

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
JOÃO BATISTA INÁCIO

DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS:
HIPÓTESE DE IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS EM SEDE DE PRISÃO
ADMINISTRATIVA MILITAR

NATAL-RN

2010

JOÃO BATISTA INÁCIO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:
HIPÓTESE DE IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS EM SEDE DE PRISÃO
ADMINISTRATIVA MILITAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte como um dos pré requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Esp. Lídio Sânzio Gurgel Martiniano.

NATAL-RN

2010

JOÃO BATISTA INÁCIO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:
HIPÓTESE DE IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS EM SEDE DE PRISÃO
ADMINISTRATIVA MILITAR

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Campus Avançado de Natal da
Universidade do Estado do Rio Grande do
Norte como um dos pré requisitos para
obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em __/__/__

Prof. Esp. Lídio Sânzio Gurgel Martiniano (Orientador)
UERN

Prof^a. Esp. Déborah Leite da Silva (Examinadora)
UERN

Prof^a. Esp. Cláudia Vechi Torres (Examinadora)
UERN

Ao Deus todo poderoso, Criador dos céus e da terra, por ter me ajudado a suportar as adversidades e me orientado a tomar a decisão certa nos momentos de incerteza.

Aos meus pais, Geraldo e Francisca Inácio, que mesmo em meio a dificuldades, nunca mediram esforços para me manter frequentando o Curso.

Às minhas queridas esposa e filha, Luzineide e Noemi, por compreenderem os momentos em que estive ausente.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só foi possível graças:

Ao Deus todo poderoso, Criador do céu e da terra, que em momento algum me deixou só;

À Universidade do Estado do Rio Grande do Norte que me deu o suporte necessário;

Ao amigo Gláucio Tavares, companheiro nos grupos de trabalhos e nas viagens de Ceará Mirim à Natal durante os cinco anos de curso;

Às queridas colegas Kélia Lane e Érica Araripe por sempre me incentivarem a seguir firme em busca dos meus objetivos;

Aos professores do Curso de Direito do Campus Avançado de Natal da UERN, em especial o Prof. Lídio Sânzio que não mediu esforços na orientação deste trabalho;

Aos funcionários, Ana Lúcia, Denise e o meu amigo Adenilson, conhecido por todos como xeroqueiro.

“Se o homem falhar em conciliar a justiça e a liberdade, então falha em tudo”.
(Albert Camus).

RESUMO

A presente pesquisa tem como principal objetivo apontar hipóteses de impetração de *habeas corpus* em sede de prisão administrativa militar, face à vedação contida no §2º do art. 142 da Constituição Federal de 1988, posto que no seu artigo 5º, V XVIII, a Carta Constitucional brasileira assegura a todos a utilização do instituto quando alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer lesão no seu direito de locomoção. O estudo é desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica, assim como pesquisa na legislação relacionada ao assunto, mormente na Carta de Outubro, Constituição Portuguesa, Código de Processo Penal Militar e no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Rio Grande do Norte. A discussão em torno do tema se faz relevante na medida que checa a possibilidade de utilização do remédio heróico pelos militares em caso de transgressão disciplinar, de forma a garantir a essa parcela de cidadãos brasileiros, que possuem familiares e amigos, junto dos quais necessita estar nos momentos de folga, que não terão suas liberdades cerceadas por ilegalidade ou abuso de poder cometidos por autoridades do Estado. Concluindo, é proposta a impetração do *habeas corpus* pelos militares para discutir a legalidade da punição aplicada. Por se tratar de ato administrativo discricionário, a punição disciplinar pode ter sua legalidade discutida através do *writ* constitucional, não podendo, contudo, o Poder Judiciário adentrar no seu mérito. Negar aos militares a utilização do *habeas corpus* é colocá-los em um degrau abaixo dos piores criminosos, pois a estes é assegurado o emprego do mesmo.

Palavras chaves: *habeas corpus*; militar; Constituição

ABSTRACT

This research has as main objective point hypotheses petition of habeas corpus in the seat of administrative detention military in the face of the seal contained in § 2 of article 142 of the 1988 Federal Constitution, since in its Article 5, VXVIII the Constitutional Charter in Brazil ensures that all use of the institute when someone experiences or if you feel threatened with injury in his right of locomotion. The study is developed through literature review, research and legislation related to the subject, especially in the Federal Constitution of 88, the Portuguese Constitution, Code of Criminal Procedure and the Military Disciplinary Regulations of the Military Police of Rio Grande do Norte. The discussion around the issue becomes relevant in that it checks the usability of the heroic remedy by the military in case of disciplinary transgression, to ensure that the share of Brazilian citizens who have family and friends, to whom he needs to be in spare moments, they will not have their freedoms curtailed by illegality or abuse of power committed by state authorities. In conclusion, we propose the filing of habeas corpus by the military to discuss the legality of the punishment imposed. Because it is discretionary administrative action, disciplinary punishment may have discussed its legality through the constitutional writ and could not, however, the Judiciary enter on your merit. Deny the military the use of habeas corpus is to put them one rung below the worst offenders because they are guaranteed the use of heroic medicine.

Keywords: *habeas corpus*, military; Constitution

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

EB – Exército Brasileiro

FAB – Força Aérea Brasileira

HC – Habeas Corpus

MS – Mandado de Segurança

PM – Polícia Militar

RD – Regulamento Disciplinar

RDAER – Regulamento Disciplinar da Aeronáutica

RDE - Regulamento Disciplinar do Exército

RDM – Regulamento Disciplinar da Marinha

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NA CF/88.....	14
1.1. Definição.....	15
1.2. Abrangência.....	18
1.3. Do Direito de Igualdade.....	18
1.3.1. <i>Igualdade formal e igualdade material.....</i>	<i>20</i>
1.3.2. <i>Igualdade na lei e igualdade perante a lei.....</i>	<i>21</i>
1.4. Do Direito de Liberdade.....	21
1.4.1. <i>Liberdade de locomoção.....</i>	<i>22</i>
2. O HABEAS CORPUS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	24
2.1. Escorso Histórico.....	24
2.2. Conceito.....	28
2.3. Hipóteses de Cabimento.....	29
2.4. Espécies de <i>Habeas Corpus</i>	30
2.5. Legitimidade Ativa e Passiva.....	31
2.6. O <i>Habeas Corpus</i> na Constituição Portuguesa.....	32
2.7. O <i>Habeas Corpus</i> sob ótica do art. 142, §2º da CF/88.....	33
2.7.1. <i>Os militares na CF/88.....</i>	<i>33</i>
2.7.2. <i>Conceito de transgressão disciplinar militar.....</i>	<i>38</i>
2.7.3. <i>Espécies de punições disciplinares militares.....</i>	<i>39</i>
2.7.3.1. <i>Prisão administrativa militar – características.....</i>	<i>40</i>
3. O HABEAS CORPUS COMO MEIO DE DISCUTIR A LEGALIDADE DA PRISÃO ADMINISTRATIVA MILITAR.....	42
3.1. Poder Administrativo Disciplinar – Conceito.....	47
3.2. Poder Discricionário.....	48
3.3. Mérito Administrativo.....	49
3.4. Ato Administrativo – Conceito e Atributos.....	50

3.5. Processo Administrativo Disciplinar Militar.....	53
3.5.1. <i>Princípio do Devido Processo Legal</i>	54
3.5.2. <i>Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório</i>	56
3.6. Competência para Conhecer e Julgar o <i>Habeas Corpus</i> em sede de Prisão Administrativa Militar.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, após um longo período de exceção, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República (art. 1º). Em observância a esse fundamento, previu uma gama de direitos fundamentais do homem, quer seja considerado na sua individualidade, quer seja coletivamente. Direitos como o de liberdade de locomoção e de expressão, direito de propriedade, direito de reunião e de associação, dentre outros, consubstanciando-se em um mínimo necessário para uma relação salutar entre o homem e o Estado.

Não bastasse o reconhecimento dos direitos, o Texto Constitucional trouxe vários instrumentos que podem ser manuseados para garantir a eficácia desses direitos, são as chamadas garantias fundamentais, dentre as quais pode-se citar o mandado de segurança, mandado de injunção e, com maior destaque, o *habeas corpus*. Destarte, o remédio heróico, que teve sua gênese no direito estrangeiro, mas adotado no Brasil desde a época imperial, é uma das principais garantias fundamentais, tendo como objetivo a garantia da liberdade de locomoção do indivíduo.

Não se pode olvidar que a Carta Cidadã dissipou as vedações existentes nas Constituições anteriores em relação ao *habeas corpus*, persistindo apenas a previsão da impossibilidade de manuseio do instituto quando se tratar de punições disciplinares militares, consoante insculpido no art. 142, §2º da CF/88, previsão reproduzida das Constituições de 67 e 69.

É motivo de discussão na doutrina e jurisprudência a amplitude do texto constitucional que veda a utilização do *writ* pelos militares para garantir o seu direito de liberdade, haja vista se tratar de cidadãos amparados pelo manto constitucional.

Tendo essa discussão como ponto de partida, a presente pesquisa buscará investigar o escorso histórico do direito de igualdade, de modo a entender qual a real amplitude do termo “sem distinção de qualquer natureza”, contido no *caput* do art. 5º do Estatuto Básico; analisar o surgimento do *habeas corpus* como instrumento de proteção do direito de liberdade de locomoção, objetivando entender sua importância no controle da ilegalidade e do abuso de poder praticados pelo Estado; checar as características peculiares dos servidores públicos militares que os diferenciam dos demais servidores; demonstrar a importância de se observar os

ditames legais na aplicação de sanções disciplinares, como forma de preservar a hierarquia e a disciplina militares, tudo com o objetivo de, ao final, apresentar a possibilidade de utilização, pelos militares enquanto cidadãos, do remédio heróico para discutir a legalidade da prisão administrativa aplicada, visando coibir os excessos praticados pelas autoridades da caserna.

O tema do presente trabalho ganha notoriedade no universo jurídico após as previsões constitucionais de garantias, como a da inafastabilidade da jurisdição, da observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, devendo, por isso, ser visto com maior atenção pela doutrina e jurisprudência.

Para se verificar a hipótese de impetração do *habeas corpus* pelos militares no caso de prisão administrativa decorrente de transgressão disciplinar, inicialmente é feito um estudo à cerca dos direitos fundamentais no vigente Estatuto Básico, sobretudo dos direitos de igualdade e liberdade com os seus desdobramentos, por estarem diretamente ligados ao objetivo da pesquisa em tela.

Em seguida, é examinada a evolução do instituto do *writ*, desde seu nascedouro, até os dias hodiernos. Para tanto, é tomado como base alguns documentos jurídicos, a exemplo da Lei Maior. É analisado, ainda, as diversas espécies de *habeas corpus*, as hipóteses de seu cabimento e as autoridades competentes para conhecê-lo e julgá-lo, assim como o *writ* sob a perspectiva do art. 142, §2º da CF/88. Nesse momento, é apresentado o conceito de transgressão disciplinar, assim como as espécies de punições aplicadas aos milicianos, enfatizando-se a prisão administrativa em sua modalidade específica.

Por fim, é analisado o remédio heróico como meio de discutir a legalidade da prisão administrativa aplicada ao militar, sendo apresentado o posicionamento de vários doutrinadores e tribunais pátrios, existindo uma corrente que entende ser perfeitamente cabível o manejo do *habeas corpus* pelos milicianos, haja vista se tratar de ato administrativo e este não poderia fugir do crivo do Judiciário, enquanto outra corrente interpreta de forma literal o texto do art. 142, §2º, não admitindo a possibilidade da impetração do guardião da liberdade em favor dos militares. Há, ainda, uma terceira corrente que entende ser o mandado de segurança o instrumento adequado para discutir a legalidade da punição, posto que, segundo esse entendimento, seria um direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

Para entender os posicionamentos supracitados, é trazido à baila os conceitos de ato administrativo, poder administrativo disciplinar, poder discricionário, mérito administrativo e hierarquia e disciplina, encerrando-se esse estudo com a análise da competência para conhecer e julgar o *writ* em sede de prisão administrativa militar.

Nas considerações finais, fazendo-se um paralelo entre os posicionamentos doutrinários concernentes ao tema proposto, é lançado um novo fundamento para a utilização do *habeas corpus* pelos milicianos nas prisões administrativas específicas sem, no entanto, se afastar do pensamento doutrinário e jurisprudencial.

A relevância do trabalho ora desenvolvido fica evidenciada na medida em que apresenta a possibilidade de utilização do remédio heróico pelos milicianos, posto que ilegalidade e abuso de poder não ocorre apenas na esfera civil, mas pode, de igual sorte, ocorrer na caserna, não podendo os castrenses ficarem à mercê dos caprichos de algumas autoridades militares descompromissadas com a observância dos ditames constitucionais.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho será, sobretudo, a pesquisa bibliográfica, enfatizando-se a investigação da doutrina que versa sobre o *habeas corpus*, enquanto instrumento de proteção do direito de liberdade de locomoção, principalmente no que atine à sua utilização pelos castrenses, em sede de prisão administrativa decorrente de transgressão disciplinar, em face do que estabelece a referida norma constitucional.

Também será feita pesquisa na legislação, atual e pretérita, constituições, Estatutos, leis específicas, de modo a esclarecer o real desejo do legislador constituinte ao elaborar o Texto Constitucional que embasa o presente trabalho e demonstrar a sustentação do entendimento atual sobre a problemática, principalmente jurisprudencial.

Concernente ao método de abordagem, a este trabalho científico foi aplicado o método dialético, buscando-se expor os diversos posicionamentos acerca da problemática em análise, de modo a tornar claro o posicionamento ora adotado.

