

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES**  
**PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**CAMPUS DE ERECHIM**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**BRUNA CRISTINA TELLES**

**CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES**  
**MILITARES**

**ERECHIM**

**2018**

**CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES  
MILITARES**

**Trabalho de conclusão do Curso,  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharela em Direito do  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
Curso de Direito da Universidade Regional  
Integrada do Alto Uruguai e das Missões –  
Campus de Erechim - RS.**

**Orientador: Prof. Me Luciano Alves Dos  
Santos**

**ERECHIM  
2018**

**CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES  
MILITARES**

**Trabalho de conclusão do Curso,  
apresentado como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharela em Direito do  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
Curso de Direito da Universidade Regional  
Integrada do Alto Uruguai e das Missões –  
Campus de Erechim - RS.**

**Erechim/RS, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Orientadora Me Luciano Alves Dos Santos

Universidade Regional e Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim

---

Prof. Avaliador

Universidade Regional e Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim

---

Prof. Avaliador

Universidade Regional e Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim

**Dedico** esta monografia pelo apoio e carinho recebido durante o período acadêmico aos meus pais.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter me dado saúde e força para superar todas dificuldades, ao meu orientador, Prof. Me. Luciano Alves Dos Santos, pelo suporte, por suas correções e incentivo, bem como a todos os meus colegas em especial a Ana Paula Kogik e a Marina Pinheiro, por sempre estarem ao meu lado durante todos os anos da faculdade, a esta universidade e corpo docente, que colaboram positivamente nesta longa jornada de estudos e abdicção por esta causa nobre na busca do conhecimento, bem como na elaboração desta monografia e conclusão do meu Curso de Direito e a meus pais, pelo amor, incentivo e apoio incondicional.



*“Não basta que todos sejam iguais perante a lei.*

*É preciso que a lei seja igual perante todos.”*

*Salvador Allende*

## RESUMO

O estudo dessa monografia tem por finalidade discutir o cabimento ou não do instituto do *habeas corpus* nos casos de restrição à liberdade de locomoção em consequência de punição por transgressão disciplinar militar. O instituto previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, define 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”. Porém, a mesma que diz que “todos são iguais perante a lei”, possui incompatibilidade em seus direitos fundamentais de igualdade, quando restringe o uso do *habeas corpus*, quando se refere aos militares das forças armadas e em decorrência das policias militares e bombeiros militares, forças auxiliares e reserva das forças armadas, em seu artigo 142, § 2º, *in verbis*: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares”. Abordou-se sobre o *habeas corpus*, sua legalidade, a transgressão disciplinar, os princípios básicos da doutrina militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina. Quanto à metodologia empregada, como técnica de pesquisa foram utilizados a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental, como método de abordagem foi utilizado o método indutivo e como método de procedimento foi utilizado o analítico-descritivo. Constatando-se que a jurisprudência dos tribunais é pacífica no alívio do tema, havendo restrição referente ao mérito administrativo, admitindo-se o *habeas corpus* quando o ato estiver viciado em sua forma.

**Palavras-chave:** *Habeas Corpus*. Punição Disciplinar. Transgressões Disciplinares. Hierarquia e Disciplina.

## ABSTRACT

The study of this monograph has the purpose of discussing whether the habeas corpus institute is responsible for cases of restrictions on freedom of movement and consequence of punishment for military disciplinary transgression. The institute provided for in the Federal Constitution, in its article 5, paragraph LXVIII, defines that: "To be granted habeas corpus whenever a person suffers or is threatened to suffer violence or coercion in his freedom of movement, by illegality or abuse of power ". However, it says that "all are equal before the law", it has incompatibility in its fundamental rights of equality, when it restricts the use of habeas corpus, when it refers to the military of the armed forces and as a result of military police and military firefighters, auxiliary forces and reserve of the armed forces, in its article 142, paragraph 2, in verbis: "There will be no habeas corpus in relation to disciplinary punishment." In this monograph the habeas corpus, its legality, disciplinary transgression, the basic principles of military doctrine, hierarchy and discipline, were discussed. The methodology adopted was bibliographical, with consultations of doctrines and jurisprudence regarding this restriction of freedom questioned in the military sphere. As for the Methodology used, as research technique were used bibliographic research and documentary research, as method of approach was used the inductive method and as method of procedure was used analytical-descriptive. It is noted that the jurisprudence of the courts is peaceful in alleviating the subject, and there is a restriction regarding administrative merit, allowing habeas corpus when the act is vitiated in its form.

**Keywords:** *Habeas Corpus*. Disciplinary Punishment. Disciplinary Transgressions. Hierarchy and Discipline.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO <i>HABAEAS</i> <i>CORPUS</i>.....</b>	<b>13</b>
2.1 CONCEITO DE <i>HABEAS CORPUS</i> .....	13
2.2 NATUREZA JURÍDICA DE <i>HABEAS CORPUS</i> .....	15
2.3 ESPÉCIES DE <i>HABEAS CORPUS</i> .....	18
2.4 LEGITIMIDADE ATIVA.....	20
2.5 LEGITIMIDADE PASSIVA.....	21
<b>3 DO CABIMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES.....</b>	<b>22</b>
3.1 TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES.....	22
3.2 CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO.....	24
3.3 DO CABIMENTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES.....	25
<b>4 <i>HABEAS CORPUS</i> REMÉDIO CONSTITUCIONAL CONTRA A ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER NAS INSTITUIÇÕES MILITARES.....</b>	<b>29</b>
4.1 CONCEITO DE ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER.....	29
4.2 <i>HABEAS CORPUS</i> REMÉDIO CONSTITUCIONAL CONTRA A ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER NAS INSTITUIÇÕES MILITARES.....	30
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>39</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido para essa monografia é sobre o cabimento ou não do *Habeas Corpus* nas transgressões disciplinares militares, sabendo-se que tal instituto, é desde a sua consagração de cabedal importância, no combate da ilegalidade e abuso de poder. A escolha resulta do anseio em aprofundar os conhecimentos e o entendimento jurisprudencial acerca do tema, e identificar se é possível a invocação do *habeas corpus* nos atos de restrição à liberdade de locomoção em virtude de punição disciplinar militar oriunda das transgressões disciplinares militares.

No estudo desenvolvido apresenta-se a conceituação e a natureza jurídica do *habeas corpus*, analisa-se o cabimento, do instituto, quando de transgressões disciplinares militares, levando-se em consideração os princípios basilares dos militares, destacando-se a hierarquia e disciplina, e busca-se demonstrar que o referido instituto, é um remédio constitucional que pode ser pedido, contra a ilegalidade e abuso de poder nas instituições militares, não significando o seu deferimento, frente as decisões pautarem-se não ao cidadão comum, mas aos militares, os quais regem-se por normas de conduta rígidas e específicas.

Analisa-se o ato administrativo da punição disciplinar militar, na premissa de que o mesmo, como qualquer outro ato administrativo não deve abster-se do cumprimento das exigências obrigatórias e que estejam em consonância com a legalidade. Destaca-se que as consequências legais de um ato administrativo podem advir, apenas após a plena observância das normas e princípios arrolados na Constituição Federal. Caso em que o ato administrativo, não atenda ao estabelecido na Constituição Federal, será um ato viciado, ilícito, em decorrência sem eficácia para produzir efeitos, e em caso de punição com a restrição à liberdade, tendo em

vista que o direito à vida, é o bem jurídico basilar e sendo que ao lado deste está o direito à liberdade. Assim, ressalta-se que os tribunais de justiça já consolidaram entendimento, no sentido de que o ato de punição militar originado da transgressão disciplinar militar é um mero ato administrativo decorrente do poder disciplinar e, dessa maneira para gerar os efeitos legais, devem estar presentes todos os elementos que concorrem para sua formação.

O objetivo geral da monografia é de analisar as possibilidades e consequências do cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares, os objetivos específicos são definir o conceito e natureza jurídica do *Habeas Corpus*; analisar o cabimento do *Habeas Corpus* nas transgressões disciplinares militares e associar o *Habeas Corpus* como um remédio constitucional contra a ilegalidade e abuso de poder nas instituições militares.

O estudo justifica-se na importância do *Habeas Corpus*, sendo o mesmo considerado como um dos principais remédios constitucionais, direcionado à garantia dos direitos individuais relacionados com a liberdade de locomoção de todos os seres humanos, encontrando-se a sua previsão no art. 5º da Constituição Federal e nos artigos 647 a 667 do Decreto-lei nº 3.689/41 do Código de Processo Penal e pelo artigo 23 da Lei nº 8.038/90 que reafirma a aplicação das disposições do Código de Processo Penal. E ainda, no entendimento sobre a exceção aos Policiais Militares, os quais não estão amparados, ou seja, a Constituição Federal em seu artigo 142 §2 prevê que aos militares não caberá *Habeas Corpus* nas punições disciplinares militares.

O caminho metodológico seguido foi da pesquisa bibliográfica e documental, com consulta de obras doutrinárias, Códigos, jurisprudências, artigos online referentes ao tema, que foram lidos, analisados. A pesquisa é indutiva e com método analítico descritivo.

A Monografia possui três capítulos, sendo o primeiro uma abordagem do conceito de *habeas corpus*, a sua natureza jurídica e os aspectos fundamentais sobre as espécies de *habeas corpus*, a legitimidade ativa e a legitimidade passiva.

