razão da inserção deste artigo foi o de, por intermédio da aplicação da punição, educar-se toda a coletividade a que ele pertence. No entanto essas metas somente serão atingidas se quem aplicou o remédio o fez com justiça, serenidade e foi imparcial. É preciso, por isso, que cada vez mais as autoridades tenham em mente que para se atingir o objetivo da punição, é preciso estabelecer-se a ampla defesa e o contraditório (art. 35 do RDE e seus parágrafos), a fim de que o militar possa por si, ou advogado defender-se e produzir suas provas.

Ainda, de acordo com o artigo 24 do RDE, há uma classificação das punições disciplinares:

**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.  
Parágrafo único. As punições disciplinares de detenção e prisão disciplinar não podem ultrapassar trinta dias e a de impedimento disciplinar, dez dias.

Importante esclarecer que, conforme dispõe Jorge César de Assis (2009, p. 125), a punição disciplinar tem como principal fundamento manter a disciplina e a hierarquia nas organizações castrenses.

Nessa linha, se faz importante elucidar o conceito de hierarquia e disciplina. Nesse cenário o artigo 14 do estatuto dos militares dispõe o seguinte:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.  
§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela Antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.  
§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.  
§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados (Lei 6.880, de 09.12.1980).

Ainda, sob o aspecto dos princípios da hierarquia e disciplina, Lúcio Santoro Constantino ensina que, “(...) a observância de tais princípios é que firma a organização militar, pois não se poderia admitir que uma ordem ou punição de um superior fosse objeto de impugnação e discussão por parte do subordinado (...)” (2001, p. 56-57).

Após esta breve análise da punição disciplinar, com a demonstração de seus fundamentos (hierarquia e disciplina), enfim será abordado o núcleo do presente trabalho.

#### 4 PARADOXO CONSTITUCIONAL

Como já explicado anteriormente, a Constituição Federal traz a previsão do Habeas Corpus, remédio também elencado no Código de Processo Penal e no Código de Processo Penal Militar.

Nos ensinamentos de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, a liberdade se configura como um direito fundamental e essencial, não podendo ser prejudicado, salvo nos casos definidos em lei.

A liberdade é um direito fundamental e essencial que somente pode ser cerceado no caso de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, não se permitindo prisões para averiguações ou qualquer outra espécie de procedimento que não esteja previsto em lei. No Estado de Direito, a liberdade é a regra e a prisão uma medida de exceção (ROSA, 2001).

O mesmo jurista e doutrinador salienta que nem sempre, quando da prisão de alguém, este terá de fato cometido um ato ilícito que tenha consequência à prisão, pois a detenção desta pessoa poderá decorrer de um ato tido como ilegal praticado pela autoridade policial, podendo esta prisão ilegal ser imediatamente relaxada pelo judiciário assim que dela tomar conhecimento (ROSA, 2001).

Em sendo a prisão tida como ilegal ou abusiva, ou seja, sem o devido fundamento legal para o cabimento do cerceamento da liberdade do cidadão, caberá o *habeas corpus* por **qualquer pessoa**, visto que não ocorrem exceções no caput e inciso LXVIII do art. 5º, no qual todos os cidadãos brasileiros, natos, naturalizados, incluindo estrangeiros e os militares possuem a garantia Constitucional de buscar através do remédio jurídico do *habeas corpus* a sua liberdade por ser a sua detenção abusiva ou ilegal.

No caso de prisão ilegal ou abusiva desprovida de fundamento para o cerceamento da liberdade, a CF prevê a possibilidade de interposição de *habeas corpus*, que é uma garantia constitucional e que poderá ser assinada por qualquer pessoa. O art. 5º, LXVIII, da CF, diz que, "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". **Em nenhum momento, o art. 5º, LXVIII, faz qualquer ressalva em relação aos brasileiros naturalizados, estrangeiros ou militares** (ROSA, 2001).

No entanto, mesmo havendo previsão constitucional, tal garantia não abrange a todos, pois um dispositivo existente nesta mesma Lei Soberana limita a concessão de *habeas corpus* aos militares punidos disciplinarmente. Ou seja, embora tal garantia seja assegurada a todas as pessoas residentes no Brasil, incluindo os estrangeiros, como observado no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal de 1988, encontra-se uma classe de profissionais que tem este benefício denegado: os militares, sendo esses federais ou estaduais.