Por derradeiro, o trabalho foi estruturado consoante as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), assim como as exigências contidas no Projeto Político Pedagógico da Instituição (PPP/UERN).

1. DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NA CF/88

Os direitos fundamentais, gênero do qual os direitos individuais são espécie, constituem tema estudado pela Filosofia do Direito, pela Teoria do Estado, Pelo Direito Constitucional e pelo Direito Internacional.

Inicialmente será feito um estudo dos direitos humanos fundamentais sob uma perspectiva histórica, por entendermos ser de suma importância para entender o seu processo evolutivo, por orientar o sistema de valores e a concepção de mundo, em torno da qual acontece a sua transformação. Não se pode, todavia, esquecer o caráter jurídico-político desses direitos.

Os Direitos individuais, entendidos como inerentes ao homem e oponíveis ao Estado, surgiram no final do Século XVIII, com as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos.

Não existiram na antiguidade grega e romana. A *polis* grega e a *civitas romana* absorviam o homem na sua dimensão individual, não se manifestando a liberdade como direito autônomo. Mesmo nas Artes e na Religião, não se concebia o homem na sua individualidade, já que era absorvido pelo todo como dimensão da comunidade política.

O cristianismo é tido como marco inicial dos direitos fundamentais, manifestados nas parábolas de Jesus sobre o reino dos céus: a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus.

Na Inglaterra medieval, os direitos fundamentais foram marcados pelo pragmatismo e significaram concessões ou privilégios para a igreja, nobreza, corporações, não se reconhecendo direitos universais, mas concretos, em relação aos que os subscreviam.

Foi, no entanto, com a Revolução Francesa de 1789 que os direitos fundamentais ganharam universalidade, pois as declarações de direitos eram fundadas em bases filosóficas e teóricas, destacando-se o *Contrato Social* de Rousseau.

Assim, surge na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se afirmava, no seu artigo 16, que “toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição”, verificando-se, aí uma íntima conexão entre os direitos fundamentais e o princípio da separação de Poderes, e o caráter de

universalidade e permanência dos direitos naturais: “todos os homens nascem livres e iguais em direitos”.

Também as declarações de direitos surgem nos Estados Unidos, iniciando-se com as de Virginia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776, e, depois, as dez primeiras emendas Constitucionais de 1787, e outras que vieram completá-las.

Não poderia deixar de ser mencionado o enunciado das gerações de direitos fundamentais erguidos no ideal da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

No campo jurídico-político, a expressão “direitos e garantias fundamentais” tem sido utilizada pela doutrina para designar o direito das pessoas, em face do Estado, que constituem objeto da Constituição. Tal expressão justifica-se por revelar uma relação direta e imediata entre a Constituição e os direitos que o nome sugere.

Desse modo, os direitos fundamentais podem ser entendidos, segundo Canotilho (CANOTILHO, 2006, p. 359) num duplice aspecto: direitos fundamentais formalmente constitucionais, ou seja, aqueles enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal, e outros que a Constituição admite como tais, constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional, denominados de direitos materialmente fundamentais. Nessa perspectiva, arremata Canotilho (CANOTILHO, 2006, p. 359): direitos fundamentais seriam os direitos subjetivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto-realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal.

1.1. Definição

Estão elencados no art. 5º da Constituição Federal de 88 os denominados direitos e garantias individuais. Tal dispositivo é iniciado aduzindo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Essa declaração quanto ao direito de igualdade se reveste de especial importância, na medida em que serve de norte para o intérprete no momento da observância dos direitos fundamentais do homem.

Os direitos individuais, segundo classificação de José Afonso da Silva, são espécies do gênero direitos fundamentais. Para esse constitucionalista, os direitos fundamentais, com base na Carta de Outubro, classificam-se em: direitos individuais,

direitos coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos (SILVA, 2007, p. 184).

Segundo lição de Kildare Gonçalves Carvalho (CARVALHO, 2008, p. 694):

Os direitos individuais são aqueles que se caracterizam pela autonomia e oponibilidade ao Estado, tendo por base a liberdade – autonomia como atributo da pessoa, relativamente a suas faculdades pessoais e a seus bens.

Dessa forma, direitos individuais são aqueles que conferem autonomia ao indivíduo, assegurando-lhe independência em face dos demais componentes da sociedade e do Estado.

Elencando o rol dos direitos e garantias individuais, o art. 5º da Carta Cidadã inicia, no seu *caput*, tratando do direito de igualdade, aduzindo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Essa afirmação é muito importante no campo prático, haja vista servir de norte para o intérprete no momento de assegurar os direitos fundamentais do cidadão. Em seguida, o dispositivo faz menção ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, sua inviolabilidade.

Atinente às garantias individuais, embora não se faça menção expressa no referido texto do art. 5º, elas ali estão contidas. As garantias estão presentes entre os direitos ali elencados, sendo elas instrumentos para fazer valer os direitos assegurados, contra abusos cometidos pelo Estado.

Não há consenso na doutrina sobre a conceituação de garantias constitucionais, entendendo-se até mesmo como se confundindo com os próprios direitos fundamentais, se concebidas como limitações impostas ao Poder Público. Em vez de se utilizarem da expressão “garantias constitucionais”, alguns autores preferem chamar de “remédios constitucionais” os processos previstos na Constituição para a defesa dos direitos violados (*habeas corpus*, mandado de segurança, dentre outros).

Assim, diante dos diversos conceitos trazidos pela doutrina, entendemos que as garantias constitucionais são as determinações e procedimentos mediante os quais os direitos inerentes à pessoa humana obtêm uma tutela concreta. Dessa forma, passaremos ao exame de algumas delas.

Inicialmente serão tratadas algumas garantias criminais, em razão de estarem ligadas ao tema do presente trabalho. Tais garantias têm por escopo a

liberdade pessoal (direito de locomoção e direito a segurança individual), incluindo-se as constantes dos seguintes incisos do artigo 5º: proibição de os juízes ou tribunais de exceção (inciso XXXVII); julgamento dos crimes dolosos contra a vida pelo tribunal do júri (inciso XXXVIII), notando-se o fortalecimento da instituição do júri pelos princípios da plenitude de defesa, sigilo das votações e soberania dos veredictos; garantia do juiz competente (incisos LIII e LXI); comunicação de toda prisão ao juiz competente (inciso LXII); o contraditório e a ampla defesa, que se estendem ao processo administrativo (inciso LV); anterioridade da Lei penal (inciso XL); individualização da pena (inciso XLVI); personalização da pena (inciso XLV); proibição de penas de banimento, prisão perpetua, trabalhos forçados e de morte; salvo, neste último caso, em caso de guerra declarada (inciso XLVIII) proibição de prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (inciso LXVII); presunção de inocência (inciso LVII).

Dentre as garantias constitucionais, a que merece destaque, não apenas por ser objeto do presente estudo, mas por ser verdadeiro instrumento de tutela de um dos principais direitos do homem, é o *habeas corpus*. O remédio heroico tutela a liberdade de locomoção: “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” (art. 5º, LXVIII).

O estudo pormenorizado, desse que é o verdadeiro guardião da liberdade ambulatorial do indivíduo, será realizado em momento oportuno.

Ainda, merece realce as garantias jurisdicionais, as quais asseguram ao cidadão a possibilidade de terem, na forma da lei, suas querelas apreciadas por órgãos competentes do Poder Judiciário. A primeira garantia jurisdicional vem tratada no art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão a direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário. Também são garantias jurisdicionais o princípio do juiz competente (art. 5º, LIII), segundo o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Também são encontradas no texto constitucional as garantias processuais. Dentre essas garantias merece destaque a do devido processo legal, agora expressamente prevista no art. 5º, LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de

seus bens sem o devido processo legal”), a do contraditório e da ampla defesa, asseguradas no art. 5º, LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”). Note-se que a Constituição estende a garantia do contraditório e da ampla defesa aos processos administrativos.

De fato, para que se possa decidir a lide, necessário se faz que sejam ouvidas as partes litigantes, sem o que não haverá julgamento justo e nem garantia de liberdades constitucionais.

O devido processo legal, em sentido formal, compreende a ampla defesa, o contraditório e outras garantias enunciadas na Constituição. Já no sentido material, diz respeito à necessidade de observar o princípio da proporcionalidade, com observância da vida, da liberdade e da propriedade.

Ainda são encontradas nos texto da Carta Magna as garantias civis, tributárias e políticas que, por não assistirem importância para a presente pesquisa, não serão abordadas.

1.2. Abrangência

O Capítulo I do Título II da Carta de Outubro trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. O que interessa ao presente trabalho, por óbvio, é a análise dos direitos individuais, estes elencados no art. 5º. Da análise desse dispositivo constitucional, verifica-se que os direitos individuais abrangem: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à igualdade, o direito à propriedade e o direito à segurança, cada qual com seus desdobramentos próprios.

Por estarem diretamente ligados aos objetivos do presente trabalho, serão explorados, apenas, os direitos referentes à igualdade e à liberdade.

1.3. Do Direito de Igualdade

A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito. O direito de igualdade se reveste de singular importância por refletir, direta ou indiretamente, em outros previstos na Constituição.

A Norma Ápice de 1988 inicia o Título da Declaração de Direitos, aduzindo, no *caput* do art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A igualdade também é objetivo fundamental do Estado Brasileiro, como se verifica no art. 3º, IV, da Lei Maior.

Outros desdobramentos do direito de igualdade podem ser verificados quando a Constituição, no seu art. 7º, tratando dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

O princípio da igualdade, por mais paradoxal que possa parecer, é o que mais tem dividido o homem. É que as Constituições só têm previsto a igualdade jurídico-formal, entendida como igualdade de oportunidades e igualdade perante a lei. Acontece que essa previsão não tem sido suficiente para que se efetive a igualdade material, ou seja, a igualdade de todos os cidadãos ao acesso aos bens da vida.

A análise de tal princípio não é algo muito simples, pois ao examiná-lo deve ser considerado que, malgrado sejam iguais em dignidade, os homens são dotados de características peculiares que os tornam sobremaneira desiguais.

Por isso, já atento a essas diferenças, Aristóteles (A POLÍTICA, p. 111) definia igualdade como sendo, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida que se desiguam. Nesse diapasão, o enunciado do art. 5º da CF/88, deve ser entendido nos seus termos, pois prever igualdade onde existe desproporção flagrante não é garantir igualdade real, ao revés, se está suscitando desigualdade, e desigualdade condenável.

A questão, portanto, é saber quem são os iguais e quem são os desiguais.

Para isso, necessário se faz conhecer os fatores de desigualação, já que, como visto, as coisas, os seres, e as situações, se apresentam pontos comuns, revelam diferenças em alguns aspectos ou circunstâncias.

Como então identificar as desigualações sem que haja o comprometimento do princípio da igualdade sob, naturalmente, um ponto de vista normativo?

Kildare Gonçalves Carvalho, citando lição de Rawls, (RAWLS apud CARVALHO, 2008, p. 732) assim se expressa:

Os dois princípios de justiça, consoante Rawls, são: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras; segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser

ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo, a) consideradas para todos dentro dos limites do razoável, e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Os princípios de justiça estão ordenados hierarquicamente; existe uma prioridade absoluta do primeiro princípio sobre o segundo, o que significa que considerações sobre o crescimento, ou questões de oportunidade, não podem em nenhum caso ter prioridade relativamente ao respeito estrito das liberdades fundamentais. Por exemplo: não se poderia limitar a liberdade de expressão baseado em que as críticas de oposição trariam como consequência perturbações sociais e uma desaceleração do crescimento. O princípio da igualdade, como se vê, não é absoluto, como nenhum direito o é.

Finalmente, cumpre destacar, no âmbito do direito de igualdade, a existência de medidas de desigualação denominadas de afirmativas, e consideradas positivas porque têm o condão de corrigir desvantagens que minorias teriam sofrido no passado. As ações afirmativas envolvem um conjunto de iniciativas ou políticas públicas que têm por escopo favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição na sociedade em razão, na maioria das vezes, da prática de discriminação negativa, presentes ou passadas. É exemplo dessas medidas, por exemplo, o estabelecimento de cotas para negros nas universidades públicas.

1.3.1 Igualdade Formal e Igualdade Material

A igualdade formal é confundida no ordenamento jurídico brasileiro com a igualdade perante a lei, significando que a lei e sua aplicação tratam todos da mesma forma sem atentar para as distinções de grupos.

Por seu turno, a igualdade material está traduzida nos incisos XXX e XXXI do art. 7º da Lei Maior, que estabelecem regras de igualdade material, na medida que proíbem distinções baseadas em certos fatores, como os elencados outrora. O Estatuto Básico, assim, procura aproximar os dois tipos de igualdade, posto que, não se restringiu a tratar apenas da igualdade perante a lei.

1.3.2. Igualdade na Lei e Igualdade perante a Lei

Segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2007, p. 215), no ordenamento jurídico brasileiro não há distinção entre as expressões, tendo relevo a diferenciação apenas no direito alienígena, onde a igualdade na lei corresponde à exigência de nas normas jurídicas não conter distinções que não sejam permitidas pela própria Norma Ápice; enquanto que a igualdade perante a lei corresponde à obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade com que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação. Conclui o ilustre constitucionalista, dizendo que segundo esse pensamento, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência direcionada tanto àqueles que criam as normas gerais como àqueles que as aplicam.