No segundo capítulo, aborda-se sobre o cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares, do significado de acordo com as normas das Forças Armadas de transgressão disciplinar militar e dos elementos relevantes sobre as causas de justificação.

E por fim, no terceiro capítulo trata-se dos aspectos relacionados com o *habeas corpus* como um remédio constitucional, responsável pelo combate a ilegalidade e o abuso de poder por parte das Instituições Militares, apresentando-se ainda, os conceitos de ilegalidade e abuso de poder.

## 2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO HABEAS CORPUS

Nesse primeiro capítulo abordam-se o conceito de *habeas corpus*, a partir da definição de ideias de autores, dentro do embasamento constitucional, destacando-se a sua importância e da natureza jurídica do instituto. Também são destacados os aspectos fundamentais da doutrina sobre as espécies de *habeas corpus*, a legitimidade ativa e a legitimidade passiva.

### 2.1 CONCEITO DE *HABEAS CORPUS*

A palavra *habeas corpus* origina-se do latim, em seu sentido literal, significando “tome o corpo”, com *habeas*, que é o subjuntivo de *habeo*, que quer dizer ter, possuir, manter, e *corpus* ou “corpo”, isto é, é tome a pessoa presa e a apresente ao juiz, para julgamento do fato, após passou-se a ser entendida como a própria “ordem de libertação” (ISHIDA, 2015).

Segundo Bonfim (2006), o instituto do *habeas corpus* é o remédio jurídico processual destinado a proteger a liberdade de locomoção da pessoa, e desde o início existiu como segue entendimento:

*Habeas corpus* é o remédio jurídico-constitucional destinado a proteger a liberdade de locomoção do indivíduo (*ju manendi, eundi, ambulandi, veniendi, ultro citroque*), ameaçada por qualquer ilegalidade ou abuso de poder. A expressão *habeas corpus* significa ‘tome o corpo’, pois em suas origens, com a impetração da ordem o

prisioneiro era levado à presença do rei para que este verificasse a legalidade ou ilegalidade da prisão (BONFIM, 2006, p. 740).

Historicamente o instituto surgiu como uma necessidade de controlar o poder e do arbítrio, combater o autoritarismo que havia no início das civilizações, e igualmente na contemporaneidade se faz de suma importância para controlar abuso de poder, e quaisquer outros atos arbitrários que venham macular o direito de ir e vir. Ainda, em retrospectiva histórica, era utilizado nos períodos de guerra, momentos nos quais os direitos da pessoa humana eram esquecidos, portanto o instituto nasceu como uma maneira de assegurar e garantir à proteção a liberdade física.

Afirma Pinto Ferreira (1988), onde o procedimento é tomar a pessoa presa para apresentá-la ao juízo e assim ela ser julgada, de forma com que seja a ela deferida sua tutela de liberdade, onde o seu objetivo básico é a liberdade física do indivíduo. Cita-se que: “A expressão tem o significado espiritual de entender-se que se toma a pessoa presa para apresentá-la ao juiz a fim de ser julgada. O seu objetivo básico é a tutela da liberdade física, ou da liberdade de locomoção (PINTO FERREIRA, 1988, p. 137).

Para Pinto Ferreira (1988) esta expressão possuía o significado de fazer-se a apresentação do detido, em juízo, para que a ordem da constrição fosse justificada, ficando a critério do juiz, mantê-la ou revogá-la, tendo seu principal objetivo a tutela de liberdade somente física ou de locomoção.

No mesmo sentido, em relação ao significado inicial da expressão do *habeas corpus* e sua aplicação, Miranda (1951), explica que:

*Habeas corpus* eram as palavras iniciais da fórmula do mandado que o Tribunal competente concedia endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte /; “tome (literalmente: tome no subjuntivo, *habeas, de habeo, habere*, ter, exhibir, tomar, trazer, etc.) o corpo deste detido e vem ao tribunal o homem e o caso” (MIRANDA, 1951, p.23).

Dessa maneira, pode-se dizer que no entender de Pontes de Miranda há a interação da ideia de que era necessário apresentar ao Tribunal o homem e o negócio/fato jurídico para que pudesse a justiça devidamente instruída, determinar sobre a questão e além de tudo guardar a pessoa. Na prática do direito atual forense observa-se que já não mais se procede de acordo como os procedimentos acima citados, que enquadra no próprio contexto da palavra, não há como defini-lo com seu sentido etimológico, sua definição precisará ser concretizada por meio

dos elementos de sua atual estrutura em nível constitucional e sempre fixando em seu caráter de proteção a liberdade física do indivíduo.

Corroborando Constantino (2001), sobre a matéria constitucional, na qual o *habeas* é um meio para resguardar a tutela da liberdade fundamental de ir, vir e ficar:

Considerando que o *habeas corpus* vem estabelecido pela Constituição Federal e serve para a garantia da liberdade locomotora de alguém, é certo dizer que o *habeas corpus* se trata de um meio constitucionalmente estabelecido para a tutela da liberdade fundamental de ir, vir e ficar (CONSTANTINO, 2001, p. 29).

Acrescenta Constantino (2001) que o *habeas corpus* é uma garantia individual, um remédio jurídico constitucional, que destina-se a tutelar a liberdade física do indivíduo. Sendo então, conceituado, como o remédio judicial que tem por fim evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. Com ele se pode impugnar atos administrativos ou judiciários, inclusive a coisa julgada, e de particulares.

Portanto, constata-se que, o *habeas corpus* é fundamental remédio constitucional, destinado a proteção da liberdade de locomoção, assim como do direito de ir, vir e ficar do cidadão.

## 2.2 NATUREZA JURÍDICA DO *HABEAS CORPUS*

Primeiramente, deve-se explicar que o *habeas corpus* se trata de um direito público subjetivo constitucional, tendo em vista que protege o bem do próprio cidadão e é de interesse social. A Constituição Federal de 1988, no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, prevê em seu artigo 5º, inciso LXVIII, *in verbis* 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 (BRASIL, 1988).

O *habeas corpus* é uma medida de basilar importância para a defesa da liberdade pessoal, como sabe-se, a liberdade é um direito fundamental da pessoa humana. Preceitua em conformidade também o artigo 647, do Código de Processo Penal que:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição militar (BRASIL, 1941).

O legislador constitucional utiliza a expressão liberdade de locomoção, e o ordinário usa a frase liberdade de ir e vir, porém, ambos acabam integrando-se por meio de um único denominador comum que é a tutela *do ius manendi, ambulandi e eundi ultro citroque*. Assim, no que diz o conceito expressamente constitucional esclarece Marques (1965):

Incluindo a Constituição, ao direito de ir e vir, entre um dos direitos concernentes à liberdade, que deve ser tutelado e assegurado, viola-lo ou pô-lo em perigo, por ilegalidade ou abuso de poder, será atentar contra a própria Constituição. Daí o *habeas corpus* como instrumento ou meio destinado a prevenir a irregularidade constitucional, ou a restaurar a situação que se apresenta como lesiva do *ius libertatis* constitucionalmente proclamado (MARQUES, 1965, p.383).

Portanto, verifica-se que desde a restrição ou perigo desta restrição ao direito de ir, vir e ficar do ser humano resulte de ilegalidade ou abuso de poder, o *habeas corpus* poderá ser impetrado, apto para remover a coação ou ameaça. Igualmente em estudo da proteção da liberdade física da pessoa humana, a Constituição Federal condiciona à violência ou coação vinculada à ilegalidade ou abuso de poder, cuja inteligência torna-se necessariamente objeto a ser explicitado. No que diz respeito sobre o conceito de violência e coação, afirma Azevedo (1958):

Por violência se entenderá o emprego de força física, *vis*, para dominar o paciente, para priva-lo, pela força, de sua liberdade de locomoção, para conduzi-lo, vencendo sua resistência, violência física. A coação seria a mesma, ou qualquer restrição, ou limitação à liberdade de ir, vir e ficar, à qual o paciente se sujeitaria sem necessidade do emprego de força física, material. Imposição de autoridade, coação moral (AZEVEDO, 1958, p. 369-370).

No mesmo diapasão, onde o amparo à liberdade física é devido, quer este provenha de violência física como moral, para Abreu (1945):

O texto do artigo em exame se refere a violência e a coação, dois termos que não exprimem precisamente a mesma ideia, e por isso entendeu conveniente o legislador empregar os dois. São diversas modalidades do constrangimento: a violência da ideia de força abusiva, ostensiva, sem aparência de legalidade; coação não traduz a mesma ideia, mas exprime constrangimento decorrente de um ato ilegal praticado de boa-fé, sem intuito de ostentação de força (ABREU, 1945, p. 561-562).

A Constituição Federal em seu texto é de clara, não deixando margens à divergência de interpretações. Nesse sentido, a palavra violência exprime a *vis corporalis*, violência física ou material, e a coação exprime a violência mais para a parte moral, na *vis compulsiva*, que pode decorrer de ameaça, medo ou intimação. Ao lado da violência ou coação, o legislador constitucional com o mesmo ponto de vista, pressupõe sobre a existência da ilegalidade e abuso

de poder. Em suma se o ato coativo ou abuso não encontrar parâmetro legal este será ilegal passível de ser corrigido, segundo Mossin (2000):

A ilegalidade pode traduzir a arbitrariedade, quando se revela um excesso de autoridade ou a prática de ato abusivo ou não autorizado legalmente. Enfim, a ilegalidade é a demonstração do que está em oposição à lei. Portanto, desde que o ato coativo ou ameaçado de sê-lo, em sentido amplo, não encontra parâmetro ou suporte legal é ele ilegal, passível de ser corrigido pelo remédio heroico do *habeas corpus*, o qual se eleva, também à condição de *mandamus* de índole constitucional (MOSSIN, 2000).