A denegatória é encontrada de forma taxativa no artigo 142, § 2º da Constituição Federal: **“Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”**. No mesmo sentido, o parágrafo único, alíneas “a” e “b” do art. 466 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002 de 1969), dispõe que:

**Art. 466.** Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

**Exceção**

**Parágrafo único.** Excetua-se, todavia, os casos em que a ameaça ou a coação resultar:

- a) de punição aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas;**
- b) de punição aplicada aos oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, de acordo com os respectivos [grifo nosso].**

Este impeditivo também está em harmonia com o inciso LXI do art. 5º, da CF: *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”*.

Importante mencionar que a vedação do cabimento do *habeas corpus* contida no artigo 142, § 2º da CF/88 não é recente, pois o texto acompanha desde a Constituição Federal de 1934, quando inaugurou tal matéria em seu artigo 113, item 23, com 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 abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*”*.

Contudo, conforme muitos doutrinadores, o rigor da dogmática deve ser amenizado. Isso porque com exemplo nos ensinamentos de Jorge César de Assis (2009, p. 196), a proibição não é absoluta, pois o poder Judiciário pode aferir alguns requisitos próprios do ato administrativo, apenas não podendo entrar no mérito deste ato.

O Judiciário, até mesmo em decorrência da inafastabilidade de sua apreciação, não entrando no mérito do ato administrativo (que é prerrogativa do Comandante), poderá aferir, juridicamente, alguns requisitos próprios do ato administrativo disciplinar, como a competência, a legalidade e as formalidades da medida restritiva de liberdade. Fundamentalmente, devem restringir-se a três as alegações pertinentes à análise pelo Judiciário do ato administrativo disciplinar militar: É competente a autoridade?; Há previsão legal para a punição?; Houve possibilidade para o exercício do direito de defesa?

Na mesma linha de pensamento, Constantino aduz:

É que sendo a punição por transgressão disciplinar militar um ato administrativo, a mesma necessita observar os requisitos legais de competência, objeto, finalidade, forma e motivo. Logo, a existência da mácula sobre os

requisitos do ato permitiria a concessão da ordem face ao desrespeito a lei. Veja-se que não se está objurgando o mérito da decisão administrativa de punição, mas sim sua legalidade frente aos pressupostos essenciais. Como a Constituição assegura no art. 5º, XXXV, que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, é perfeitamente viável a impetração de *habeas corpus* em caso de punição disciplinar militar, desde que não se discuta o mérito do ato (2001, p. 57).

Corroborando o entendimento de que a vedação constitucional do cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, conforme estabelece o artigo 142, §2º da CF/88, não afasta da apreciação do judiciário a legalidade ou a inconstitucionalidade dos atos disciplinares, há previsão constitucional com cláusula pétrea (5º, XXXV da CF/88), que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta forma, apesar de parecer haver um grande paradoxo na Constituição Federal, uma vez que ela se contradiz em seu texto legal – nos artigos 5º, LXVIII e 142, §2º –, são vários os doutrinadores que cientificam que tal incoerência não deve ser vista com tanto rigor, uma vez que é incontroversa a apreciação do Poder Judiciário nos casos de ilegalidade ou inconstitucionalidade da punição.

A seguir, além desse entendimento supracitado, serão analisadas outras correntes doutrinárias quanto ao cabimento do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares.

#### 4.1 POSICIONAMENTOS QUANTO AO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES

Segundo Jorge César de Assis (2009, p. 186), é possível atualmente estabelecer duas correntes quanto ao cabimento do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares.

Para o autor, “a primeira, mais ortodoxa, inadmitte o remédio heroico, puro e simplesmente. Para os seguidores desta teoria extremada, devem ser protegidos os conceitos de hierarquia e disciplina, que deverão ficar à margem de qualquer análise pelo Judiciário”.

Alguns dos adeptos dessa corrente, conforme citado por Assis, seriam os autores Cretella Júnior, Walter Ceneviva e José Afonso da Silva, que se fundamentam no sentido de que, por razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina, não cabe o *habeas corpus* para as punições militares de caráter disciplinar (ASSIS, 2009, p. 186).