No Brasil a doutrina é uníssona, entendendo que o princípio da igualdade tem como destinatários, tanto o legislador como os aplicadores da lei. E não poderia ser diferente, posto que o legislador ao elaborar a lei não pode estabelecer privilégios, especialmente em razão de classe ou posição social, da raça, da religião ou do sexo do indivíduo. Do mesmo modo, o juiz ao aplicar a lei deve dar a ela sempre o entendimento que não crie privilégios de espécie alguma.

1.4. Do Direito de Liberdade

A discussão acerca do direito de liberdade tem raízes antigas, ganhando maior relevância a partir do século XVIII.

A ideia de liberdade do indivíduo para atuar junto ao Estado consiste no núcleo da ideologia liberal, que desencadeou as revoluções do século XVIII. Sem dúvida, no lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), a liberdade foi o axioma que mais se enquadrou na doutrina do liberalismo. Como o liberalismo era eminentemente burguês, interessava mais aos capitalistas da época a defesa da liberdade do que uma atuação que objetivasse uma igualdade material na sociedade.

Muitas teorias têm tentado conceituar liberdade. Algumas a definem como sendo a resistência à opressão da autoridade ou do poder. Para José Afonso da

Silva (SILVA, 2007, p. 233), “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Segundo ele, esse conceito abarca todos os elementos objetivos e subjetivos indispensáveis à ideia de liberdade. Esses elementos são o poder de atuação em resistência à opressão e a busca da felicidade pessoal, sendo contrário à liberdade tudo que vier a impedir a coordenação desses elementos.

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho (CARVALHO, 2008, p. 712), a liberdade “consiste no estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições”. Deve-se destacar que, em uma democracia, o respeito ao direito de liberdade é essencial ao bom andamento do regime. Entenda-se como respeito à liberdade a criação de leis que tolham a liberdade do indivíduo apenas em proveito do bem comum do povo. Ou seja, é necessário que as leis criadas sejam legítimas.

Assim, liberdade é a inexistência de obstáculos que inviabilizem a existência de condições sociais favoráveis que, na atual civilização, são as garantias indispensáveis à felicidade humana.

Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, onde a sociedade é regida por normas jurídicas, a liberdade consiste em fazer tudo o que a lei não proíbe e se recusar a fazer tudo o que ela não determina.

Todavia, a liberdade como núcleo dos direitos fundamentais, não é apenas negativa, ou seja, liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga, mas liberdade positiva, que consiste na retirada dos impedimentos que possam obstruir a auto-realização da personalidade humana, o que implica na obrigação, pelo Estado, de assegurar os direitos sociais através de prestações positivas com vistas a proporcionar as bases materiais para a efetivação daqueles direitos.

1.4.1 Liberdade de Locomoção

A liberdade de locomoção é tratada na Norma Ápice no seu art. 5º, XV, que assevera que é livre a locomoção no território nacional, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. Para José Afonso da Silva (SILVA, 2007, p. 237), a liberdade de locomoção “constitui o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico, abolida que foi a escravidão”. O

direito de liberdade de locomoção é protegido pelo *habeas corpus*, assegurando a CF, no inciso LXVIII, do art. 5º 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.

Isso se dá porque o direito de liberdade de locomoção é inerente à pessoa humana, sendo indisponível no Estado Democrático de Direito, não podendo qualquer autoridade suscitar meios de inibir o direito de ir e vir do indivíduo sem a devida fundamentação legal. Corroborando esse entendimento, Alexandre de Moraes (MORAES, 2007, p. 116, *apud* PIMENTA BUENO), aduz:

Posto que o homem seja membro de uma sociedade, ele não renuncia por isso suas condições de liberdade, nem os meios racionais de satisfazer a suas necessidades ou gozos.

Trata-se, portanto, da liberdade da pessoa física, segundo a qual “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (art. 5º, XV). O direito de ir, vir e ficar é protegido, como visto, pelo *habeas corpus*. O direito de circulação no território nacional, em tempo de paz, é livre, observando-se, todavia, os ditames legais.

Dessa forma, apenas com prévia permissão legal se pode tolher a liberdade de locomoção, assegurado que está na Carta Magna. Nesse sentido, o próprio texto constitucional prevê a hipótese de limitação do direito de liberdade de locomoção no seu art. 139, quando na vigência do estado de sítio decretado. Vale salientar, ainda, que essa limitação constitucional refere-se a uma situação excepcional, dada a importância do respeito ao direito de liberdade de locomoção.

2. O HABEAS CORPUS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Foi nos Estados Unidos que, pela primeira vez, em 1787, figurou o *habeas corpus* no texto constitucional como garantia. Antes desse momento, a previsão do remédio heroico era apenas legal, como ocorria na Inglaterra, por exemplo, lugar onde foi seu nascedouro. No Brasil, o guardião da liberdade de locomoção só veio a ganhar status constitucional em 1891, com a primeira Constituição da República. A seguir far-se-á um estudo pormenorizado acerca do instituto.

2.1. Escorso Histórico

A origem do *writ*, segundo a mais abalizada doutrina, se deu, de forma delineada, na Inglaterra em 1215, com a *Magna Carta Libertatum*. É o que assevera José Afonso da Silva (SILVA, 2007, p. 444):

Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita.

Apesar de existir previsões legais da proibição de prisão ou detenção de homem livre sem prévia condenação por seus pares, ou pelas leis do país, era necessário que a Magna Carta de 1215 trouxesse, em seu bojo, a regulamentação dos instrumentos processuais aptos a proteger a liberdade. Foi com esse objetivo que os barões impuseram ao rei João-Sem-Terra a criação da referida carta.

Contudo, mesmo com a elaboração desta, os problemas atinentes aos abusos cometidos pelo Estado continuaram a existir. Isso se deu porque não havia garantias claras com relação ao manejo do remédio heróico. Face a essa situação, por muitas vezes a Magna Carta foi desrespeitada, o que levou o povo a reivindicar efetivas garantias individuais.

O protesto do povo inglês resultou na criação do *Habeas Corpus Act*, em 1679, tendo este instituto estabelecido o procedimento a ser adotado na utilização do remédio heroico. A elaboração do citado instituto representou um grande avanço na luta pela liberdade, posto que, além da previsão do direito, previa a garantia de sua fruição.

Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda (MIRANDA 1999, *apud* SANTANA 2009, pag. 32):

Os seus princípios já estavam nos pactos dos barões de 1215; e o próprio nome *habeas corpus* já era usado havia séculos. Mas os direitos firmam-se quando têm garantias e o velho sistema processual do século XIII não lhes dava.

Em que pese a evolução da garantia de liberdade trazida pelo instituto de 1679, este, com o passar do tempo, restou insuficiente para combater os abusos cometidos pelo Estado inglês. É que o *Habeas Corpus Act* de 1679 apenas protegia as pessoas que tinham sua liberdade tolhida baseada em acusação de crime, de modo que não podiam manusear o instrumento protetivo as pessoas detidas por outras espécies de acusações. Esse fato se agrava porque não existia, sequer, outro remédio pelo qual podia se discutir a legalidade da prisão.

Para suprir essa lacuna existente, foi criado o *Habeas Corpus Act* de 1816. A partir desse momento, o remédio heroico passou a tutelar qualquer pessoa que tivesse sua liberdade tolhida, não importando se se tratava de crime ou qualquer outra infração. Assim, o guardião da liberdade de locomoção passou a ser a garantia contra qualquer forma de coação ilegal à liberdade corpórea.

Nesse sentido, assim assevera Guilherme Camargo Massaú (MASSAÚ, 2007, p. 11):

Com o desenrolar do tempo e novas exigências no campo político jurídico, e pela flexibilidade do mecanismo processual – “informalidade” e “agilidade” – do *Habeas Corpus*, ou seja, com a possibilidade ampla de abranger várias situações de fato, é cabal gizar o *Habeas Corpus Act* de 1816; esse alargou o raio de ação do *Act* de 1679, atingindo situações de limitações de liberdade oriundas da esfera civil e aquelas respeitantes à atuação do poder discricionário administrativo.

Essas garantias conquistadas representaram, sem dúvida, um grande avanço na luta pelo direito de tutela da liberdade. Todavia, não se pode olvidar que até esse momento da história do *habeas corpus*, o instituto possui previsão, apenas, legal.

Foi nos Estados Unidos que o remédio heroico ganhou, pela primeira vez, status constitucional, com a promulgação da Constituição de 1787. A migração do instituto se deu com a colonização dos Estados Unidos da América pelos ingleses. Os colonos não admitiam maiores interferências arbitrárias do Estado em suas relações, valendo-se do *habeas corpus* para tutelar suas liberdades.

A elevação ao patamar constitucional do *writ* foi, sem dúvida, a maior contribuição americana para a evolução do instrumento de tutela da liberdade de locomoção.

No Brasil, por sua vez, o *habeas corpus* foi reconhecido como garantia de tutela do direito de liberdade de ir, vir e ficar com o Código de Processo Criminal de 1832. Embora outras legislações, como o Decreto de 23 de maio de 1821 e o Código Criminal, reconhecessem o direito de liberdade de locomoção, não havia nenhuma garantia expressa que o assegurasse. Assim, estabelecia o art. 340 do mencionado código de processo:

Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem o direito de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor.

Pontes de Miranda (MIRANDA, 1999, *apud* SANTANA, 2009, p. 35), assim resume o processo de criação e evolução legislativa do *habeas corpus* no Brasil:

- a) A Constituição do Império, na esteira do Decreto de 23 de maio de 1821, deu-nos o direito subjetivo constitucional à liberdade.
- b) O Código Criminal, arts. 183-188, aludiu ao *habeas corpus*, que se não regulou desde logo; mas os arts. 183-188, foram, evidentemente, o foco criador do instituto: digamos, da *pretensão*. Pensamos mesmo que os juízes não podiam negá-lo, em 1831, isto é, poderia ter sido provocada a criação jurisprudencial da ação e do remédio. Não no foi.
- c) O Código de Processo Criminal criou o remédio jurídico processual com o nome de *habeas corpus*.

Do mesmo modo como ocorreu na Inglaterra, o *writ* no Brasil foi concebido, inicialmente, apenas a nível de legislação infra-constitucional.

Foi com o advento da primeira Constituição republicana de 1891 que o *habeas corpus* veio a ser elevado à garantia constitucional. Inicialmente, no texto arquitetado por Rui Barbosa, o *writ* se prestava a garantir toda sorte de direitos subjetivos, não se restringindo a tutelar o direito de ir, vir e ficar. Esse fato deu azo à chamada doutrina brasileira do *habeas corpus*. A esse respeito, colaciona-se lição de Ruy Barbosa (RUY BARBOSA *apud* SILVA, 2008, p. 445):

Logo, o *habeas corpus* hoje não está circunscrito aos casos de constrangimento corporal: hoje o *habeas corpus* se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade.

Inferre-se disso, que violações ou ameaças a direitos civis também eram tuteladas pelo remédio heróico. Contudo, o reconhecimento deste, no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento de proteção exclusiva do direito de liberdade ambulatorial se deu somente com a Emenda Constitucional de 1926. A partir desse

momento, todas as Constituições pátrias trouxeram o *writ* como o instrumento hábil a tutelar exclusivamente o direito de locomoção.

Na Constituição de 1934, o remédio heroico não sofreu qualquer alteração em relação ao texto da Carta de 1926. Todavia, registro importante faz Fernando Otero Caamaño (CAAMAÑO, 2009, p. 44-45) em relação ao instituto nesse momento da sua história:

Ultrapassada a crise de 1930, consolida-se o processo liberal-democrático com a Constituição de 1934. O instituto do *habeas corpus* consagrado nesta Carta em nada altera o já consagrado pela Emenda de 1926, todavia uma importante restrição era consubstanciada neste texto: a negativa da concessão no caso de transgressões disciplinares. Albergou, o Constituinte, a limitação imposta pelo Governo Provisório de 1930.

Eis o marco da vedação do manejo do *habeas corpus* pelos militares em se tratando de transgressões disciplinares, o que seria, desde então, repetido por todas as demais Constituições pátrias. Assim estabelecia o art. 113, n. 23 da Constituição de 34: “Dar-se-á o *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*”.

A posterior Constituição, a de 1937, não reconheceu a utilização da espécie preventiva, resalvando que somente se utilizaria o *writ* quando da efetiva lesão da liberdade de locomoção. Esse deslize somente viria a ser corrigido com o Decreto lei 3.689/41, que instituiu o Código de Processo Penal. Assim, asseverava o art. 647 do Código: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. Esse dispositivo legal trouxe as hipóteses caracterizadoras da coação ilegal, ensejadoras do manejo do remédio heroico para combatê-la.

Após um período de clausura política, é promulgada a Carta Constitucional de 1946. Esse diploma normativo retomou a tônica do instituto do *habeas corpus* consagrada antes da Carta de 37 e reconheceu a utilização do *writ* tanto nos casos de lesão quanto nos casos de ameaça ao direito de locomoção. Manteve-se a vedação para os militares. Assim, rezava o art. 141, §23:

“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. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.”

A Constituição de 67, no art. 150, §20, manteve a mesma redação da Carta que lhe antecedeu. No decorrer de todo esse período, a única restrição à utilização do *writ*, além da hipótese de transgressão disciplinar, foi consubstanciada no Ato Institucional nº 5 de 1968, que suspendera a garantia nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional e social e contra a economia popular.

Por fim, após longo período de exceção política, promulga-se a Carta Cidadã, que estabelece no seu artigo 5º, LXVIII:

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

Nesse Diploma, a vedação ao manejo do remédio heróico, que antes era prevista para qualquer transgressão disciplinar, passou a restringir somente as punições disciplinares militares. Essa previsão encontra-se esculpida no art. 142, §2º do texto constitucional. Assevera este dispositivo: “Não caberá *habeas corpus* em relação a transgressões disciplinares militares”.