A ilegalidade que se refere o autor, deve ser compreendida como todo ato ou ação que for contrário a lei ou excedente a seu teor. Ainda, que o abuso de poder esteja compreendido na ilegalidade, o legislador constitucional o destacou dela para dar-lhe amplitude e projeção, e, ainda, para impedir interpretações confusas quando fosse examinado o texto constitucional. Sobre o abuso de poder Miranda (1987) esclarece que:

Abuso de poder é o exercício irregular do poder. Usurpa poder quem, sem o ter, procede como se tivesse. A falsa autoridade usurpa-o; a autoridade incompetente, que exerce poder que compete a outrem usurpa; a autoridade competente não usurpa, mas, de certo modo, exorbita se abusa do poder (MIRANDA, 1987, p.313-314).

Mesmo que o abuso de poder representa uma atividade fora da lei, o abuso é praticado como se não houvesse a lei, como se a autoridade “criasse” para aquele momento uma ocasião ou regra a ser seguida, na qual está não tem autorização usurpando todo o mérito legal. Ademais, no que refere-se a natureza jurídica do *habeas corpus*, cabe salientar que o *habeas corpus* é entendido pelo Código de Processo Penal como recurso, dedicando-lhe o Capítulo X, do Título II, de seu livro 3º, título “Dos Recursos em geral”. Percebe-se que há várias divergências entre doutrinadores no que diz respeito à natureza jurídica. Modernamente está sendo desprezada a ideia de que o *habeas corpus* seja de natureza de recurso processual, seguindo a ideia de Miranda (1951):

O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação ... A ação é preponderantemente mandamental. Nasceu assim o instituto. Os dados históricos não lo provarão. Não se diga (a economia seria imperdoável) que se trata de recurso. A pretensão não é recursal. Nem o foi, nem o é. É ação contra quem violou ou ameaça violar a liberdade de ir, vir e ficar. Talvez contra a autoridade judiciária. Talvez contra tribunal (MIRANDA, 1951).

Sob o mesmo ponto de vista Capez seguindo a mesma corrente de Pontes de Miranda, apenas com algumas variações no que diz respeito ao tipo de ação que deve ser realizada nos determinados fatos jurídicos, afirma ser a natureza jurídica do *habeas corpus* uma:

Ação penal popular com assento constitucional, voltada à tutela da liberdade ambulatoria, sempre que ocorrerem qualquer dos casos elencados no artigo 648 do Código de Processo Penal. Nas hipóteses previstas nos incisos II, III, IV e V, assume função de verdadeira ação penal cautelar. Nos incisos VI e VII, funciona como ação rescisória, se a sentença já tiver transitado em julgado, ou como ação declaratória, se o processo estiver em andamento. No inciso I, poderemos ter ação cautelar constitutiva, dependendo do caso (CAPEZ, 2017, p.610-611).

Ainda, referente aos que adotam a natureza jurídica como sendo de recurso, especificamente um recurso ordinário, Siqueira (1930) comenta:

Efetivamente, longe de ser um recurso extraordinário, onde erroneamente se aprove qualifica-lo, é antes um recurso ordinário e pelo seu processado, um recurso especial. Não é um recurso extraordinário porquanto é interposto, processado e decidido entre agentes e por agente do Poder Judiciário. O habeas corpus é um recurso especial pelo seu modo de sua impetração e pela sua marcha processual (SIQUEIRA, Galdino. 1930, p.383).

Mesmo que não haja uniformidade doutrinária no sentido de elevá-lo a categoria de ação penal, entende-se que tem por objeto o restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar ou subtrair a ameaça sobre esta liberdade. Segundo Greco Filho (1991), a natureza jurídica é uma ação autônoma, sendo uma verdadeira ação, explica:

Discute-se a respeito da natureza jurídica do habeas corpus, se recurso ou ação autônoma. Hoje, todavia, dominante é o entendimento de que a impetração é verdadeira ação, ainda que tenha por objeto impedir coação ilegal da própria autoridade judiciária. Recurso é um pedido de reexame de uma decisão, dentro de um processo; no caso do habeas corpus, o pedido é autônomo, e se desenvolve em procedimento independente. A pretensão do paciente é a correção da violência a liberdade, que pode ou não decorrer de um processo, mas não se submete aos seus trâmites procedimentais (GRECO FILHO, 1991, p. 198).

A partir da análise das doutrinas citadas, entende-se que o *habeas corpus* não pode ser visto como recurso, mesmo presente e referido no Código de Processo Penal no título “Dos Recursos em Geral”, o seu objeto não é fundamentalmente a revisão de uma decisão judicial, sua instrumentalização independe de preexistência de um processo. O pedido de *habeas corpus* é pedido de prestação jurisdicional em ação, como preza sua natureza e com maior predominância de adoção entre doutrinadores, mas não pode-se negar totalmente a ideia de recurso, tendo em vista poder ser impetrado contra decisões do juiz, no sistema de duplo grau de jurisdição e assumir o caráter de recurso para modificar sentença do juiz de 1º grau. Ao ser considerado que o *habeas corpus* é uma ação para verificar a ilegalidade sobre direito de locomoção, indica que se trata de ação de conhecimento. E sendo conhecimento, poderá ter carga de eficácia cautelar (em sentido amplo), constitutiva, declaratória, mandamental e

condenatória (GRECO FILHO, 1991). Ainda, que não haja consenso dos doutrinadores, é evidente o entendimento de que o *habeas corpus* é uma ação autônoma, onde sua finalidade é de garantir a qualquer cidadão o pleno exercício do direito constitucional de ir e vir.

### 2.3 ESPÉCIES DE HABEAS CORPUS

São duas espécies de Habeas Corpus, o liberatório ou repressivo e o preventivo. Quando o objetivo for de afastar algum constrangimento ilegal à liberdade de locomoção já existente, ou seja, quando já se consumou, o *habeas corpus* cabível será chamado de liberatório ou repressivo. Afirma, Nucci (2014):

Se, em tempos pretéritos, havia múltiplas ordens de *habeas corpus*, como retratado no item anterior, atualmente, há basicamente duas: a) *liberatório*, que é o mais comum, dizendo respeito à cessação do constrangimento ilegal contra a liberdade individual, já consumado; atua em relação a qualquer espécie de coação já realizada, buscando retornar o coato à situação anterior de plena liberdade; b) *preventivo*, mais raro, referindo-se à ordem de cautela, visando a assegurar que determinada potencial coação não ocorra. Quando liberatório, a concessão da ordem de *habeas corpus* leva à expedição de alvará de soltura (libertar quem está indevidamente custodiado) ou gera um ofício, contendo uma ordem, enviado à autoridade coatora para que o constrangimento cesse de imediato (trancamento de uma investigação, por exemplo) (NUCCI, 2014).

Portanto, após sua impetração enviada à autoridade coatora, poderá ser concedido a pedido ou de ofício pelo Juiz ou Tribunal que seja competente. Igualmente poderá ser impetrado quando existir uma ameaça à liberdade de locomoção, recebendo a denominação de *habeas corpus* preventivo. Quando houver este caso, deve ser expedido um salvo-conduto, assinado pela autoridade competente. O salvo conduto, do latim *salvus* (salvo) *conductus* (conduzido), fornece a ideia de uma pessoa conduzida a salvo. O salvo-conduto, deve ser expedido se há, como por exemplo, fundado receio de ser preso ilegalmente. Mas o receio de violência deve resultar de ato concreto, de prova efetiva, da ameaça de prisão (ALBUQUERQUE, 2007, p.32).

Ressalta-se que quando houver termo vago, incerto, presumido, sem prova, ou ameaça remota, que pode ser evitada pelos meios comuns, não dará lugar à concessão de *habeas corpus* preventivo. Quando alguém se encontrara ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, neste caso ainda não consumado poderá ser realizado pedido de *habeas corpus* preventivo:

Será preventivo quando sua finalidade for afastar o constrangimento à liberdade antes mesmo de se consumir. Baseia-se, portanto, na iminência da violência ou coação ilegal e na possibilidade próxima da restrição da liberdade individual. Caso seja

admitido, será expedido um salvo-conduto a favor daquele que tem ameaçado sua liberdade de ir e vir. No entanto, se houver mandado de prisão expedido e não cumprido, o impetrante deve requerer no pedido do *habeas corpus* a expedição do contramandado de prisão, e não o salvo-conduto. Tal hipótese gera certa dúvida na doutrina, existindo posicionamento no sentido de ser o *habeas corpus* repressivo, uma vez que o ato coator já estaria devidamente formalizado (BONFIM, 2016. p.1065).

O *habeas corpus* é um instrumento que resguarda qualquer afronta ao direito de liberdade de locomoção previsto na Constituição Federal previsto no artigo 5º. O instituto resguarda, ainda, ameaça deste direito. É uma garantia característica do próprio Estado Democrático de Direito (BONFIM, 2016).