A segunda corrente, mencionada por Assis, é mitigada, pois ao mesmo tempo em que se entende inviável o *habeas corpus* nas punições disciplinares, propugna que esta vedação está dirigida somente ao mérito do ato disciplinar, que é de natureza administrativa, não estando impedido o exame quanto à própria legalidade da punição a ser aplicada (ASSIS, 2009, p. 187).

Em favor a essa corrente, Moraes (2004, p. 153) aduz que a previsão constitucional (§2º do art. 142) deve ser interpretada no sentido de que não haverá *habeas corpus* em relação ao mérito das punições disciplinares. Assim, a Constituição Federal não impede o exame pelo Poder Judiciário dos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, poder disciplinar, ato ligado à função e pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente.

Outros doutrinadores adeptos à segunda corrente são Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 830), quando elucidam:

[...] De fato, em conformidade com o §2º do art. 142 da CF, “Não caberá ‘*habeas corpus*’ em relação a punições disciplinares militares”. Contudo, cumprе ressaltar que o não cabimento de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares é restrição que se circunscreve ao exame de mérito do ato, conforme vem decidindo reiteradamente o STF. Assim, a “legalidade da imposição de punição constrictiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio do *habeas corpus*. Precedentes”.

O doutrinador Jorge Cesar de Assis (2009, p. 188) também é favorável a segunda corrente: “os tribunais brasileiros, capitaneados pelo STF, têm se inclinado pela segunda corrente à qual também nos filiamos”.

Importante conferir jurisprudências legitimando essa informação:

#### **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 (STF – RE 338840/RS, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie. DJe de 12.09.2003).



**CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PROCESSO DISCIPLINAR. MILITAR. TRANCAMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 142, 2º, DA CF. CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL SOMENTE PARA EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO DA REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO MÉRITO DA IMPOSIÇÃO DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. No caso dos autos, o presente habeas corpus foi impetrado contra acórdão que afastou o cabimento da ação constitucional com o objetivo de trancar processo administrativo disciplinar militar.
2. Efetivamente, não obstante o disposto no art. 142, 2º, da Constituição Federal, os Tribunais Superiores admitem a impetração de habeas corpus para trancamento de processo administrativo disciplinar militar. Entretanto, as hipóteses de cabimento estão restritas à regularidade formal do procedimento administrativo disciplinar militar ou aos casos de manifesta teratologia.
3. Sobre o tema, os seguintes precedentes: STF - RHC 88.543/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 3.4.2007; STF - RE 338.840/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; STJ - RHC 27.897/PI, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 8.10.2010; HC 129.466/RO, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1º.2.2010; STJ - HC 80.852/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 28.4.2008.
4. Na hipótese examinada, a impetrante não alega qualquer vício formal no procedimento administrativo disciplinar, mas tão somente irresignação no tocante à legalidade da imposição da sanção disciplinar militar o que, por si só, afasta o cabimento de habeas corpus.
5. Habeas Corpus não conhecido.  
(TJM - HC 211.002/SP, 2ª Turma, Rel. Min Mauro Campbell Marques. DJe de 09.12.2011).

Ainda, Cunha e Silva, citados por Constantino (2001, p. 57), escrevem:

Não se queiram, porém, entender que, em se tratando de transgressão disciplinar, esteja afastada para sempre a hipótese do cabimento do *habeas corpus*. Na verdade, o que não comporta discussão judicial, quer no processo do *habeas corpus*, que no decurso da ação ordinária, 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.

E quando se fala em legalidade, quer-se aludir a todos os pressupostos que dão legitimidade tanto ao processo administrativo quanto à pena já imposta ou na iminência de o ser. Assim, a constituição da comissão, a presença ou ausência de todas as formalidades previstas na lei reguladora da matéria (estatuto ou regulamento), a competência da autoridade que ordenou a prisão (se de prisão de tratar), bem como o excesso do prazo legal da prisão e não configuração ostensiva da justa causa para o constrangimento, excluídos, pois, os casos duvidosos ou que dependam de certa indagação.

Ante o ilustrado, resta claro que o melhor posicionamento é o mais moderado, no qual a legalidade ou a constitucionalidade da punição jamais poderão deixar de ser objeto de apreciação judicial, não comportando discussão judicial apenas no que diz respeito ao mérito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal Brasileira de 1988 garante a todos o direito à liberdade de locomoção e, uma vez violado ou simplesmente presente a ameaça de violação, a referida lei Maior prevê expressamente um instrumento idôneo para a garantia de liberdade do indivíduo, o habeas corpus. Dessa forma, admite sua utilização nos casos de ilegalidade e abuso de poder, reconhecendo a exceção do cabimento nas transgressões disciplinares militares. Porém, o desvio à regra não é absoluto, em que pese a literal expressão do Texto Maior.