Como pode ser percebido, a partir da Constituição de 1934, elaborada em um momento de clausura política, a vedação do *writ* aos castrenses vem sendo adotada em todos os demais Estatutos Básicos pátrios.

2.2. Conceito de *Habeas Corpus*

O *habeas corpus* é garantia constitucional destinada à defesa da liberdade de locomoção. A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXVIII, estabelece que se concederá *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. É garantia fundamental contra o arbítrio, em especial, contra o arbítrio do Estado, uma vez que a ilegalidade e o abuso de poder cometidos por particulares, freqüentemente, caracterizam, de plano, um crime contra liberdade, passível de imediata intervenção estatal, através dos órgãos de segurança pública ou mesmo de qualquer um do povo. A ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo Estado e seus agentes contra quem sofre ou se acha ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, nem sempre configuram, de plano, crimes, de tal forma que o remédio jurídico a ser empregado é o *writ* constitucional.

Em estudo sobre a evolução do remédio heroico, assim conclui Dante Bussana o seu raciocínio (BUSSANA, 2009, p. 14):

criatura da *commom law*, o *habeas corpus* tem história curiosa. Evoluiu no curso dos séculos, lentamente, como evoluiu a sociedade, com avanços e recuos, até consolidar-se como suprema garantia do indivíduo contra detenções ilegais.

A definição de *habeas corpus* como sendo a suprema garantia do indivíduo contra detenções ilegais, trazida pelo eminente autor, parece não albergar as previsões do Texto Constitucional, isso porque, na definição suso citada, não faz qualquer menção à possibilidade de utilização do *writ* quando se tem apenas a ameaça ao direito de liberdade de locomoção.

Noutra esteira, andou melhor Alexandre de Moraes (MORAES, 2007, p. 113) quando, conceituando o instituto, assim discorreu:

Portanto, o *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo juiz ou tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar.

Ainda, Nestor Távora (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 895-896), citando Dirley da Cunha Junior, conceitua o remédio heroico como sendo:

Uma ação constitucional de natureza penal destinada especificamente à proteção da liberdade de locomoção quando ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder.

Percebe-se, que os conceitos adotados por Alexandre de Moraes e Nestor Távora são mais completos, posto que abrangem as hipóteses previstas no texto do art. 5º, LXVIII, da CF/88, o qual aduz que caberá o *habeas corpus* tanto em relação à lesão, quanto à ameaça a direito de locomoção.

Não há um conceito estanque acerca do instituto do *habeas corpus*, sendo encontrado na doutrina vários pensamentos sobre o assunto. O que é pacífico entre doutrina e jurisprudência é que o *writ* constitucional é o remédio hábil a combater a ilegalidade e o abuso de poder praticados contra o direito de liberdade de locomoção do indivíduo.

2.3. Hipóteses de Cabimento

Toda e qualquer ação deve ter uma causa de pedir. Sendo o *habeas corpus* uma ação constitucional de natureza penal, este não pode ser diferente. A causa de

pedir restringe a prestação jurisdicional pretendida pela parte. Dessa forma, o paciente ao impetrar o *writ* deverá fundamentar sua petição inicial com base na narrativa do ato que ameaça ou viola a liberdade de locomoção.

As garantias fundamentais previstas na Constituição devem ser interpretadas de maneira ampla. Destarte, a lesão ao direito de ir e vir, consoante estabelecido no inciso LXVIII do art. 5º, deve ser entendida como ensejadora do manejo do remédio heroico, não apenas quando efetiva, mas também quando haja fundado receio de que ela venha a ocorrer.

Dessa forma, é cabível o *habeas corpus* quando se tratar de prisão ilegal, ameaça de prisão, inquérito ou outro procedimento criminal que possa resultar em pena privativa de liberdade.

2.4. Espécies de *Habeas Corpus*

De acordo com os limites estabelecidos pelo Texto Constitucional, em relação às hipóteses nas quais é cabível a utilização do remédio heroico, este pode ser impetrado preventiva ou repressivamente. O *habeas corpus* preventivo dá ensejo à emissão do chamado salvo-conduto. Este instrumento assegurará a liberdade ao indivíduo que ainda não está encarcerado, ou seja, a sua liberdade de locomoção está apenas ameaçada. Por seu turno, o *writ* repressivo, também conhecido como liberatório, é utilizado para que seja providenciada a liberação de quem esteja preso de forma ilegal.

Há quem defenda uma terceira espécie. Seria o *habeas corpus* suspensivo. Nesse esteira, Nestor Távora e Rosmar Antonni (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 898) :

Ainda se fala em *habeas corpus* suspensivo, que ocorre quando já existe constrangimento ilegal, mas o sujeito ainda não foi preso. Nesse caso, emite-se contramandado de prisão, haja vista que se cuida de uma ameaça efetiva à liberdade, mas o sujeito não está preso.

Parece forçoso imaginar a existência do *habeas corpus* suspensivo, posto que a hipótese que dá azo a sua utilização está abarcada pelo *writ* preventivo, sendo este o entendimento da doutrina majoritária.

2.5. Legitimidade Ativa e Passiva

Analisando o processo de *habeas corpus*, são encontrados três sujeitos processuais: o impetrante, o paciente e o impetrado. O impetrante é aquele que propõe a ação. O paciente é a pessoa beneficiada pela ordem. O impetrado, que figura no polo passivo da demanda, é a autoridade responsável pelo ato que é apontado como lesivo à liberdade de locomoção. É importante destacar que não é necessária ao impetrante a capacidade postulatória, ou seja, não é exigível que ele seja advogado. É o que estabelece o art. 654, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP): “o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público”.

O remédio heroico também pode ser impetrado *ex officio*, ou seja, o juiz ou tribunal pode conceder a ordem sem que tenha havido a sua propositura prévia. O que ocorre na prática é que o juiz ou tribunal, ao tomar conhecimento de prisão ou ato ilegal que ameace a liberdade de locomoção, declara a ilegalidade e concede a ordem de *habeas corpus*.

Nesse sentido, assim estabelece o art. 654, §2º do CPP:

Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Já a legitimidade passiva, é atribuída ao responsável pelo ato ilegal e lesivo à liberdade de locomoção do paciente. Não se exige que o ato tenha sido emanado de autoridade, ou seja, não é necessário que o legitimado passivo seja agente público, podendo este ser um particular. Corrobora esse entendimento Nestor Távora e Rosmar Antonni (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 903), quando aduzem:

A legitimidade passiva do *habeas corpus* recai sobre a pessoa responsável pelo ato ilegal e lesivo à liberdade de ir e vir da pessoa física. Não é necessário que o sujeito passivo seja autoridade. A exigência que o ato provenha de autoridade (ainda que delegada de atribuição do poder público) é restrita ao mandado de segurança, estudado adiante. O cerceio indevido à liberdade de locomoção pode ser imputável à autoridade policial, autoridade judiciária (juiz ou tribunal) ou mesmo um particular.

Ainda, malgrado ser o *writ* uma ação constitucional penal, ele pode ser impetrado contra ato de magistrado com competência cível. Isso ocorre, por

exemplo, quando a prisão ilegal é decorrente do inadimplemento de prestação alimentícia.

Assim, é legitimado ativo para a propositura da ação de *habeas corpus* qualquer pessoa, inclusive o paciente, e legitimado passivo, da mesma sorte, qualquer pessoa de quem provenha a ameaça ou ato lesivo à liberdade de locomoção do indivíduo.

2.6. O *Habeas Corpus* na Constituição Portuguesa

A Constituição da República Portuguesa, promulgada no dia 02 abril de 1976, reservou um capítulo para tratar do *habeas corpus*. É o Capítulo 31º, que estabelece:

1. Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente.
2. A providência de *habeas corpus* pode ser requerida pelo próprio ou por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos.
3. O juiz decidirá no prazo de oito dias o pedido de *habeas corpus* em audiência contraditória.

Na legislação lusitana não há previsão da utilização do remédio heróico preventivamente, sendo claro o texto da Norma Ápice quando aduz ser cabível o *writ* apenas quando se tratar de prisão ou detenção, diferindo, neste ponto, da Constituição brasileira que prevê expressamente a hipótese de utilização do *habeas corpus* de forma preventiva.

Outro ponto importante a ser destacado é a possibilidade, expressa, de utilização do remédio heróico pelos militares portugueses. Isto porque lhes é assegurado o direito de propor perante o Tribunal Militar o pedido de *habeas corpus* contra prisão ou detenção ilegal, seja decorrente ou não de transgressão disciplinar, que será apreciado pela autoridade judiciária competente, na forma das leis de organização judiciária.

De forma diversa, a Lei Maior brasileira, em que pese a previsão encartada no inciso LXVIII, art.5º, estabelece que não é cabível o *writ* quando se tratar de transgressão disciplinar militar (art. 142, § 2º), assunto que será tratado a diante.

2.7. O *habeas corpus* sob a Ótica do art. 142, §2º da CF/88

A Carta de outubro reservou o seu art. 142 para tratar das Forças Armadas. Neste dispositivo constitucional, determina-se a composição e a missão institucional dos responsáveis pela soberania nacional. Assim estabelece o referido dispositivo:

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 destina-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Dada a peculiaridade das atribuições dos membros das Forças Armadas, alguns direitos fundamentais lhes foram negados, dentre eles o de ser preso apenas em flagrante delito ou por ordem judicial fundamentada de autoridade competente (art. 5º, LXI), isto porque, no §2º do art. 142, malgrado a previsão contida no art. 5º, LXVIII, é vedada a utilização do *habeas corpus* pelos militares. Estabelece o §2º do art. 142: “Não caberá *habeas corpus* em relação a transgressões disciplinares militares.”

Para entender o teor deste dispositivo constitucional, necessário se faz o estudo de alguns elementos que o compõem.

2.7.1. Os Militares na CF/88

É encontrada alusão aos milicianos em vários artigos da Carta de Outubro. A primeira vez em que o Constituinte tratou de matéria relacionada aos homens da caserna, foi no art. 5º, VII, que assim estabelece: “É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.”

Essa previsão constitucional tem o condão de assegurar aos militares, que a depender do serviço desenvolvido poderá ficar bastante tempo nos quartéis, a assistência religiosa, a ser prestada de acordo com o seguimento religioso de cada militar, em respeito ao princípio da liberdade religiosa.

Também no art. 5º, agora no inciso XLIV, a Norma Ápice assevera que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Esse dispositivo visa resguardar a integridade do Estado, demonstrando a preocupação do constituinte com uma possível revolução armada; e ninguém melhor do os militares para manejarem armas, o que seria uma ameaça desmedida.

Ainda, no inciso LXI do mesmo artigo, os militares têm destaque quando a Carta Cidadã assegura que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

Tal exceção encontra respaldo no fato de as instituições militares serem regidas por regulamentos próprios e possuírem doutrinas baseadas na hierarquia e disciplina, na qual é assegurado às autoridades militares o poder de aplicar punições disciplinares aos seus subordinados quando estes pratiquem algum ato que atente contra os princípios militares.

No capítulo três do Texto Maior, em seu art. 12, quando trata da nacionalidade, no §3º, VI, é estabelecido como privativo de brasileiro nato o cargo de oficial das Forças Armadas. Sendo os oficiais das Forças Armadas quem, na hipótese de uma guerra externa, comandarão as tropas, não poderia esse posto ser ocupado por um brasileiro naturalizado, posto que, acaso se tratasse de um conflito contra o seu país de origem, o naturalizado poderia hesitar em combater, ou até mesmo cometer atos de traição.

Na seara dos direitos políticos, a Constituição, em seu art. 14, §2º assevera que é vedado o alistamento eleitoral do militar no período do serviço obrigatório. Essa é uma previsão que vem sendo reproduzida das Constituições pretéritas.

Disciplinando a competência da União, o art. 21, em seu inciso XIV, estabelece que compete à União organizar e manter a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal.

Ao tratar dessa competência privativa, o art. 22 da Constituição estabelece que é de exclusiva alçada federal legislar sobre requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (inciso III) e normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares (inciso XXI) e defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional (inciso XXVIII). O constituinte adotou o princípio da centralização, deixando ao talante da administração central do país elencar as hipóteses que entende serem as que ensejam o emprego dos militares.

Também no Título Da Organização do Estado, mais pontualmente no que se refere à Administração Pública, os castrenses tiveram um capítulo reservado para si. É o art. 42, que assim estabelece:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.

O art. 48, III da Norma Ápice estabelece que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas.

O art. 61, I, §1º da Lei Fundamental estabelece que é da iniciativa privativa do Presidente da República as leis que fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas. Do mesmo modo, a alínea "f" do §1º do mesmo artigo, estabelece, ao disciplinar o processo legislativo, que são da iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. Ainda, compete ao Presidente da República, consoante o art. 84, XIII, exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos.

Como as Forças Armadas estão sob o comando supremo do Presidente da República, somente a este deve ser assegurada a iniciativa de lei que verse sobre os militares.

No capítulo que trata do Poder Judiciário, o art. 92 estabelece que são órgãos do Poder Judiciário os Tribunais e Juízes Militares, com competência para processar e julgar matéria de natureza militar (arts. 122 a 124).

O §3º do art. 125, com a redação trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, estabelece os parâmetros para se instituir a Justiça Militar nos Estados, e os §§ 4º e 5º estabelecem suas competências, tendo a seguinte redação:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

...