## 2.4 LEGITIMIDADE ATIVA

No artigo 654 do Código de Processo Penal, Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941, o *habeas corpus* prevê que o mesmo pode ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou a favor de outrem, bem como pelo Ministério Público. Desta maneira compreende-se que qualquer pessoa do povo, independentemente de habilitação legal ou de representação por advogado, de capacidade política, civil ou processual, de idade, sexo, profissão, nacionalidade ou estado mental, pode fazer uso *habeas corpus* em benefício próprio ou de outro cidadão. De acordo com Filho (2016):

Qualquer pessoa. Desnecessária a atuação de advogado (“Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.” A 1º, § 1º, Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei 8.906/1994). Até mesmo o Ministério Público pode impetrar *habeas corpus*. (NABUCO FILHO, 2016).

O termo “qualquer pessoa” pode impetrar *habeas corpus*, compreende-se o pedido em favor de terceiro também deixando claro que não faz-se necessário a atuação de advogado. Presume-se, na hipótese do pedido em favor de terceiro, que está tenha a concordância do mesmo, já que, a medida só pode favorecê-lo, e de maneira alguma prejudicá-lo. No entendimento de Capez (2017):

Pode ser impetrado por qualquer pessoa, independentemente de habilitação legal ou representação de advogado (dispensada a formalidade da procuração – STF, RHC 60.287, DJU de 8-10-982, p. 10188). O analfabeto pode impetrar, desde que alguém assine a seu rogo (art. 654, § 1º, c). O promotor de justiça também pode, nos termos do art. 32, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, 12-2-

1993). O habeas corpus pode ser impetrado por pessoa jurídica, em favor de pessoa física (Espínola Filho, Código de Processo Penal anotado, v. 7, p. 233). O juiz de direito não pode impetrar, em face da inércia da jurisdição. O delegado de polícia pode: não como autoridade, mas como cidadão (RTJ 116/917 e RT 545/438 – Tourinho Filho) (CAPEZ, 2017. p.610).

Portanto, não há impedimento para que o faça o menor de idade, o insano mental e o analfabeto, mesmo sem estarem representados ou assistidos. Na última hipótese basta que alguém assine a petição a rogo do analfabeto. Não se admite, o conhecimento de pedido em que não se possa identificar a pessoa do requerente, ou seja, à solicitação anônima. Há, ainda a possibilidade da impetração de *habeas corpus* pela pessoa jurídica em favor de quem está submetido a constrangimento ilegal na liberdade de locomoção, já que o artigo citado faz referência a “qualquer pessoa”, compreendendo inclusive aquela. Segundo entendimento de Lopes (2012):

Noutra dimensão, é absolutamente ilógico admitir que a pessoa jurídica figure no polo passivo de uma ação penal e, ao mesmo tempo, negar-lhe legitimidade para utilizar o habeas corpus como instrumento processual destinado a fazer cessar uma coação ilegal (collateral attack). Por que teria a pessoa jurídica que suportar o ônus de um processo penal nulo ou inútil? Pode ser ré, mas não está legitimada a resistir a uma imputação ilegal? É flagrante a *incongruência e a inadequação da tese que nega à pessoa jurídica legitimidade para impetração do habeas corpus* (LOPES, 2012).

Esclarece-se, que a possibilidade de impetração de *Habeas corpus* pela pessoa jurídica é de corrente minoritária, pelo fato dela não locomover-se.

## 2.5 LEGITIMIDADE PASSIVA

A legitimidade passiva do *habeas corpus* é a pessoa que será apresentada como coatora, seja ela autoridade ou não, que compromete a liberdade individual de locomoção de outra pessoa. Só pode abusar do poder aquele que o detém, sendo, assim, autoridade coatora, já a ilegalidade pode ser cometida por qualquer pessoa. Há muito, foi superado o entendimento que limitava o cabimento do *habeas corpus* aos casos em que a coação era exercida por agente no exercício de função pública. O particular também responde se for o responsável pela coação. Conforme Capez (2007):

Prevalece o entendimento de que pode ser impetrado *habeas corpus* contra ato de particular, pois a Constituição fala não só em coação por abuso de poder, mas também por ilegalidade (Magalhães Noronha, *Curso de direito processual penal*, op cit., p.541). Por exemplo: filho que interna pais em clínicas psiquiátricas, para deles se ver livre. Cabe também contra o juiz de direito, o promotor de justiça e o delegado de

polícia. Quanto à pessoa jurídica, há duas posições: admitindo (*RT*, 482/359) e não [...] (STF, *RTJ*, 104/1060) (CAPEZ, 2017. p.610).

Dessa maneira, suprindo-se a prisão decretada por autoridade administrativa, há constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus* se for ela efetivada ou determinada.

No segundo capítulo tratar-se-á do cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares, do significado de acordo com as normas das Forças Armadas de transgressão disciplinar militar e dos elementos relevantes sobre as causas de justificação.

### 3 DO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES

Nesse capítulo são apresentados os fundamentos do cabimento do habeas corpus nas transgressões disciplinar militar, caracteriza-se a transgressão militar e apontam-se as causas de justificação.

Inicialmente destaca-se que a transgressão disciplinar militar, só poderá praticada por militares e, dessa maneira, não aplicável aos servidores públicos civis, é abrangida em regulamento próprio, as transgressões disciplinares militares tem como pilar particularmente a violação da hierarquia e disciplina militares.

#### 3.1 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Existe na doutrina a diferenciação da transgressão militar do crime militar na medida em que o primeiro é constituído na ofensa aos mesmos preceitos, deveres e obrigações militares, no qual é definida e prevista no Código Penal Militar e no Código Processual Militar. Assis (2001) esclarece tal diferença:

Logo, a diferença que existe entre o crime militar e transgressão disciplinar é apenas a intensidade. A punição da transgressão disciplinar tem carácter preventivo, ou seja, pune-se a transgressão da disciplina para prevenir o crime militar. A relação que existe entre o crime militar e a transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime comum e contravenção penal (ASSIS, 2001, p.46).

Há necessidade de conceituar o termo transgressão disciplinar. Inicialmente, salienta-se que as instituições como as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e as Forças Militares auxiliares (policiais militares e bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal) têm seus próprios regulamentos disciplinares, porém, ambos com pouca diferença no que refere-se as transgressões disciplinares militares. Em tais documentos são destacadas as condutas que constituem as transgressões ou contravenções militares, onde ainda, são fixadas regras de aplicação, punição e demais circunstâncias. O Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), de acordo com o Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002 em seu artigo 14, postula sobre a transgressão disciplinar, *in verbis*:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às

obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe (BRASIL, 2002).

No Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM), normatizado pelo Decreto 88545/1983) é apresentado o conceito de contravenção, em seu artigo 6º, *in verbis*:

Art.6. Contravenção disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, regulamentos, normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime. (BRASIL, 1983)

Identifica-se a partir da análise aos artigos mencionados que o conceito de transgressão disciplinar não modifica entre as instituições, há apenas algumas mudanças, mas não altera seu sentido em que a transgressão disciplinar visualiza-se como o ato ou efeito de transgredir, cometer ou violar uma infração. Sendo seu sujeito ativo unicamente o servidor militar o qual responderá de acordo com o Regulamento da Força a qual este estiver subordinado. Na abrangência Militar, a transgressão disciplinar corresponde a praticar qualquer ação ou omissão diferentemente de crime militar. A transgressão militar constitui em violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações militares, de acordo com o texto da lei. Afirma Abreu (2010) que:

Contravenção ou transgressão disciplinar é toda ação ou omissão que não constitua crime militar, ofensiva à ética, às obrigações ou aos deveres militares, ou, ainda que a afete a honra pessoal, o pundonor militar, o decoro da classe, e, como tal, é classificada pelos regulamentos disciplinares das Forças Armadas (ABREU, 2010, p. 324).

Verifica-se que o não cumprimento de algumas normas no serviço público constitui infração, dentre elas, na esfera militar, que irá configurar-se como a transgressão militar disciplinar. Existem inúmeras variações dos termos usados pelos doutrinadores quanto à transgressão disciplinar, dentre elas são usadas ilícito disciplinar; infração disciplinar; delito disciplinar e ou falta disciplinar. Segundo Rosa (2018):

Definição de transgressão disciplinar militar:

A transgressão disciplinar pode ser entendida como sendo uma contravenção penal, ou seja, a violação de um bem de menor potencial ofensivo. O regulamento disciplinar da Marinha, Decreto Federal n.º 84.143, de 31 de outubro de 1979, não faz menção a transgressão disciplinar, mas utiliza a expressão contravenção.

Por força da CF de 1988, os regulamentos disciplinares das forças armadas, decretos expedidos pelo Poder Executivo, foram recepcionados, mas somente poderão ser alterados por meio de Lei, sob pena de nulidade de qualquer alteração, o mesmo ocorrendo com as penalidades impostas aos militares integrante destas corporações.

Se o militar violar um bem jurídico que tenha importância relevante para o direito, como a vida, à integridade, à imagem da administração pública militar, não estará praticando uma contravenção ou transgressão disciplinar, mas um crime e ficará sujeito a uma sanção que poderá ser desde à pena de morte, em tempo de guerra, privação da liberdade, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, reforma, em atendimento as alíneas “a” a “g” do Código Penal Militar, Decreto-lei n.º 101, de 21 de outubro de 1969 (ROSA, p.01/04).