Na presente pesquisa intentou-se demonstrar esse paradoxo constitucional, explanando entendimentos doutrinários quanto à aplicação dos artigos 5º, LXVIII e 142, §2º da Constituição Federal e o devido cabimento de habeas corpus nas punições disciplinares militares. Um entendimento ocorre no sentido de que de forma alguma haverá a possibilidade de impetração de habeas corpus nas punições disciplinares, uma vez que devem ser protegidos os conceitos de hierarquia e disciplina, devendo ficar à margem de qualquer análise pelo Judiciário. E o entendimento mais acolhido é o de que a vedação constitucional do cabimento desse remédio constitucional (art. 142, §2º) não afasta a apreciação do judiciário quanto à ilegalidade ou à inconstitucionalidade dos atos disciplinares (art. 5º, XXXV), sendo que esta análise não pode, jamais, adentrar o mérito da punição disciplinar.

Diante de todo o exposto neste trabalho, resulta como considerações finais que, evidentemente, a melhor corrente a ser adotada, é a que permite a apreciação do poder judiciário nos casos de ilegalidade, apenas não adentrando no mérito da punição disciplinar, não sendo absoluta a vedação constitucional do artigo 142, §2º, uma vez que a sociedade militar também se submete aos princípios gerais do Direito. Pode (e deve) ser submetida ao controle do Judiciário, do qual ninguém é dado a furtar-se em um Estado Democrático de Direito.

A posição favorável deste acadêmico fundamenta-se no sentido de que, além de expressamente previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal tal apreciação por parte do Judiciário nos casos de ilegalidades, se feita uma análise quanto ao mérito no caso de punição disciplinar pelo Judiciário, correria o risco de estimular ou dar



ensejo a infundáveis conflitos judiciais entre superiores e subordinados, e por consequência, a inexorável queda da hierarquia e da disciplina. Portanto, a prerrogativa de analisar o mérito do ato administrativo deve ser dos Comandantes, Chefes e Diretores Militares, no que tange às transgressões disciplinares.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Riddel, 2010.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Militar**. 10ª ed. São Paulo: Riddel, 2010.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa de 1988**. Vade Mecum, 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça Militar. **Constitucional. Habeas Corpus. Processo Disciplinar. Militar. Trancamento. Interpretação do Art. 142, 2º, da CF. Cabimento da Ação Constitucional somente para exame pelo Poder Judiciário da Regularidade Formal do Processo. Hipótese não configurada nos autos. Impossibilidade de revisão do mérito da Imposição da Punição Disciplinar Militar. Precedentes do STF e do STJ. Habeas Corpus não conhecido**. HC 211.002, São Paulo. Rosana Petry Silva versus Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Relator: Min Mauro Campbell Marques. Acórdão de 1º de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21026517/habeas-corpus-hc-211002-sp-2011-0147291-7-stj/inteiro-teor>>. Acesso em 03 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR**. RE 338840, Rio Grande do Sul. Elson Edemar Oliveira de Andrade versus Supremo Tribunal Federal. Relatora: Min. Ellen Gracie. Acórdão de 19 de agosto de 2003. Disponível em <[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE\\_338840\\_RS%20\\_19.08.2003.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STF/IT/RE_338840_RS%20_19.08.2003.pdf)>. Acesso em 24 abr. 2013.

CONSTANTINO, L. S. **Habeas Corpus: liberatório, preventivo, profilático**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CUNHA, I. O. **Regulamento Disciplinar do Exército Comentado**. 1º ed. Curitiba: Comunicare, 2004.

CUNHA JR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FACULDADE ASSIS GURGACZ – FACULDADE DOM BOSCO. **Manual para Elaboração e apresentação de Trabalhos Acadêmicos**. 2011. Disponível em: <<http://www.fag.com.br>> Acesso em: 02/11/2012

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo, 2004.

ROSA, P. T. R. **Militares e habeas corpus: inconstitucionalidade do art. 142, § 2º, da CF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1593>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

TEMER, M. **Elementos de Direito Constitucional**. 23ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.