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Ao tratar da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, o Constituinte, no art. 142 e seus parágrafos, reservou um espaço exclusivo para os militares. O *caput* desse artigo, talvez o mais relevante no que atine ao tema do presente trabalho, esclarece o que são as Forças Armadas, sua composição e organização, assim como sua missão institucional. Já os parágrafos, disciplinam situações específicas, peculiares aos militares. Art. 142, *in verbis*:

Art. 142. 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.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º - Não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei;

III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV;

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Como se percebe do dispositivo constitucional suso colacionado, o Constituinte optou por vedar aos militares alguns direitos e garantias básicos assegurados aos demais cidadãos, direitos esses, inclusive, previstos no rol dos direitos e garantias fundamentais contido no art. 5º Carta de Outubro. A respeito, especificamente, da vedação do *habeas corpus*, consignada no § 2º, assim se pronunciou Eliezer Pereira Martins (MARTINS, 2003, p. 13):

O parágrafo segundo do art. 142 da Constituição da República veda a concessão de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Trata-se de mais uma *capitis diminutio odiosa*, posto que a hierarquia e disciplina militares não se confundem com fascismo. Nada obsta que a hierarquia e a disciplina militares sejam preservadas dentro de um quadro de garantias. Despicienda, odiosa, e inócua é a vedação do *habeas corpus* em sede de punições disciplinares militares.

Todavia, atinente às demais vedações, o eminente autor assim as justificam (MARTINS, 2003, p. 13):

O inciso IV do parágrafo terceiro do art. 142 da Constituição da República veda aos militares a sindicalização e a greve. Tais coações de liberdades justificam-se pela necessidade de manter-se as Forças Armadas imunes à captação de vontade classista, setorizada, politizada, deletéria da defesa dos valores maiores entregues à proteção dos militares. Pelas mesmas razões expostas no parágrafo anterior, o inciso V do parágrafo terceiro do art. 142 da Constituição estabelece que o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos – justificável a vedação.

Jorge Cesar de Assis (ASSIS, 2006, p. 113), todavia, entende plausível a vedação do remédio heróico face à peculiaridade da função militar. Nesse sentido, o autor assevera:

O legislador constitucional, ao prover no art. 142, §2º, o não-cabimento do *habeas corpus*, nas punições disciplinares, reconheceu a necessidade e efetividade do cumprimento das ordens dadas sob pena de se inviabilizar o sistema. E tanto isso é verdade, que o legislador ordinário também

sedimentou esta posição no direito penal; *v. g.*, a obediência hierárquica é causa de exclusão da culpabilidade contanto que a ordem não seja manifestamente ilegal; que haja relação de subordinação entre o autor da ordem e quem vai cumpri-la e que esteja na esfera de atribuições do subordinado.

A pertinência, ou não, da vedação da utilização do *habeas corpus* pelos milicianos será discutida posteriormente, em momento oportuno.

Por fim, o art. 144, que se refere à segurança pública, estabeleceu no seu inciso IV que fazem parte dos Órgãos da Segurança Pública, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar, sendo aplicado a estes, de acordo com o art. 42, §1º, as disposições do artigo 142, §§ 2º e 3º.

2.7.2. Conceito de Transgressão Disciplinar Militar

Em qualquer agrupamento humano onde existam regras estabelecidas, a sua desobediência constitui uma transgressão. Praticando tal desobediência, a depender do diploma legal no qual esteja previsto o mandamento a ser seguido, o transgressor poderá está cometendo um crime ou contravenção, ou uma transgressão disciplinar. Para que o infrator incorra em crime ou contravenção é necessário que desobedeça uma norma penal incriminadora. Por seu turno, o cometimento de uma transgressão disciplinar exige a desobediência a um determinado regulamento disciplinar, quer seja na seara civil, quer seja na militar.

O conceito de transgressão militar é encontrado nos vários Regulamentos Disciplinares das forças militares.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte, Decreto 8.336 de 12 de fevereiro de 1982, no seu art. 13, traz o seguinte conceito:

Art. 13. Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares, na sua manifestação elementar e simples, e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.

O Regulamento Disciplinar do Exército (R-4), no art. 14, por seu turno, assim esclarece:

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.

Ainda, no Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, é encontrado no seu art. 8º o seguinte conceito:

Art.8 - Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingui-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.

Transgressão disciplinar é, portanto, a ofensa ao dever militar, na sua expressão mais simples, pois se esta ofensa for de forma acentuadamente anormal, caracterizará crime militar.

2.7.3. Espécies de Punições Disciplinares Militares

As transgressões disciplinares são todas relacionadas nos diversos regulamentos, quer das Forças Armadas, quer das Polícias Militares. Para cada transgressão corresponde uma sanção denominada punição disciplinar.

As punições que podem ser aplicadas a uma transgressão constante do Regulamento Disciplinar do Exército, em seu art. 23 e seguintes, são: advertência, que é a forma mais branda de punir, consistindo em censura verbal; repreensão, que é a censura enérgica ao transgressor, é escrita; impedimento disciplinar, é a obrigação do transgressor não se afastar da Organização Militar, sem prejuízo de qualquer serviço que lhe competir, ou seja, o punido tira serviço normalmente; detenção, que consiste no cerceamento da liberdade do punido sem encarcerá-lo; prisão disciplinar, consubstanciada na obrigação do punido permanecer em local próprio e designado para tal fim. Neste caso, o punido não concorre à escala de serviço; licenciamento e exclusão a bem da disciplina, que é o afastamento *ex officio* das fileiras da corporação.

O rol de punições trazido pelo art. 13 do Regulamento Disciplinar da PM-RN é o que segue:

Art. 23 - As punições disciplinares a que estão sujeitos os policiais militares, segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, são as seguintes, em ordem de gravidade crescente:

I - Advertência.

II - Repreensão.

III - Detenção.

IV - Prisão e prisão em separado.

V - Licenciamento e exclusão a bem da disciplina.

Basicamente, são essas as punições constantes nos regulamentos disciplinares das Forças Militares, do que se verifica que as punições disciplinares

militares se classificam em reeducativas e exclusórias. As primeiras têm o condão de inibir a reincidência do transgressor, quando se tratar de uma transgressão que não seja grave. Já as segundas, visam retirar do seio da corporação o militar infrator, em razão da gravidade da transgressão cometida. Dentre as punições reeducativas, merece destaque a prisão administrativa, em razão de cercear a liberdade do militar.

2.7.3.1. Prisão administrativa militar – características

Afora os casos de licenciamento e exclusão a bem da disciplina, a prisão administrativa é a penalidade mais gravosa aplicada ao militar, podendo o miliciano permanecer encarcerado por até trinta dias. É isso que afirma o parágrafo único do art. 24 do Regulamento Disciplinar do Exército. *In verbis*:

Art. 24. *omissis*

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

No mesmo sentido, andou o RD da PM-RN, quando determina no seu art. 23, § único que “as punições disciplinares de detenção e prisão não podem ultrapassar de 30 dias.”

A prisão administrativa consiste no confinamento do militar em local destinado para esse fim, estabelecendo o § 1º da art. 27 do RD da PM-RN que “Os policiais-militares dos diferentes círculos de Oficiais e Praças estabelecidos no Estatuto dos Policiais-Militares não poderão ficar presos no mesmo compartimento.” Isso é devido à estrutura hierarquizada que predomina nas instituições militares.

Atinente ao local destinado ao cumprimento da pena de prisão, este é determinado pelo posto ou graduação ocupado pelo transgressor, de modo que os locais destinados para esse fim vão de xadrez à residência do apenado. Essa previsão pode ser encontrada nos diversos regulamentos disciplinares, quer seja no de uma das três instituições que compõem as Forças Armadas, quer seja nos Regulamentos das Polícias e Copos de Bombeiros Militares. A título de exemplo, colaciona-se o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 27, RD da PM-RN:

§ 2º - São lugares de prisão:

a - Para Oficial e Aspirante-a-Oficial - o determinado pelo Comandante no Aquartelamento.

b - Para Sub-Tenente e Sargentos o compartimento denominado “Prisão de Subtenentes e Sargentos”.

c - Para as demais Praças - o compartimento fechado denominado de “Xadrez”.

§ 3º - Em casos especiais, a critério da autoridade que aplicou a punição, o Oficial ou Aspirante-a-Oficial pode ter sua residência como local de cumprimento da prisão, quando esta não for superior a 48 horas.

Como se depreende do dispositivo supra, há um tratamento desigual para transgressores que cometem o mesmo tipo de transgressão, isso apenas em razão do posto ou graduação ocupado.

O castrense, quando cumprindo a pena de prisão, não concorrerá a escala de serviço, ficando afastado das atividades diárias da Unidade, salvo por comprovada necessidade do serviço. Isso é o que preconiza o art. 30 do Regulamento Disciplinar do Exército.

Na contramão do disposto no Regulamento verde oliva, o RD da PM potiguar, no seu art. 28, estabelece que a prisão deverá ser cumprida sem prejuízo da escala de serviço, isto é, o militar deixará o cárcere quando escalado de serviço. Saliente-se que este dia de serviço é computado nos dias previstos para cumprimento da pena. Essa previsão do regulamento Potiguar parece ser mais sensata, posto que, ao concorrer a escala de serviço, beneficia-se o transgressor, que sai do cárcere e tem esse dia abatido no computo da pena, e a instituição que não perderá um militar de serviço.

A prisão administrativa, como se percebe, é uma reprimenda dura, que cerceia a liberdade de locomoção do militar, motivada por uma simples transgressão disciplinar, transgressão esta que varia de um simples atraso de cinco minutos para qualquer atividade, até um mero descuido no asseio corporal do militar.

Pode ser citado, a título de exemplo, o caso de um militar do Exército que no ano de 2009 foi preso por se recusar a arbitrar um jogo de futebol, alegando que não possuía habilidades para tal. Outro caso recorrente ocorre nas instituições militares de ensino, nas quais os alunos são submetidos a uma dura disciplina. Em tais Organizações Militares, uma simples roupa de cama amassada enseja uma punição de até três dias (senta, sábado e domingo). Agora imagine-se um militar que trabalha/estuda de segunda a sexta feira no quartel, e quando está pronto para voltar ao convívio dos familiares é impedido de sair por que fechou seu armário e o cadasso do seu coturno ficou para fora, dentre outras hipóteses de cerceamento de liberdade.

Em face disso, é importante se observar os ditames legais e, principalmente, constitucionais no que atine aos direitos do transgressor.

3. O HABEAS CORPUS COMO MEIO DE DISCUTIR A LEGALIDADE DA PRISÃO ADMINISTRATIVA MILITAR

Inicialmente, deve-se destacar que a prisão militar decorrente de transgressão disciplinar é um ato administrativo e como tal, devem ser respeitados os seus requisitos de validade, sob pena de se ter um ato nulo.

Com a nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, a prisão administrativa militar foi a que sobreviveu, tendo a Carta de outubro soterrado a antiga prisão administrativa imposta aos que se apropriavam indevidamente de dinheiros ou valores pertencentes à Fazenda Pública, conforme estabelece o § 2º do art. 650 do CPP. Esse dispositivo assim, estabelece:

Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de habeas corpus:

...

§ 2º Não cabe o habeas corpus contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

A previsão contida no dispositivo supra, foi retirada do ordenamento jurídico pátrio pelo inciso LXI do art. 5º da Norma Ápice, que estabelece que só haverá prisão administrativa em caso de flagrante delito. Isso é o que assevera o dispositivo citado:

Art. 5º...

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Tratando do caráter administrativo da prisão em flagrante, Tourinho Filho assevera que, embora seja uma medida cautelar, a prisão em flagrante é um ato administrativo praticado pela Polícia Civil. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 558)

Atinente a possibilidade de manejo do *habeas corpus* em sede de prisão em flagrante, o Texto Constitucional do inciso LXVIII do art. 5º é claro, não havendo qualquer discussão a esse respeito. Todavia, no que assiste à utilização do remédio heróico em se tratando de prisão administrativa militar, muitas têm sido as discussões acerca da sua possibilidade, haja vista a previsão esposada pelo § 2º do art. 142 da CF/88, que traz o seguinte enunciado: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

Entendendo não ser possível a impetração do *writ* pelos militares, em parecer no julgamento do HC 002.217/RJ, no TRF da 2ª Região, julgado em 25.04.2001, o Procurador da República Mario Pimentel Albuquerque citado por Jorge Cesar de Assis (ASSIS, 2001, p. 32-33), assim discorreu:

...dizemos nós, porque o manejo adequado para dirimir questão entre oficial e subordinado, até onde o bom senso nos possa valer, constitui atribuição indelegável da autoridade militar competente, jamais da justiça comum, notadamente porque o controle que se impõe ao ato administrativo não permite a substituição de razões do administrador pelas razões dos magistrados. (...) A hierarquia e a disciplina constituem, por assim dizer, a própria essência das Forças Armadas. Se quisermos, portanto, preservar a integridade delas, devemos começar pela tarefa de levantar um sólido obstáculo às pretensões do judiciário, se é que existem, de tentar traduzir em conceitos jurídicos experiências vitais à caserna. Princípios como os da isonomia e da inafastabilidade do judiciário têm pouco peso quando se trata de aferir situações específicas à luz dos valores constitucionais da hierarquia e da disciplina. O quartel é tão refratário àqueles princípios, como deve ser uma família coesa que se jacta de ter à sua frente um chefe com suficiente e acatada autoridade. E seria tão desastroso para a missão institucional das Forças Armadas que as ordens de um oficial pudessem ser contraditadas nos tribunais comuns, como para a coesão da família, se a legitimidade do pátrio poder dependesse, para ser exercitado, do plebiscito da prole. Princípios democráticos são muito bons onde há relações sociais de coordenação, mas não em situações específicas, onde a subordinação e a obediência são exigidas daqueles que, por imperativo moral, jurídico ou religioso, as devem aos seus superiores, sejam aqueles filhos, soldados ou monges. Se o judiciário, por uma hipersensibilidade na aplicação dos aludidos princípios constitucionais, estimular ou der ensejo a feitos como os da espécie, pronto: os quartéis se povoarão de advogados e despachantes; uma continência exigida em nome da Constituição; uma mera advertência, por motivo de desalinho ou má conduta, dará lugar a pendengas judiciais intermináveis, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina. Da mesma forma que a vocação religiosa implica sacrifício pessoal e do amor próprio – e poucos são os que a têm por temperamento –, a militar requer a obediência incontestada e a subordinação confiante às determinações superiores, sem o que vã será a hierarquia, e, inócuo, o espírito castrense. Se um indivíduo não está vocacionado para a carreira militar das armas, com o despojamento que ela exige, que procure seus objetivos no amplo domínio da vida civil, onde liberdade e a livre iniciativa constituem virtudes. Erra rotundamente quem pretende afirmar valores individuais onde, por necessidade indeclinável, só o coletivo tem primazia. Comete erro maior, porém, quem, colimando a defesa dos primeiros, busca a cumplicidade do Judiciário, para, deliberadamente ou não, socavar os segundos, ainda que aos nossos olhos profanos, lídimo possa ser tal expediente constitucional a pretensão através dele deduzida.