Em vistas, o militar saber que no cumprimento de suas funções deve observar dois preceitos fundamentais do militarismo, que são a hierarquia e a disciplina, quando não houver o cumprimento destes princípios, tem ciência que poderá configurar a prática de faltas administrativas, ou seja, de transgressões disciplinares. Para Pinto Ferreira (1990) a transgressão disciplinar tem quatro pressupostos:

A transgressão disciplinar tem quatro pressupostos: "a) hierarquia, pois o agente transgressor deve estar subordinado ao agente que o pune; b) poder disciplinar, atribuindo poder punitivo ao superior; c) ato ligado à função do punido; d) pena, baseada em previsão legal". Argui que o *habeas corpus* é possível em três situações: quando a sanção for determinada por autoridade incompetente, quando ela estiver em desacordo com a lei ou os limites da lei forem extrapolados (PINTO FERREIRA, 1990, p. 232/233).

Explica Silva (2018) que ao final de um regular processo administrativo, no qual devem ser garantidos e assegurados a ampla defesa o contraditório, e o direito de recurso, o militar poderá ser punido com o cerceamento da liberdade. Esta prisão administrativa poderá acontecer na forma de detenção ou prisão a ser cumprida no próprio Batalhão Militar.

### 3.2. CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

Segundo o Regulamento Disciplinar do Exército, Decreto n.º 4.346 de 26 de agosto de 2002, o mesmo mantém o texto do Decreto n.º 90.608, em seu artigo 18, quais são as causas de justificação da transgressão disciplinar:

- I - na prática de ação meritória ou no interesse do serviço, da ordem ou do sossego público;
- II - em legítima defesa, própria ou de outrem;
- III - em obediência a ordem superior;
- IV - para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, em caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina;
- V - por motivo de força maior, plenamente comprovado;
- VI - por ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade (BRASIL, 2002).

O Regulamento Disciplinar da Brigada Militar do Estado do Rio Grande Do Sul decreto nº 43.245, de 19 de julho de 2004, em seu artigo 32, prevê sobre as causas de justificação:

Art. 32 - O processo será arquivado quando reconhecido:

I- estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração disciplinar;

IV - não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração disciplinar; V - não existir prova suficiente para a aplicação da punição;

VI - a existência de quaisquer das seguintes causas de justificação: a) motivo de força maior ou caso fortuito; b) legítima defesa própria ou de outrem; c) estado de necessidade; d) estrito cumprimento do dever legal; e) coação irresistível; f) inexigibilidade de conduta diversa (BRASIL, 2004).

As justificativas elencadas não devem ser uma faculdade do julgador, uma vez existentes deverá reconhecer a causa de justificação e arquivar o processo administrativo, sem imposição de qualquer punição ao servidor militar. Ensina Rosa (2018), sobre a configuração da transgressão disciplinar militar onde está não admite aplicação do poder discricionário:

A configuração da transgressão disciplinar militar não admite a aplicação do poder discricionário. Por força da CF, os atos ilícitos devem estar previamente previstos em lei, podendo-se afirmar *que nula é a transgressão sem a prévia norma disciplinar que a defina de forma específica*. A ausência dos elementos que constituem o ilícito disciplinar é motivo para o reconhecimento da atipicidade do fato, que traz como consequência o arquivamento do processo administrativo, sob pena de abuso de autoridade que poderá ser corrigido pela via judicial, incluindo a indenizatória. (ROSA, 2018).

Portanto, necessita-se estar atento, ainda, aos atos administrativos decisórios, os quais devem ser fundamentados conforme disciplina a Constituição Federal, e igualmente aos princípios elencados no artigo 37.

### 3.3 DO CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES

Levando em consideração o tema da liberdade de ir e vir, que consiste em um direito fundamental e individual inerente a todo cidadão, que só pode ser negado em casos expressos. E frente a Constituição Federal que prevê em seus artigos vedações e exceções a este direito, destaca-se a opinião de Rosa (2018), em relação ao assunto:

A Constituição Federal de 1988 veda expressamente a possibilidade de prisão que não ocorra em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade

judiciária competente, art. 5.º, inciso LXI. A regra constitucional admite apenas duas exceções, a prisão civil do depositário infiel e a inadimplência de pensão alimentícia, art. 5.º, inciso LXVII (ROSA, 2018).

Desta maneira, pode-se subentender que é vedado pelo ordenamento jurídico prisões para averiguação ou qualquer outra modalidade que não esteja devidamente prevista em lei, razão pela qual o afastamento cautelar torna-se medida de última *ratio*. Destaca-se que, tanto no Processo Penal Comum, como no Processo Penal Militar, o instituto do *habeas corpus* tem a mesma finalidade e pode ser utilizado sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção. Mas, frente a hierarquia e disciplina inerentes no Direito Militar, o artigo 466 do Código de Processo Penal Militar limita sua aplicabilidade, nos casos em que a punição aplicada, seja de acordo com os regulamentos disciplinares:

Art. 466. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Parágrafo único. Excetuam-se, todavia, os casos em que a ameaça ou a coação resultar: a) de punição aplicada de acordo com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas; b) de punição aplicada aos oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares, de acordo com os respectivos Regulamentos Disciplinares; c) da prisão administrativa, nos termos da legislação em vigor, de funcionário civil responsável para com a Fazenda Nacional, perante a administração militar; d) da aplicação de medidas que a Constituição do Brasil autoriza durante o estado de sítio; e) nos casos especiais previstos em disposição de caráter constitucional (BRASIL, 1969).

O *habeas corpus* é cabível quando se tratar de prisão ilegal ou abusiva, cuja fundamentação seja incerta ao ponto de justificar o cerceamento da liberdade de locomoção, previsto no artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal, *in verbis*:

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 (BRASIL, 1988).

Porém, na seara militar, o cabimento do *habeas corpus* é restrito, encontrando-se vedação constitucional quanto às transgressões disciplinares. A Constituição Federal veda de maneira explícita a concessão de *habeas corpus* em casos de punições disciplinares militares, conforme dispõe o artigo 142 e seus parágrafos:

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 (BRASIL, 1988).

Acontece que, ao fazer esta análise constitucional, evidencia-se que não há como ser analisada em seus regramentos de maneira vedada, faz-se necessário uma análise com o conjunto de princípios e valores que são medidos e apreciados, sob a ótica de princípios norteadores do direito, como por exemplo, o princípio da ampla defesa e do contraditório. Devem ser garantidos todos os direitos que a Constituição prevê para todos os indivíduos, entre eles a ampla defesa e o contraditório, para Politano (2015):

No caso das punições disciplinares, a moderna jurisprudência analisa o tema sob dupla ótica: a primeira sob a ótica da independência dos poderes e a impossibilidade de análise do mérito em atos punitivos (que também vem sendo relativizado em alguns casos). A segunda ótica sob o PROCESSAMENTO DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR. Ou seja, se analisa em verdade se o ato punitivo foi revestido das formalidades da AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO (POLITANO, 2015).

A capacidade para postular com *habeas corpus* para fins de concessão de liberdade em caso de punições disciplinares terá o atributo de analisar a formalidade do ato punitivo, a ampla defesa como também o contraditório. Tal preceito amparado no artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso LV, *in verbis*:

Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, pode-se supor que uma punição disciplinar que seja aplicada sem a garantia da ampla defesa e contraditório, e também sem a garantia dos recursos a ela inerentes, poderá ser impetrado o *habeas corpus* frente ao judiciário. Presume-se que a restrição contida no artigo 142, §2º da Constituição Federal (1988), se refere tão-somente ao mérito da punição disciplinar, não afastando a possibilidade da análise da legalidade do ato. O Supremo Tribunal Federal entende o cabimento:

Não há que se falar em violação ao art. 142 § 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Embora o disposto no art. 142 § 2º, da Constituição Federal de 1988, o entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido do cabimento do habeas corpus quando o ato atacado revestir-se de ilegalidade ou constituir abuso de poder. O que a Constituição proíbe é que se julgue a pena disciplinar, [...] mas o Poder Judiciário

pode verificar se a contravenção disciplinar foi punida pela autoridade competente dentro dos limites legais. (BRASIL, STF, Recurso Extraordinário 338.840-1/RS)

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), hierarquicamente superior aos juízes e tribunais, tanto estaduais, quanto federais, de acordo com o Recurso em *habeas corpus* 2000/0017728-8, *verbis*:

PROCESSUAL PENAL. MILITAR. HABEAS CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR. ART. 142 § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, sendo viável, portanto, a utilização do remédio tutelar constitucional da liberdade de locomoção, relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais, a competência do agente, o direito de defesa e as razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade (BRASIL, STJ, Recurso em Habeas Corpus 2000/0017728-8).

Salienta-se que, também quanto ao cabimento do *habeas corpus*, o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL. RECURSO DE 'HABEAS CORPUS'. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CONTROLE JUDICIAL. REQUISITOS FORMAIS. AUSÊNCIA. MANTIDA A CONCESSÃO DA ORDEM. "A punição disciplinar militar não está isenta de apreciação jurisdicional, tampouco pode prescindir dos requisitos da motivação e razoabilidade que devem fazer parte dos atos administrativos. O comandante militar, embora tenha competência para punir, deve pautar sua conduta pelos ditames da Lei e da Constituição. Em face dos princípios da hierarquia e disciplina - que são inerentes às organizações militares - ao Poder Judiciário é vedado o exame do mérito da sanção aplicada - oportunidade e conveniência - mas não dos aspectos referentes à legalidade da punição, tais como competência da autoridade para o ato, observância das normas, oportunidade de defesa, etc." (BRASIL, TRF4, RECURSO DE "HABEAS CORPUS" Nº 2003.71.02.009643-9/RS).

Assim sendo, destaca-se que a corrente majoritária dos doutrinadores entende de forma positiva o cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares. Havendo, a partir das mesmas, várias correntes favoráveis ao contexto explicado, das quais em sua maioria abordam o cabimento com relação ao Estado Democrático de Direito e ao novo sistema jurídico humanitário, proporcionando às pessoas o exercer todos os direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

No terceiro capítulo abordam-se os aspectos relacionados com o *habeas corpus* como um remédio constitucional, para combater a ilegalidade e o abuso de poder por parte das Instituições Militares, apresentando-se ainda, os conceitos de ilegalidade e abuso de poder.

#### **4 HABEAS CORPUS REMÉDIO CONSTITUCIONAL CONTRA A ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER NAS INSTITUIÇÕES MILITARES**

Nesse terceiro capítulo apresentam-se as considerações e as jurisprudências sobre o *habeas corpus*, como o remédio constitucional para coibir a ilegalidade e o abuso de poder nas Instituições Militares. Igualmente são conceituados os termos ilegalidade e abuso de poder.

É de conhecimento que o *habeas corpus* é uma ação de efeito constitucional que objetiva combater a ilegalidade e abuso de poder que atente contra a liberdade de locomoção de qualquer pessoa, diante disso surge a problemática da possibilidade de cabimento do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares. Tendo em vista, que tal direito é garantido a todo cidadão para recorrerem a situações injustas, ilegais ou arbitrárias em liberdade, coibir o direito a locomoção. Seguem as premissas para compor a ideia do cabimento.

##### **4.1 CONCEITO DE ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER**

O *habeas corpus* objetiva em síntese combater a ilegalidade e abuso de poder, estes termos interligados entre si, pois o abuso de poder deriva-se da ilegalidade, ou seja, algo ao contrário do que dispõe a lei. Atentando-se ao princípio da legalidade onde todo e qualquer ato que emane da Administração Pública deve ter prévia determinação legal, corrobora Meirelles (2009):

“[...] a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (MEIRELLES, 2009: p.89).

A ilegalidade não abarca só a violação da lei, mas também o abuso desta, por excesso ou desvio de poder, quer ocorra à lei, como ocorra a inobservância dos princípios do Direito, assim tornando-se o ato com vício de ilegitimidade e passível de anulação. No que se diz ao abuso de poder Souza (2018), afirma:

O uso do poder é a utilização normal dessas prerrogativas, dentro da legalidade e da legitimidade, respeitados os princípios administrativos expressos e reconhecidos. Aqui, não há de se falar em ilegalidade de qualquer espécie. Diferentemente, o abuso de poder é a conduta do administrador público eivada de ilegalidade, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras. A uma, pela falta de competência legal; a duas, pelo não atendimento do interesse público; e, a três, pela omissão. A doutrina trata o abuso de poder como gênero, dos quais são espécies o excesso de poder e o desvio de poder, ou desvio de finalidade (SOUZA, 2018).

Sobre o abuso de poder, afirma Silva (2018):

[...] o abuso de poder consiste no seu emprego em desacordo com a lei, sem atender aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência". E ainda dispõe que "o abuso de poder, com o seu uso desproporcional, arbitrário, violento, ou desviado de sua finalidade, constitui ato ilícito, quer decorra de excesso ou de desvio de seu objetivo (SILVA, 2018).

Consistindo o abuso de poder em ser realizado em desacordo com a lei, sem atender os princípios da legalidade, tornando-o um ato ilícito logo passível de interposição de remédios constitucionais entre eles o *habeas corpus*. Esclarece Silva (2018) que:

Neste sentido, Meirelles prescreve que "o poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização". E, ainda, afirma o ilustre jurista que: O uso do poder é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, sem abuso. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública (SILVA, 2018).

Destaca-se que os agentes da Administração Pública, tem o dever de vigiar sempre pelo melhor desempenho do Estado, seguindo estritamente a lei e seus princípios (SILVA, 2018).

#### 4.2 HABEAS CORPUS - REMÉDIO CONSTITUCIONAL CONTRA A ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER NAS INSTITUIÇÕES MILITARES

Com o entendimento sobre a ilegalidade e abuso de poder, tem-se que sempre que um ato administrativo configurar-se ilícito este será nulo, tendo assim capacidade para entrar com o *habeas corpus*. O Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69) e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41), em seus artigos 467 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) e 648 do o Código de Processo Penal (CPP), trazem algumas hipóteses de ilegalidade e de abuso de poder, citando-se a seguir:

- 1 - Quando o cerceamento da liberdade for ordenado por quem não tinha competência para tal.
- 2 - Quando ordenado ou efetuado sem as formalidades legais.
- 3 - Quando não houver justa causa para a coação ou constrangimento.
- 4 - Quando a liberdade de ir e vir for cerceada fora dos casos previstos em lei.
- 5 - Quando cessado o motivo que autorizava o cerceamento.
- 6 - Quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.
- 7 - Quando alguém estiver processado por fato que não constitua crime em tese.
- 8 - Quando estiver extinta a punibilidade.
- 9 - Quando o processo estiver evidentemente nulo.
- 10 - Quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza.

Constata-se que sempre houve um prévio entendimento quanto a ilegalidade e abuso de poder, acontece que que o rol é muito maior, pois irá configurar qualquer ato fora da lei. Ao analisar-se a legalidade ou o abuso de poder, a própria Constituição Federal, prevê em seu inciso XXXV do art. 5º que a: “[...] lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E, ainda, em análise a esse dispositivo (art. 5º inciso XXXV CF) conclui-se que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser apreciada pelo Poder Judiciário, cabendo a este decidir quanto à legalidade do ato. Assim não há que se falar em limitações ao Judiciário na hipótese de direito lesionado pois este tem o dever de apreciá-lo quando ocorrer.

Compreende-se que a vedação à concessão de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares, é no sentido de que fica vedado aos juízes e tribunais o questionamento do mérito da decisão administrativa, de acordo com o artigo 142, da Constituição Federal:

**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. [...]  
§ 2º que não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares (BRASIL, 1988).

Tal vedação objetiva proteger os princípios da hierarquia e disciplina, princípios estes que constituem a base dos militares. Acontece que tais punições disciplinares, por muitas vezes como em qualquer esfera ou instituição pode em algum momento ser inverídica, ou até mesmo ilegal. Torna-se dessa forma visivelmente prejudicado o direito do militar ao ser restringido indevidamente o direito ao *habeas corpus*. Conforme entendimento de Abreu (2015), onde sem a possibilidade de entrar com *habeas corpus* no ato administrativo por diversas vezes foram expedidos em desconformidade com a lei, desta forma restringindo direitos e garantias aos cidadãos em especial aos militares:

Consequentemente, por vezes, atos administrativos eram expedidos em desconformidade com a lei, restringindo, indevidamente, direitos e garantias individuais conferidos pela CF/88 a todos os cidadãos, inclusive aos militares. Por esta razão, houve, nos últimos anos, um crescente número de ações judiciais pleiteando a anulação de atos que, num passado próximo, sequer eram questionados internamente (ABREU, 2015 p. 13).

Também é questionado a utilização do *habeas corpus* a quebra da disciplina e hierarquia militar, que são consideradas como bases fundamentais destas instituições, sobre os quais estão estruturadas todas as atividades e procedimentos referentes a vida militar, estes estão dispostos na própria Constituição Federal, no artigo 142, *caput*. A estrutura militar tem por base fundamental a hierarquia e a disciplina, as quais se constata a exigência do estabelecimento de regras específicas, e também rigorosas, para evitar que as organizações militares virem a se destruir. Segundo Silva (1999) sobre a hierarquia da instituição:

A hierarquia militar é a ordem disciplinar que se estabelece nas forças armadas decorrente da subordinação e obediência em que se encontram aqueles que ocupam postos ou posições inferiores em relação aos de categoria mais elevada. Na ordem militar, a obediência hierárquica constitui princípio fundamental à vida da instituição (SILVA, 1999, p. 396).

Ao que refere-se aos princípios da Hierarquia e Disciplina no âmbito militar Assis (2011, p.76 apud Valla, 2003, p.116), afirma ainda que:

A organização militar é baseada em princípios simples, claros e que existem há muito tempo, a exemplo da disciplina e da hierarquia. Como se trata dos valores centrais das instituições militares, é necessário conhecer alguns atributos que revestem a relação do profissional com estes dois ditames basilares da investidura militar, manifestados

pelo **dever de obediência e subordinação**, cujas **particularidades não encontram similitudes na vida civil** (grifo no original).