Em sentido diametralmente oposto, andou o Ministro do Superior Tribunal Militar Carlos Alberto Marques Soares (REVISTA DO STM, Nº 1, 2003, p. 11-12), que em artigo sobre o tema, escrito na Revista do STM, assim asseverou:

... À primeira vista, poder-se-ia pesar que o disposto no citado art. 143 da Carta Maior vedara qualquer impetração de *habeas corpus* que envolvesse o exame de transgressões disciplinares. Entendo que não, uma vez que as normas acolhidas pelo art. 5º da CF são garantias constitucionais dos cidadãos, tidas como cláusulas pétreas. O que, a meu sentir, ficou

evidenciado naquele dispositivo constitucional é que o *HC*, no que respeita a punições disciplinares, só serve para acolher o constrangimento resultante das punições ilegais.

Na mesma esteira caminhou Uadi Lammêgo Bulos (BULOS, 2009, p. 577), entendendo ser plenamente possível o manejo do *writ* pelos militares. A esse respeito, aduziu o iminente autor:

Não cabe *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares (CF, art. 142, § 2º). Significa dizer que o mérito, os motivos que ensejaram as decisões proferidas em sede de transgressão militar não comportam o remédio heróico quanto às punições disciplinares aplicadas aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios. O texto constitucional, contudo, não impediu o exame pelo poder judiciário dos pressupostos de legalidade, conexos à hierarquia, ao poder disciplinar, ao ato ligado à função e à pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente.

Ainda, corroborando esse entendimento, colaciona-se os seguintes julgados:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. ATO ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA RECORRER. EXAME DOS REQUISITOS FORMAIS. 1. A União não possui legitimidade ad causam para recorrer da decisão que concede ordem de habeas corpus, mesmo que tal decisão tenha por objeto matéria administrativa, como no caso ora em análise (prisão disciplinar de militar). 2. Conquanto os artigos 142 §2º, da Constituição Federal e 647 do Código de Processo Penal prevejam expressamente não ser cabível habeas corpus para discutir punição disciplinar militar, a jurisprudência tem entendido que, caracterizando-se como ato administrativo, seus aspectos formais podem ser analisados pelo Poder Judiciário, sendo vedado apenas o exame do mérito da punição disciplinar militar. 3. Para a concessão do writ, faz-se necessário que o receio ou a iminência de sofrer constrangimento ilegal seja real, baseado em fato concreto e não apenas em meras presunções. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal. 4. Demonstrada a existência de fatos concretos que indiquem o constrangimento ilegal que o paciente estaria na iminência de sofrer, merece ser concedida a presente ordem de habeas corpus. 5. Recurso da União não conhecido, por falta de legitimidade ad causam. 6. Recurso oficial não provido. (TRF1 – RSE nº 200735020047325/GO – 4ª Turma – Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves, j. 04.11.08, e DJF1 de 21.112008, pag.815)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DA UNIÃO FEDERAL PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. CONHECIMENTO COMO REMESSA OBRIGATÓRIA. SINDICÂNCIA MILITAR. SUBMISSÃO À DISCIPLINA GERAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA). REMESSA IMPROVIDA. 1. A União Federal não tem legitimidade para interpor recurso em sentido estrito em face de decisão que soluciona relação jurídica na qual poderia figurar como parte; ademais, o Ministério Público é o único legitimado para interposição de recurso em sentido estrito na hipótese de decisão concessiva da ordem de habeas corpus (art. 581, X do CPP). 2. Matéria conhecida a título de remessa obrigatória (art. 574, I do CPP). 3. É certo que compete à Autoridade Militar decidir a respeito das faltas disciplinares perpetradas pelo servidor militar, podendo, no caso de transgressão militar ou crime propriamente militar, aplicar o ato punitivo disciplinar cabível; entretanto, o processo administrativo disciplinar, do qual

resultará a sanção, deverá respeitar o devido processo legal, assegurando ao militar o contraditório e o direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988). 4. O processo administrativo disciplinar que resultou na aplicação da penalidade de 10 dias de prisão rigorosa ao paciente, não lhe assegurou condições suficientes para esclarecer a verdade dos fatos, afrontando, sobremaneira, o exercício do seu direito de defesa. 5. Recurso em sentido estrito não conhecido. 6. Remessa necessária improvida. (TRF5 – RSE nº 20068400002748/RN – 2ª Turma – Rel. Des. Federal Napoleão Maia Filho, j. 06.06.06, DJF de 04.07.2006, pag. 393)

No mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal:

Ementa. Habeas corpus. O sentido da restrição dele quanto as punições disciplinares (art. 142, par. § 2º da Constituição Federal). – Não tendo sido interposto o recurso ordinário cabível perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 102, II, “a” da Constituição Federal), conhece-se do presente *writ* como substitutivo desse recurso. – O entendimento relativo ao par. 20 do art. 153 da Emenda Constitucional n. 19/69, 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 par. 2º do art. 142 da atual Constituição que apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessa transgressões disciplinares, pois limita as de natureza militar. *Habeas corpus* deferido para que o STJ julgue o *writ* que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não cabimento. Manutenção da preliminar deferida no presente *habeas corpus* até que o relator possa apreciá-la, para mantê-la ou não. (STF – HC 70648/RJ – Rel. Min. Moreira Alves – j. em: 09.11.1993 – DJ 04.03.1994, p. 03289. Ement. v. 01735-01, p. 110)

Um terceiro posicionamento no que respeita à utilização do *habeas corpus* pelos militares, em sede de prisão administrativa decorrente de transgressão disciplinar, é o que defende ser o mandado de segurança o remédio hábil para discutir a legalidade da punição disciplinar aplicada. Entendendo não ser possível o manejo do remédio heroico pelos militares em caso de transgressões disciplinares, em face do disposto no § 2º do art. 142 da CF, seria o mandado de segurança o remédio adequado para esse fim.

Esse posicionamento é defendido por Ane Graciele Hansel (REVISTA DE DIREITO MILITAR, nº 30, 2001, p. 6), que em artigo escrito para a Revista de Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, assim discorreu:

Autoridade coatora pode ser aquela que praticou ato ilegal e abusivo no exercício da atividade jurisdicional ou administrativa, daí a possibilidade de impetração do *writ* contra ato de Comandante Geral da Polícia Militar, que preside o processo administrativo disciplinar para apuração de falta disciplinar de Policial Militar. Assim, é o mandado de segurança, considerado via adequada à proteção de direito líquido e certo de policial militar, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, ferido por ato do Comandante Geral da Polícia Militar que determinou sua submissão à conselho de disciplina. Admissível que seja concedida liminar em sede de

mandamus, visando à suspensão de ato de Comandante Geral da Polícia que implica sanção disciplinar sem a instauração do devido processo administrativo disciplinar.

Esse posicionamento, todavia, tem sofrido críticas. Tecendo comentários sobre o tema, em artigo escrito para a mesma revista, agora em nova edição, o Vice-Almirante e advogado Renato Vilhena de Araújo (REVISTA DE DIREITO MILITAR, Nº 66, 2007, p. 9-10) escreveu o seguinte texto:

A Justiça Federal, principalmente no Estado do Amazonas, tem concedido liminarmente Mandados de Segurança (MS) para anular a aplicação de punições disciplinares a militares, ao argumento de ilegalidade e abuso de poder de seus comandantes. As dúvidas a esse respeito derivam da ressalva abaixo, incluída entre as disposições da Constituição Federal (CF) a respeito das Forças Armadas: “art. 142, § 2º- Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares”. À vista deste dispositivo, não cabendo *habeas corpus* (HC), concluiu-se que a proteção jurisdicional adequada, contra eventuais ilegalidade ou excessos praticados por comandantes ao aplicarem punições disciplinares a seus subordinados, seria propiciada através do Mandado de Segurança, consoante definição constitucional desta ação, a saber: “art. 5º, LXIX – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.” Deste modo, ficou claro que a medida judicial para combater ilegalidades ou abusos de poder por parte das autoridades militares que se excedam ao julgar contravenções disciplinares, acabando por coagir seus subordinados, é o HC (e não o MS, já que estas ações são mutuamente exclusivas pela sua própria definição), que tem natureza processual criminal compatível, portanto com a atual competência da JM.

Como visto anteriormente, as punições disciplinares variam de uma simples advertência, à exclusão do transgressor das fileiras da corporação. Assim sendo, para os que entendem ser o mandado de segurança o instrumento hábil a discutir a legalidade das punições disciplinares, seria no que concerne as punições que não tem o condão de cercear a liberdade do miliciano.

Dessa forma, em se tratando de prisão administrativa disciplinar, em que há o cerceamento de liberdade do indivíduo, o remédio a ser impetrado deverá ser o *habeas corpus*, não o mandado de segurança, em razão desses institutos se excluírem, por suas próprias previsões constitucionais.

Como se percebe, não há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca do instrumento hábil para discutir a legalidade das punições disciplinares militares, de modo que necessário se faz investigar quais as características desse ato administrativo para que se possa entender cada posicionamento existente sobre o presente tema.

3.1. Poder Administrativo Disciplinar – Conceito

Quer seja na Administração Pública civil, quer seja na militar, ou mesmo em qualquer agrupamento social, há relações hierarquizadas. Isso se em decorrência da necessidade de organização e do estabelecimento de objetivos a serem alcançados pelo grupo, que, sem organização e gerenciamento, dificilmente serão atingidos.

Da necessidade de hierarquizar as relações nos grupos sociais, nasce uma outra necessidade, agora, a de emissão de comandos que deverão ser atendidos, sob pena de não se alcançar os objetivos colimados pelo grupo. Sem a hierarquia e sem o acatamento das ordens emanadas das autoridades superiores, o grupo padecerá de insegurança e estará em constante ameaça de rompimento. Ao acatamento das ordens pelos subordinados, emanadas das autoridades competentes dá-se o nome de disciplina.

Na Administração Pública, a disciplina é imprescindível, sem a qual ameaçado estaria todo o sistema organizado pelo ordenamento jurídico, haja vista a ameaça existente de insucesso na consecução dos objetivos traçados, visando a satisfação coletiva.

Nesse diapasão, poder disciplinar é o pode-dever conferido à Administração Pública para sancionar servidores e aqueles administrados que, de alguma forma se sujeitam às ordens administrativas. Para Hely Lopes Meireles (MEIRELES, 2008, p. 126), poder disciplinar é:

Poder disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitiva ou transitoriamente.

O conceito trazido pelo ilustre administrativista parece não refletir claramente a essência do poder disciplinar, posto que, ao afirmar que o poder disciplinar se trata de uma faculdade da administração, está a dizer que a Administração pode, ao seu talante, diante do cometimento de infração pelo servidor ou administrado, aplicar ou não a sanção administrativa. Esse fato traz uma enorme insegurança, haja vista a possibilidade de se beneficiar determinados servidores, seja por altruísmo, seja por interesse do administrador, tudo isso em prejuízo do coletivo.

Noutra esteira, andou melhor a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2007, p. 82) quando asseverou:

Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública.

Como se percebe, o conceito trazido pela ilustre administrativista delinea melhor o poder administrativo em estudo, entendendo ser este um poder-dever da administração, e não apenas uma mera faculdade como pretende Hely Lopes Meireles.

Como a prisão administrativa militar é um ato administrativo decorrente do poder disciplinar e, sabendo-se que este poder é discricionário, conclui-se que a prisão militar decorrente de transgressão disciplinar é um ato administrativo discricionário, no qual a autoridade militar deverá observar a repercussão da transgressão na esfera administrativa antes de aplicar a punição. A esse respeito, aduziu Maria Sylvia Zanella di Pietro (DI PIETRO, 2007, p. 82).

O Poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus termos. A administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento da falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Além disso, a lei costuma dar à administração o poder de levar em consideração, na escolha da pena, a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

3.2. Poder Discricionário

Como se sabe, o legislador não pode prever todos os fatos jurídicos passíveis de ocorrerem na esfera administrativa, de modo que a lei assegura uma certa autonomia para o administrador público escolher qual a melhor decisão a ser tomada na busca de tal desiderato. Essa possibilidade de escolha da melhor decisão a ser tomada por parte do administrador é assegurada graças ao poder discricionário.