Considerando que a maneira de manifestação destes dois ditames basilares das instituições militares, ocorrem no dever de obediência e subordinação, torna-se de maneira essencial que a motivação da transgressão e punição militar seja sempre acompanhada de justificativa para ser válida. Em que pese aos julgados em que não são aplicados os direitos e garantias individuais Abreu (2015) ensina que:

Em consequência, os jurisdicionados ora se deparam com julgados que indevidamente lhes mitigam direitos e garantias individuais, em nome de uma suposta proteção da hierarquia e disciplina, ora com sentenças que equivocadamente enfraquecem e põem em risco esses princípios constitucionais, a exemplo das que impedem regular persecução disciplinar ou declaram nulas punições legitimamente impostas (ABREU, 2015, p. 13).

Sem conhecimento específico da questão da disciplina e hierarquia em consonância com as punições disciplinares militares, pode em algum momento acarretar um abalo nesses princípios norteadores entre os militares. Assim, deve-se ter em consideração uma teoria relativa a qual deverá ser preponderante a avaliação minuciosa de todos os fatos acontecidos disciplinarmente, para desta maneira não destruir os princípios norteadores militares nem tão pouco ser injusto e deixar que o abuso de autoridade domine as questões do direito de concessão do *habeas corpus* aos militares, para estes terem o seu direito plenamente assegurado. É entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao ato da punição disciplinar militar, o qual segue:

O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento de que o ato de punição militar é um mero ato administrativo oriundo do poder disciplinar e, para gerar os efeitos legais, devem estar presentes todos os elementos concorrentes para sua formação, tais como:

- a) Finalidade de interesse público;
- b) Competência da autoridade para aplicar a punição;
- c) Devido processo legal, observando-se o contraditório e a ampla defesa;
- d) Forma prescrita em lei.

Os tribunais superiores tem firmado posição de apenas excluir da apreciação judicial questão sobre conveniência e oportunidade da punição, pois, caso assim não ocorresse, criaria uma invasão por parte do Poder Judiciário em assuntos de competência do Poder Executivo (DALLAZUANA, 2013).

Para evidenciar a conformação da pena com a falta e permitir que se confira a todo tempo à realidade e a legitimidade dos atos ou fatos ensejadores da punição administrativa. Após a reforma trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 a Justiça Militar Estadual ganhou a competência civil para as ações judiciais contra atos disciplinares. Frente a isto, não

restam dúvidas de que o ato punitivo disciplinar do militar quando submetido ao controle da Justiça Militar sujeitará aquele ato administrativo ao controle da legalidade, incluindo nele o exame da proporcionalidade e da razoabilidade e demais direitos estabelecidos na Constituição Federal. Determina a Constituição Federal de 1988 em seu art. 37 que:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (BRASIL, 1988).

Na falta de um desses princípios, poderá acarretar a nulidade do ato praticado questionando-se a sua ilegalidade e possibilitando desta forma sua invalidação, conforme Carvalho (2018):

São pressupostos ao cabimento do habeas corpus em punições disciplinares a existência de: a) Restrição ao direito de ir e vir (atual ou eminente); E b) Ato administrativo viciado. São modalidades de punições disciplinares: • A Repreensão (verbal e por escrito; particular e em público); • Detenção até 30 dias; • Advertência; • Impedimento Disciplinar; • Dispensa das funções de atividade; • Serviço extraordinário; • Prisão (fazendo serviço até 30 dias; sem fazer serviço até 15 dias; em separado até 10 dias) • Licenciamento a bem da disciplina; • Exclusão a bem da disciplina. • Desligamento do curso (CARVALHO, 2018).

Entre as várias modalidades de punições, configuram restrição ao direito de ir e vir as punições a de detenção e prisão. Quanto ao cabimento do habeas corpus em relação a punição disciplinar militar, onde a entendimento favorável quando encontrar-se ameaçada a liberdade de locomoção. Neste sentido são os julgados:

CRIMINAL. HC. **SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO. CUMPRIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA OU AMEAÇA À LIBERDADE DE IR E VIR.** ORDEM NÃO CONHECIDA. I. Em relação à punição disciplinar militar, **só se admite a análise da legalidade do ato, via habeas corpus, quando encontrar-se ameaçada a liberdade de locomoção do cidadão.** II. Cumprimento da sanção disciplinar imposta ao paciente. III. Inexistindo ofensa ou ameaça ao direito de ir e vir do paciente, não se justifica a utilização do writ. IV. Ordem não conhecida (STJ; RHC 14906 / DF; Ministro GILSON DIPP; QUINTA TURMA; data do julgamento: 01/04/2004).

Fica evidente que o não cabimento do habeas corpus não deve ser absoluto, devendo-se sempre observar a lei de forma ampla, para que assim seja evitado diversas injustiças no ato. Quando acontecer a prisão ou detenção derivada do ato administrativo militar e esta não obedecer aos requisitos de validade caberá de imediato a impetração do *habeas corpus*, conforme segue o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

CRIMINAL. RHC. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. LIBERDADE DE IR E VIR. INDÍCIOS DE CRIME MILITAR. INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. VIA ADEQUADA. RECURSO PROVIDO. A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, em se tratando de punição disciplinar por transgressão militar, só se pode admitir a análise da legalidade do ato, via habeas corpus, quando se encontrar em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão, que é a hipótese dos autos. Verificada a presença de indícios de infração penal, a instauração de sindicância configura ofensa ao devido processo legal e, em consequência, está eivada de vício, pois a via adequada para tal apuração é o inquérito policial militar. Sobressai ilegalidade flagrante no procedimento atacado, no tocante à deficiência da defesa do paciente por ofensa ao devido processo legal. Deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão do Julgador de 1º grau concessiva de habeas corpus ao recorrente. Recurso provido, nos termos do voto do Relator (STJ; RHC 17422 / RN; Ministro GILSON DIPP; QUINTA TURMA; data do julgamento: 26/09/2006).

Portanto, tem-se constrição a liberdade de ir e vir conjugada com a violação aos pressupostos de validade do ato jurídico. Ademais será possível a sua impetração sempre que a autoridade que decidir o processo de punição disciplinar militar não for competente, quando não houver previsão legal ou não for permitido ao acusado o direito de defesa. Segundo o entendimento de Duarte (1995, p. 53): “Quando houver por parte do aplicador da sanção disciplinar descumprimento à lei ou abuso, não pode pairar dúvidas quanto à legitimidade do emprego do remédio heroico”.

Cabe ainda, ressaltar, o trecho da Convenção Americana de Direitos Humanos, norma interna de Direito Constitucional por se tratar de direitos e garantias fundamentais asseguradas a todo cidadão das Américas:

Art. 7º, nº 06 - Toda pessoa privada de liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene a sua soltura se a prisão ou detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Não estará o poder judiciário a interferir nas questões administrativas da caserna ao conceder o *habeas corpus* às punições disciplinares aplicadas aos militares; mas tão somente controlando a legalidade dos atos do administrador público no exercício de suas funções. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PROCESSO DISCIPLINAR. MILITAR. TRANCAMENTO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 142, § 2º, DA CF. CABIMENTO DA AÇÃO CONSTITUCIONAL SOMENTE PARA EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO DA REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE

REVISÃO DO MÉRITO DA IMPOSIÇÃO DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. No caso dos autos, o presente habeas corpus foi impetrado contra acórdão que afastou o cabimento da ação constitucional com o objetivo de trancar processo administrativo disciplinar militar.
2. Efetivamente, não obstante o disposto no art. 142, § 2º, da Constituição Federal, os Tribunais Superiores admitem a impetração de habeas corpus para trancamento de processo administrativo disciplinar militar. Entretanto, as hipóteses de cabimento estão restritas à regularidade formal do procedimento administrativo disciplinar militar ou aos casos de manifesta teratologia.
3. Sobre o tema, os seguintes precedentes: STF - RHC 88.543/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 3.4.2007; STF - RE 338.840/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; STJ - RHC 27.897/PI, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 8.10.2010; HC 129.466/RO, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1º.2.2010; STJ - HC 80.852/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 28.4.2008.
4. Na hipótese examinada, a impetrante não alega qualquer vício formal no procedimento administrativo disciplinar, mas tão somente irresignação no tocante à legalidade da imposição da sanção disciplinar militar o que, por si só, afasta o cabimento de habeas corpus.
5. Habeas Corpus não conhecido. (HC 211.002/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011).

Em síntese, os tribunais superiores veem decidindo não conceder a ordem de *habeas corpus* quando o pedido refere-se ao mérito da questão, pois estaria assim prejudicando a conservação dos pilares das instituições militares, quais sejam a hierarquia e a disciplina, no entanto quanto aos aspectos da legalidade, é possível sim discutir judicialmente, desde que o ato esteja eivado de ilegalidade, tais como incompetência, ausência de contraditório, e demais princípios. Salienta-se que o militar é um cidadão igual a todos, pois todos são iguais perante a lei, assim compreende Gomes (2011):

Torna-se importante frisar que o militar também é um cidadão brasileiro e a Carta Magna, em seu art. 5º, *caput*, preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais, devem ser assegurados a todos sem distinção de qualquer natureza, como diz expressamente o texto constitucional (GOMES, 2011).

Para de Miranda (1955), onde não há o remédio do rito do habeas corpus, não há, não pode haver garantia segura da liberdade física. Errar é humano, coagir é vulgar, abusar do poder é universal e irremediável. Portanto, não seria justo excluir os militares desta garantia constitucional, pois a Constituição Federal não faz nenhuma ressalva quanto à igualdade prevista no artigo 5º, *caput*, em relação aos militares.