Essa escolha, todavia, não pode ser feita de forma aleatória. O gestor deve verificar a conveniência e oportunidade do ato antes de tomar a decisão. Estes são os elementos nucleares do ato administrativo discricionário. Destaque-se que a escolha deve se amoldar perfeitamente aos fins colimados pela lei.

Destarte, pode-se conceituar poder discricionário como sendo a faculdade conferida ao gestor para escolher dentre várias condutas a que melhor atende ao interesse público.

Malgrado se tratar de uma faculdade de escolha, tal poder não é ilimitado. Ou seja, mesmo possuindo a liberdade de escolher a melhor conduta a ser adotada, o administrador público deve observar os limites impostos pela lei, sob pena de exame da legalidade pelo Judiciário. Nesse sentido, se pronunciou José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2008, p. 43)

A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do judiciário sobre os atos que dele derivem. Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial. Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato e de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e desvio de finalidade.

Como se percebe, o agente público encontra na lei as limitações à sua atuação no uso do poder discricionário. O que é vedado ao Poder Judiciário é a análise do mérito administrativo, isto é, não pode a Magistratura adentrar na aferição dos critérios de conveniência e oportunidade adotados pelo administrador público.

3.3. Mérito Administrativo

Mérito Administrativo corresponde ao poder conferido ao administrador público, pela lei, para que, no exercício do poder discricionário, ele possa decidir acerca da conveniência e oportunidade na prática do ato administrativo. Impende destacar que a liberdade não é plena e ampla, posto que, deve obedecer à legalidade e moralidade. É dada esta oportunidade ao administrador por acreditar-se que ele, vivenciando as situações concretas que se apresentam cotidianamente e conhecendo as reais necessidades das atividades administrativas, tenha condições de aferir os dois elementos (oportunidade e conveniência).

Esse é o argumento utilizado pelos doutrinadores que defendem a impossibilidade de verificação, pelo judiciário, do mérito administrativo (conveniência e oportunidade) adotado pelo agente público na prática do ato administrativo discricionário, haja vista não fazer sentido o Poder Judiciário, alheio à realidade e

necessidade administrativas, substituir o administrador no exercício dessa atividade valorativa.

Outrossim, a impossibilidade de aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário não quer significar que o mesmo não possa apreciar a legalidade na prática destes atos, como frisado anteriormente. A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2007, p. 202) traz a seguinte lição:

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Ainda, corroborando o entendimento esposado pela iminente docente, assim aduziu José dos Santos Carvalho Filho. (CARVALHO FILHO, 2008, p. 45):

O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não pode questionar critérios que a própria lei defere ao administrador.

Destarte, malgrado alguns autores modernos, como Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, entenderem ser possível a análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, não se pode permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa do ato praticado pelo administrador público.

3.4. Ato Administrativo – Conceito e Atributos

Não é encontrado na doutrina um conceito pronto e acabado acerca do ato administrativo. São vários os critérios empregados para defini-lo, dentre os quais merecem destaque os critérios objetivo e subjetivo.

O objetivo oferece um conceito de ato administrativo levando em consideração o tipo de atividade exercida. Por seu turno, o critério subjetivo leva em consideração o órgão que pratica o ato.

Nesse diapasão, ato administrativo, segundo o critério objetivo, seria todo ato praticado pelos órgãos públicos no desempenho da atividade administrativa, aptos a produzirem efeitos no mundo jurídico, seja criando, modificando ou extinguindo direitos, pouco importando se o ato tem sua gênese no Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário; e pelo critério subjetivo, ato administrativo é, tão somente, os atos praticados pelos órgãos tipicamente administrativos, ou seja, pelos órgão pertencentes ao Poder Executivo.

Na doutrina pátria, pode-se encontrar diversos conceitos de atos administrativos, como o de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2007, p. 181):

Com esses fundamentos, pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Ainda, na doutrina nacional, pode-se encontrar o conceito adotado por José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2008, p. 92), nos seguinte termos:

Firmadas tais premissas, podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Traçado o conceito de ato administrativo, necessário se faz estudar os seus atributos. São, portanto, atributos do mesmo: a presunção de legitimidade, que consiste garantia de que o ato emanado do poder público é legítimo até que seja provado o contrário. Como se percebe, trata-se de uma presunção relativa; imperatividade, que consubstancia-se na possibilidade da Administração impor unilateralmente sua vontade aos administrados; exigibilidade que refere-se ao imediato cumprimento das determinações da Administração; auto-executoriedade que consiste no poder que possui a Administração Pública de executar seus atos sem necessitar de recorrer ao Poder Judiciário, inclusive com o emprego da força, se preciso for.

Vistos os atributos, impende examinar os elementos de validade do ato administrativo, posto que atine diretamente aos objetivos do presente trabalho por ser a prisão administrativa militar um ato administrativo.

São cinco os elementos do ato administrativo, cada qual com suas nuances. São eles: a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

A competência está relacionada ao agente que pratica o ato. Para que determinado ato administrativo exista e seja válido, é necessário que ele tenha emanado de uma autoridade competente investida legalmente na função. A competência sempre decorre de lei, é inderrogável e pode ser objeto de delegação ou avocação.

O objeto é o efeito jurídico que o ato produz imediatamente a sua produção. É ele a alma do ato, ou seja, é o objeto que faz nascer, modificar, declarar ou extinguir direitos. Para verificar a existência do objeto, basta observar o enunciado do ato administrativo, o que ele estabelece.

No que respeita à forma, esta consiste no modo pelo qual o ato é exteriorizado, ou seja, são as formalidades que devem ser observadas pelo agente público na elaboração do ato administrativo. Isso, todavia, não significa que a Administração está adstrita a mecanicismos, a formas pré determinadas que não possam ser flexibilizadas. Isso tanto é verdade que, em algumas situações, até mesmo o silêncio da Administração pode ser entendido como ato praticado. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2007, p. 193):

A obediência à forma não significa, no entanto, que a administração esteja sujeita a formas rígidas e sacramentais; o que se exige, a rigor, é que seja adotada, como regra, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento; a não ser que a lei preveja expressamente determinada forma (como decreto, resolução, portaria, etc), a Administração pode praticar o ato pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas mais rigorosas são exigidas quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar.

Como pode ser percebido, em que pese a flexibilidade quanto à forma, quando o ato administrativo tratar de direitos dos administrados, devem ser observadas formas mais rígidas, como é o caso do processo administrativo disciplinar, do qual decorre a prisão administrativa militar.

Atinente à finalidade, esta consiste no resultado que a Administração deseja obter com a produção do ato. Se tratando de punição disciplinar, a finalidade do ato praticado deverá ser a educação e a manutenção da ordem administrativa.

A finalidade sempre decorre de lei, não tendo o gestor liberdade para eleger a que julgue mais adequada. Se o for infringida a finalidade legal do ato, ou seja, se não for observado o interesse público, o ato estará eivado de vício de legalidade, por

desvio de poder, o que ensejará sua anulação pelo Judiciário. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2008, p. 110):

Os autores modernos mostram a existência de um elo indissociável entre a finalidade e a competência, seja vinculado ou discricionário o ato. A finalidade, retratada pelo interesse público da conduta administrativa, não poderia refugir ao âmbito da competência que a lei outorgou ao agente. Em outras palavras, significa que, quando a lei define a competência do agente, a ela já vincula a finalidade a ser perseguida pelo agente. Daí a acertada observação de que “ocorre desvio de poder quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, movimenta-se tendente à concreção de um fim, ao qual não se encontra vinculada, ex vi da regra de competência”.

Por fim, o motivo. Motivo são as circunstâncias fáticas e jurídicas por meios das quais é manifestada a vontade da administração. A circunstância jurídica, que deve ser anterior, é a lei que dá embasamento ao ato. Quanto à circunstância fática, esta consiste no acontecimento que moveu a Administração a praticar do ato.

Di Pietro (DI PIETRO, 2007, p. 195), exemplificando o que seria o motivo, afirma que no ato de punição do servidor, o motivo é a infração que ele praticou.

Da mesma forma que o desvio de finalidade enseja a anulação do ato administrativo, a prática deste ato sem motivo ou com a eleição de um falso motivo fere de morte a conduta praticada pelo agente público.

Como a punição disciplinar militar, pontualmente a prisão administrativa, se trata de um ato administrativo que versa sobre direitos dos administrados, e um dos mais preciosos direitos, que é o de liberdade de locomoção, deve a autoridade militar atentar para a observância dos princípios constitucionais norteadores da prática do ato administrativo, sob pena de ingressarem na ilegalidade administrativa.

3.5. Princípios do Processo Administrativo Militar

A Administração Pública, para atingir sua finalidade institucional, necessita da prática de atos administrativos. Estes só se realizam após uma série de procedimentos prévios, caracterizados por manifestações de vontade, essenciais para sua validação. Essas manifestações que antecedem logicamente a expedição de um ato administrativo, caracterizam o processo administrativo, que consiste em um conjunto de atos coordenados, objetivando uma determinada finalidade.

Nesse diapasão, se verifica que se faz necessário um estudo prévio do processo administrativo, em especial do processo administrativo disciplinar, para se

verificar as possíveis nulidades do ato administrativo, com maior amplitude um ato que tem o condão de cercear a liberdade de locomoção do administrado, como é o caso da prisão administrativa militar.

Por força dos dispositivos constitucionais, o processo administrativo, antes de ser um mecanismo de realização da vontade estatal, é um instrumento de garantia dos indivíduos perante as prerrogativas da Administração Pública. Reveste-se da mais elevada importância a observância dos princípios constitucionais que informam o processo administrativo, sobretudo quando este tem cunho acusatório, sob pena de admitir o desvio de finalidade do Poder Público perante os interessados.

Em se tratando de processo disciplinar, seja na esfera seara cível, seja na militar, a despeito da necessidade de sancionar o indivíduo infrator, a fim de restaurar a ordem administrativa, não se admite que esse mister seja realizado a míngua do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O procedimento da Administração na apuração das transgressões disciplinares deve pautar-se nos princípios referidos, sob pena afronta ao à Constituição Federal de 88. Impende, ainda, destacar que a extrema necessidade da manutenção dos pilares institucionais das Forças Armadas (hierarquia e disciplina) não têm o condão de esmaecer as liberdades individuais, quando violadas ilegalmente.

Destaque-se que, em se tratando de disciplina castrense, o instrumento de aplicação das sanções disciplinares está veiculado nos regulamentos disciplinares dispendo esses muitas vezes na contra mão da nova ordem jurídica imposta pela Carta de Outubro, portanto nem todas as regras disciplinares podem ser admitidas como tendo sido recepcionadas pela atual Constituição.

3.5.1. Princípio do Devido Processo Legal

A Constituição Federal de 1988 consagrou de forma peremptória o devido processo legal como garantia de liberdade do indivíduo, independente de sua situação jurídica, assim dispendo: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).

Esse princípio confere uma dupla proteção ao indivíduo: a primeira, no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e a segunda, no âmbito formal, assegurando uma paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa.

Inferese disso, que a nova ordem imposta pela Carta Magna de 88 regenerou os processos administrativos, colocando o administrado em pé de igualdade formal perante a Administração Pública, independente de sua qualidade. Desde que haja a necessidade, em atenção ao interesse público, de constranger a liberdade ou os bens do cidadão, é necessária a observância do devido processo legal, de forma a efetivar uma relação de equivalência entre as partes, para que, ao final, o valor justiça seja concretizado no caso concreto.

Malgrado haja a autorização constitucional de, nas transgressões militares, cercear-se a liberdade ambulatorial do militar sem a necessidade da interferência do judiciário (art. 5º, LXI), o recolhimento à prisão, em sentido amplo, ainda que em caráter administrativo, sem o devido processo disciplinar fere o princípio do devido processo legal, pois as condições de proteção do indivíduo anteriormente referidas restarão prejudicadas pela falta de oportunidade de seu exercício. Sobre a prisão administrativa, assim dispõe os regulamentos disciplinares da Aeromáutica (RDAER), da Marinha (RDM) e do Exército (RDE):

RDAER:

Art. 46. É vedado às autoridades abaixo do comandante da Organização Militar recolher à prisão qualquer militar, salvo nos casos de crime ou falta grave, justificando o seu ato.

RDM:

Art. 26. Nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor a serem devidamente apurados os fatos.

(...)

§7º Nenhum contraventor será interrogado se desprovido da plena capacidade de entender o caráter contravençional da sua ação ou omissão, devendo nessa situação, ser recolhido à prisão, em benefício da manutenção da ordem ou da própria segurança.

RDE:

Art. 49. O cumprimento da punição disciplinar por militar afastado totalmente do serviço, em caráter temporário, somente deverá ocorrer após sua apresentação pronto na Organização Militar.

§1º O cumprimento da punição disciplinar será imediato nos casos de preservação da disciplina e de decoro da classe, publicando-se a nota de punição em boletim interno, tão logo seja possível.

À luz do princípio em análise, os dispositivos supra citados merecem os seguintes reparos, caso a caso: inicialmente, o RDAER, ao autorizar em caráter excepcional o recolhimento à prisão no caso de falta grave, não somente ofende ao

devido processo legal, como atenta contra o princípio da legalidade, posto que não há previsão no regulamento do que seja falta grave, deixando o militar a mercê da autoridade, que a seu livre talante define o que seria a gravidade da transgressão.

Quanto ao Regulamento Disciplinar da Marinha, o fato de cercear um suposto transgressor incapaz de entender o caráter de sua conduta em nome da manutenção da ordem não somente põe por terra o devido processo legal, como avilta a dignidade da pessoa humana. Ora, se em tese há uma transgressão e o acusado não tem condições mentais de compreender sua ação, deve ser removido para um local adequado e posteriormente ser ouvido sobre o fato.

Por último, o Regulamento Disciplinar do Exército, ao admitir a prisão imediata, sem possibilidade de interposição de recurso, no caso de interesse da “preservação da disciplina”, esvazia o devido processo legal pela ineficácia da interposição do recurso, já que restará prejudicado.

3.5.2. Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Alexandre de Moraes (2007, p. 95) defende que o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório é um corolário do devido processo legal, tendo como consequência reflexos relevantes no processo administrativo, cuidando do tema nos seguintes termos:

O devido processo Legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderia ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.

Em se tratando de transgressões disciplinares militares, por força do dispositivo constitucional no art. 5º, LXI, que no caso de cerceamento de liberdade, igualou-se em tratamento tanto os crimes militares como as transgressões disciplinares, toda definição legal deve ter um mínimo de certeza para que os acusados possam, primeiramente, conhecer a conduta que evita a sanção. Exemplificativamente, quando o n. 85 do Anexo I do Regulamento Disciplinar do Exército, define que constitui transgressão disciplinar “desrespeitar, em público, as convenções sociais”, deve, ainda que em norma infra legal, definir, previamente,

quais são as convenções sociais que acarretam a sanção disciplinar sob pena de, antecipadamente, comprometer o direito à ampla defesa, uma vez que impossibilita conhecer qual conduta a ser observada.

Nesse aspecto, não deve haver um preenchimento dos conceitos abertos pela autoridade competente, em atenção à discricionariedade administrativa, pois se houver esse preenchimento, será antes de tudo uma própria ofensa ao princípio da disciplina, que consoante o §2º do art. 14 da Lei 6.880/80 (Estatuto do Militares) consiste ser a disciplina militar:

“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.”

Para que haja rigorosa observância, deve-se haver prévio conhecimento, ofertado pelo ordenamento jurídico. Deixá-lo à mercê do superior hierárquico é enfeixá-lo com um instrumento de arbitrariedade.

Dessa forma, por ampla defesa devem ser compreendidos todos os meios jurídicos que os acusados dispõem para se defenderem das acusações imputadas. A Lei 9.784/99, a fim de garantir a ampla defesa, no inciso, X do parágrafo único do art. 2º, impõe a Administração a observância dos direitos à comunicação, do direito de apresentação das alegações finais, da produção de provas e da interposição de recursos, nos processos que possam resultar sanções e nas situações de litígio, tudo em vista a efetivamente garantir a ampla defesa do acusado. Não é Por demais ressaltar que o *caput* do art. 2º destaca que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, entre outros explicitados no artigo ou não, pois em se tratando de interesse público, há que se considerarem todas as normas que possam concorrer para a realização do fim comum.

No entanto, cumpre destacar que a regra suprarreferida é uma norma geral e os regulamentos disciplinares, por força do disposto no art. 5º, LXI, foram recepcionados com força de lei, sendo assim considerados como leis específicas, regulam a amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares, nos termos do art. 47 da Lei 6.880/80 (Estatuto do Militares).

Com relação ao contraditório, Alexandre de Moraes (2007, p. 96) registra:

É a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Com o fito de assegurar aos interessados a proteção do princípio do contraditório no âmbito da Administração Federal, a Lei 9.784/99 elencou, entre outros, o princípio do contraditório. Consubstanciando o contraditório, o Capítulo II (Dos Direitos dos Administrados), no art. 3º reconhece como direitos, entre outros, a ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer decisões proferidas, formular alegações e apresentar documentos antes da decisão e fazer-se assistir por advogado, quando a representação não for obrigatória por força de lei.

O que ocorre, em sede de regulamentos disciplinares militares, é que são silentes quanto à materialização do contraditório, salvo no caso do RDE, que não somente o admite como direito do militar em processo disciplinar, como reconheceu o princípio como vetor do procedimento da sindicância. Os regulamentos da Marinha e da Aeronáutica, elaborados antes da atual Constituição, ainda não se adequaram aos ditames do princípio constitucional, possivelmente pela extrema necessidade de aplicar de imediato a sanção disciplinar em atenção à preservação da Disciplina.

Dessa forma, necessário se faz a observância dos princípios norteadores do processo administrativo militar, devendo os regulamentos disciplinares se adequarem aos novos ditames constitucionais, sob pena de se colocar em risco, um dos mais caros direitos, o direito de liberdade de locomoção dos militares.

3.6. Competência para Conhecer e Julgar o *Habeas Corpus* em sede de Prisão Administrativa Militar

Como a temática do presente trabalho refere-se à possibilidade de impetração do *habeas corpus* em sede de prisão administrativa militar, impende examinar, na hipótese do cabimento do *writ*, quais autoridades seriam competentes para conhecê-lo e julgá-lo.

O art. 124 da Constituição Federal de 1988 assevera que compete à justiça militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Como as transgressões

disciplinares não são consideradas crimes, estas estão fora da competência da justiça militar. Dessa forma, necessário se faz verificar que órgão é competente para conhecer e julgar o *writ*.

Em se tratando de *habeas corpus* impetrado por miliciano federal, contra aplicação de punição disciplinar emanada de autoridade militar da União, o órgão competente é a Justiça Comum Federal. Isso é o que reza o inciso VII do art. 109 da CF/88. A esse respeito, colaciona-se o seguinte julgado:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. ATO ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA RECORRER. EXAME DOS REQUISITOS FORMAIS. 1. A União não possui legitimidade ad causam para recorrer da decisão que concede ordem de habeas corpus, mesmo que tal decisão tenha por objeto matéria administrativa, como no caso ora em análise (prisão disciplinar de militar). 2. Conquanto os artigos 142 §2º, da Constituição Federal e 647 do Código de Processo Penal prevejam expressamente não ser cabível habeas corpus para discutir punição disciplinar militar, a jurisprudência tem entendido que, caracterizando-se como ato administrativo, seus aspectos formais podem ser analisados pelo Poder Judiciário, sendo vedado apenas o exame do mérito da punição disciplinar militar. 3. Para a concessão do writ, faz-se necessário que o receio ou a iminência de sofrer constrangimento ilegal seja real, baseado em fato concreto e não apenas em meras presunções. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal Regional Federal. 4. Demonstrada a existência de fatos concretos que indiquem o constrangimento ilegal que o paciente estaria na iminência de sofrer, merece ser concedida a presente ordem de habeas corpus. 5. Recurso da União não conhecido, por falta de legitimidade ad causam. 6. Recurso oficial não provido. (TRF1 – RSE nº 200735020047325/GO – 4ª Turma – Rel. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves, j. 04.11.08, e DJF1 de 21.11.2008, pag.815)

Quanto ao remédio heróico manejado por castrense estadual, de acordo com a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, cabe à Justiça Militar Estadual conhecer e julgar o *writ*. Assim reza os §§ 4º e 5º do art. 125 da Carta de Outubro:

Art. 5º...

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Esse é o posicionamento adotado por Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (ROSA, 2003, p. 16), que em estudo sobre o cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares, aduziu o seguinte:

No Brasil, o militar que sofra abuso ou ilegalidade no seu direito de ir e vir, decorrente de prisão pela prática, em tese, de transgressão disciplinar militar, poderá propor perante o Tribunal Militar competente ação constitucional de *habeas corpus*, inclusive com pedido de concessão de medida cautelar.

Saliente-se, por oportuno, que não são todos os Estados da Federação que possuem Justiça Militar organizada. Nesses Estados, o *Habeas corpus* em favor dos militares estaduais, deve ser impetrado junto a justiça comum estadual, que terá a competência para conhecer e julgar o *writ* .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta pelos direitos fundamentais do homem no curso da história sempre exigiu que esses direitos estivessem dispostos em documentos jurídicos, de modo a estabelecer limites da atuação do Estado em face do indivíduo, visando coibir os abusos praticados.

Destarte, os direitos fundamentais foram reconhecidos como sendo aqueles indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, a Constituição Federal de 1988 catalogou um rol mínimo de direitos fundamentais e os alçou à categoria de cláusulas pétreas, suprimindo qualquer possibilidade de alteração via Poder Constituinte Derivado.

Dentre os direitos fundamentais, o de liberdade de locomoção recebeu atenção especial por parte do constituinte, posto que, é por intermédio dele que o homem pode realizar outros direitos fundamentais.

O *habeas corpus* foi o mais importante instrumento de proteção do direito de locomoção já criado. Ao longo do tempo, ele sofreu vários aperfeiçoamentos visando adequar-se à realidade de cada época. Pode-se verificar a presença do *writ* em todas as constituições pátrias como instrumento hábil a fazer cessar a ameaça ao direito de ir e vir ou o abuso de poder praticado contra a liberdade ambulatoria do indivíduo, sendo vedada sua utilização apenas nos casos de transgressão disciplinar, fato que ocorreu a partir da Constituição de 1934, sendo que, com a Carta de Outubro apenas em sede de transgressão disciplinar militar persistiu a vedação. Tal proibição, todavia, na total contra-mão da ordem constitucional, não é absoluta, não podendo haver apego à literalidade do texto, sendo necessário que seja feita uma interpretação observando a ordem constitucional. Como foi visto, em outros países, como em Portugal, por exemplo, não existe qualquer vedação. Ao revés, há previsão constitucional expressa da possibilidade de manejo do *writ* pelos milicianos.

Com o fito de tornar efetivos os direitos fundamentais e realizar o interesse coletivo, a Administração Pública é norteadada por princípios e poderes. Nesse diapasão, a relação entre a Administração e o indivíduo é sempre verticalizada em favor do interesse público. Essa verticalização, todavia, não pode ensejar abusos, ou seja, a atividade da Administração deve seguir os ditames constitucionais e legais.

Dentre os poderes administrativos consta o poder disciplinar, do qual decorre a aplicação da penalidade de prisão administrativa militar. Como é cediço, esse poder é discricionário, possuindo o administrador público, no seu exercício, a faculdade de escolher qual a melhor e mais oportuna decisão a ser tomada no momento da produção de um ato administrativo, tudo sempre visando o interesse coletivo.

Todavia, como a prisão administrativa militar refere-se a um ato administrativo que cerceia a liberdade de locomoção do indivíduo, a discricionariedade deve ser mitigada. Ou seja, não pode a liberdade de um cidadão ficar ao talante da autoridade militar. Na aplicação da penalidade em comento, deve-se observar o princípio da razoabilidade, sob pena de incorrer-se no abuso de poder.

Como estudado, a aplicação da prisão administrativa militar é um ato administrativo, e como tal possui alguns requisitos que devem ser observados pela autoridade militar, sem os quais o ato estará eivado de vício, que o sujeitará à apreciação pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, na hipótese do militar ter sua liberdade de ir e vir cerceada por ato praticado por uma autoridade incompetente, se não lhe for oferecido a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, se não houver a observância do princípio da razoabilidade no momento da aplicação da penalidade, isto é, sim não forem observados os princípios norteadores do processo administrativo, pode o miliciano se utilizar do instrumento hábil para discutir a legalidade desse ato, qual seja, o *habeas corpus*, levando à apreciação judiciário a lesão ou à ameaça a direito, segundo o consagrado princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois não foi desejo do legislador constituinte excluir essa parcela de cidadãos brasileiros da proteção do manto constitucional. Se esse fosse o seu desejo, certamente o teria feito no momento em que trata dos direitos e garantias fundamentais e não na oportunidade em que versa sobre as Forças Armadas.

Portanto, não é por escolher a carreira das armas que o homem perde sua condição de cidadão e pessoa humana. Em que pese as particularidades que revestem a atividade militar, os princípios constitucionais não podem ser esquecidos nem suplantados dentro da caserna. Pelo contrário, é necessário observá-los para que se obtenha o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

- MANUAIS:

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSANA, Dante. **O Habeas Corpus no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus**: Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares Militares. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. revista, ampliada e atualizada até 31/12/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIDIER JR, Fredie. **Ações Constitucionais**. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Sobre o Direito Constitucional Comparado**. In. Revista de Direito Constitucional e internacional, vol. 14, n. 55 abr./jun. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Atlas, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niteroi: Impetus, 2008.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

VIEIRA, Diógenes Gomes. **Manual Prático do Militar**. Natal: Editora D&F Jurídica, 2009.

- ARTIGOS DA INTERNET:

LOUREIRO, Ythalo Frota. **A vedação de habeas corpus em relação às sanções disciplinares militares e as Polícias Militares**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 637, 6 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6567>>. Acesso em: 16 out. 2009.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Constitucional Militar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3854>>. Acesso em: 16 out. 2009.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Militares e habeas corpus: inconstitucionalidade do art. 142, §2º, da CF**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1593>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

- PERIÓDICOS:

Revista Ágora, Vitória, n. 7, 2008

Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, n. 29, 2001.

Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, n. 30, 2001.

Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, n. 66, 2007.

STM em Revista, Justiça Militar da União, n. 2, 2005.

-LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos e Lívia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008. (Vade Mecum).

_____. Decreto lei n. 3689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Vade Mecum, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Decreto n. 4346, de 26 de agosto de 2002. **Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército e dá outras providências.** Manual Prático do Militar, São Paulo, 2009.

_____. Lei 6880, de 09 de dezembro de 1980. **Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.** Manual Prático do Militar, São Paulo, 2009.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa:** promulgada em 02 de abril de 1976. Organização do texto: Assembleia da República.pt, 2005.

RIO GRANDE DO NORTE. Decreto n. 8336, de 12 de fevereiro de 1982. **Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte e dá outras providências.** Regulamentos Militares, São Paulo, 2003.