## 5 CONCLUSÃO

Ao término dessa monografia, com a análise do tema sobre o cabimento ou não de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares, há que levar-se em consideração que as instituições militares possuem como pilares estruturais de toda a sua essência fundamentados em dois princípios indissociáveis que é a hierarquia e a disciplina.

Portanto, a manutenção destes princípios militares deve ser assegurada não só pela sua natureza e história, mas também pela importância que assumem nas organizações militares. Porém, as questões disciplinares militares não podem ser resolvidas só com fundamento nestes princípios, tendo em vista que no Estado Democrático de Direito, é preciso a fiel observância dos demais princípios constitucionais, sob pena de ilegalidade dos atos administrativos.

Assim, deve-se levar em conta os princípios constitucionais fundamentais, destacando-se a legalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da inafastabilidade do

poder judiciário, o princípio da reserva legal, do devido processo legal, o princípio do contraditório e ampla defesa, o princípio da presunção de inocência e além dos demais princípios norteadores do ato administrativo.

Tais princípios são fundamentos, conjuntamente da alegada violação ao direito de ir e vir dos militares, frente a uma eventual e questionada aplicação de punição disciplinar restritiva de liberdade.

Portanto, quando um dos atos administrativos apresentarem-se em desacordo com a lei, o mesmo é ilegal, possuirá um vício, exigindo-se à apreciação do judiciário que os declare nulo, e do mesmo modo, no caso de restrição à liberdade, tornando viável a expedição do remédio constitucional, para que sejam cessadas a ilegalidade e abuso de poder ou de impossibilitar que a mesma aconteça

A partir na análise do conceito e natureza jurídica do *habeas corpus*, conclui-se que o seu cabimento nas transgressões disciplinares militares observando os princípios fundamentais dos militares, a hierarquia e disciplina, e realizada detalhada análise o mesmo é um remédio constitucional, e dessa maneira a proibição da aplicação do *habeas corpus* não deve ser absoluta. O poder Judiciário, até mesmo em virtude da inafastabilidade de sua apreciação, não entrando no mérito do ato administrativo (que é prerrogativa do Comandante), poderá aferir, juridicamente, alguns requisitos próprios do ato administrativo disciplinar, como a competência, a legalidade e as formalidades da medida restritiva de liberdade.

Ainda, conclui-se que a essência das Instituições Militares está nos princípios da hierarquia e da disciplina, mas mesmo sendo uma instituição única que deve ser mantida sempre a ordem dentro e também junto da população, está inserida na administração pública como parte de um todo, e deverá obedecer aos princípios seguidos pelos demais administradores públicos, além dos princípios do artigo 5º, e os previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que são a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse sentido, acrescenta-se que os direitos fundamentais dos militares devem ser respeitados, como de qualquer outro cidadão, tendo em vista a premissa básica de que os militares são cidadãos brasileiros, é fato que a carreira militar requer certo despojamento de liberdade, porém os militares devem submeter-se aos princípios gerais do Direito. E, dessa maneira as decisões concertes as transgressões disciplinares podem e devem ser submetidas ao Poder Judiciário, do qual a ninguém é dado furtar-se em um Estado Democrático de Direito.

Todas as punições administrativas que restrinjam a liberdade de locomoção (prisão ou detenção), sem uma motivação expressa e fundamentada, nos termos da legislação militar, e Constituição Federal são ilegais. E que apesar da Constituição Federal vedar o instituto do

*habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar, esta determinação é mitigada por nossos tribunais, conforme constatou-se nas recentes decisões em favor do deferimento de *habeas corpus* no caso de sanção disciplinar militar, para desconstituir restrição ao direito de liberdade individual, em decorrência de o ato punitivo estar viciado em sua forma legal, abstendo-se de julgar, quando o pedido refere-se ao mérito administrativo da questão.

Igualmente, a obediência aos direitos fundamentais garantidos e assegurados às pessoas de maneira alguma irá implicar desrespeito à hierarquia e à disciplina, tendo em vista, que em nenhum instante, o artigo 5º, da Constituição Federal faz menção para diferenciar o militar, do civil, sendo o que poderá afetar os fundamentos do militarismo será o descumprimento legal que é o que acontece quando é impedido o *habeas corpus* aos militares.

Ainda, os aspectos individuais do dia a dia militar, juntamente ao fato de que os regulamentos disciplinares geralmente não são taxativos no rol de transgressões, acabam por deixar lacunas que possibilitam que o que não está expressamente escrito seja passível de punição, permitindo que os superiores hierárquicos tirem a liberdade de seus subordinados pelos motivos mais fúteis imagináveis. E negar a alternativa de impetrar *habeas corpus* contra uma ordem ilegal ou abusiva vinda de seus superiores pode ser mais perigosa à instituição que a suposta quebra de disciplina ou hierarquia causada pela interferência judicial.

Nesse sentido, verifica-se que a liberdade é um direito primordial do ser humano, fundamentada como cláusula pétrea na Constituição Federal, sendo que só pode ser restringida nos limites expressamente delimitados constitucionalmente, não devendo ser aceito um ato desvinculado da tutela legal por quem detém o dever de cumprimento dos seus princípios nem ao mesmo ser interpretada de maneira diferente. Todos os elementos obrigatoriamente precisam estar presentes para que o ato ao final proferido seja legítimo, não devendo aceitar diferente interpretação dos preceitos constitucionais, especificamente quando tratar-se do direito basilar para a existência dos indivíduos, para que não ocorra a ruptura da homogeneidade do ordenamento em sua plenitude, onde a Constituição Federal é o mandamento do ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito administrativo militar**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010.

ABREU Jorge Luiz Nogueira, **Manual de Direito Disciplinar Militar**. 1ª ed. São Paulo: Juruá, 2015.

ALBUQUERQUE, Marcio Vítor Meyer de, **A Evolução Histórica do Habeas Corpus e Sua Importância Constitucional e Processual como forma de Resguardar o direito de Liberdade**. Tese de mestrado: Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - UNIFOR Centro de Ciências Jurídicas - CCJ Fortaleza/CE, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca], 2016.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em:  
<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf)>  
Acesso 10/ jun. / 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Disponível em:  
<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf)>  
Acesso 10/ jun. /2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Código de Processo Penal**, 2ª ed., São Paulo: 2017. [Minha Biblioteca], 2017.

CARVALHO, Rebecca Aguiar Eufrosino da Silva De. **A possibilidade de cabimento do Habeas Corpus nas Punições disciplinares militares**. Disponível em  
<<https://canalcienciascriminais.com.br/do-cabimento-de-habeas-corpus-em-punicoes-disciplinares-militares/>> Acesso em: 19/ ago. / 2018.

CUNHA, Irineu Ozires, **Julgamento da Transgressão Disciplinar e as Causas de Justificação**. Disponível em:  
<<http://www.pmpr.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=605>> Acesso em:  
05/ jun. /2018.

DUARTE, Antônio Pereira. **Direito Administrativo Militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Paulo da Silva. **Cabimento de Habeas Corpus nas Punições Disciplinares Militares**. Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5756#\\_ftn13](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5756#_ftn13)>  
Acesso em 27/ago. /2018.

GONDIM, Cassandra Costa. **Habeas corpus: instrumento de defesa do cidadão**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2014. Disponível em:  
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49367&seo=1>> Acesso em: 15/ jun. / 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. **Prática Jurídica de Habeas Corpus**. São Paulo: Atlas, 2015. [Minha Biblioteca], 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª. ed. Rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 35º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes. **Comentários a Constituição de 1967**. 1987. v 5, Pontes de Miranda em sua História e prática do “*habeas corpus*”. 2. ed., Rio de Janeiro: Vértice. 1951.

MODESTO, Ruanna. **A diferença entre transgressão militar e crime militar**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38642/a-diferenca-entre-transgressao-militar-e-crime-militar/1>> Acesso em: 14/ jun./ 2018.

OLIVEIRA, Diego Renoldi Quaresma de. **Estudo aprofundando do habeas corpus**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 set. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49967&seo=1>>. Acesso em: 15/jun. / 2018.

POLITANO, Rafael. **Do cabimento de habeas corpus em punições disciplinares militares**. 2015. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/do-cabimento-de-habeas-corpus-em-punicoes-disciplinares-militares/>> Acesso em: 13/ jun. /2018.

PINTO, Ferreira. **Teoria e Prática do Habeas Corpus**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar**. Caderno Goiano de Doutrina. Disponível em: <[http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/001\\_035\\_cgd/006cgd.htm](http://www.serrano.neves.nom.br/cgd/001_035_cgd/006cgd.htm)>. Acesso em: 10/jun./2018.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/causas-de-justifica%C3%A7%C3%A3o-da-transgress%C3%A3o-disciplinar-militar>>. Acesso em: 10/jun./2018.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de Processo Criminal**. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930, p.383.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Ana Karina Mainardes da. **Mandado de segurança: o risco da concessão de medidas liminares irreversíveis**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18586/mandado-de-seguranca-o-risco-da-concessao-de-medidas-liminares-irreversiveis/6>> Acesso em 26/ago./2018.

SOUZA, Sérgio Luiz Ribeiro de. **Abuso de Poder**. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=7e7c5f89-5690-405a-8928-c2daba4be4a5&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7e7c5f89-5690-405a-8928-c2daba4be4a5&groupId=10136)> Acesso em: 15/jun./2018.