Habeas corpus em sede de transgressão disciplinar

Allan Kardec Campo Iglesias
Advogado.
Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/SP – Santos.

Washington Luiz Bezerra da Silva
1º Sgt da Polícia Militar do Estado de São Paulo.
Mestrando em Direito Processual Constitucional pela UNLZ – Argentina.

Data de recebimento: 19/04/2022
Data de aceitação: 23/05/2022

RESUMO: A presente pesquisa, de cunho exploratório e com o auxílio de levantamento bibliográfico, visa demonstrar os contornos da aplicabilidade da ação constitucional *habeas corpus*, em sede de transgressões disciplinares no âmbito das Forças Armadas do Brasil, bem como das corporações de polícia militar dos estados. Para tanto, verificou-se os aspectos gerais do remédio heroico, bem como seu contexto histórico, permitindo uma melhor hermenêutica sobre a matéria. Em outro ponto, saindo pela tangente doutrinária, verificaram-se as correntes mais comuns sobre o tema, delineando, inclusive os panoramas atuais, após a promulgação da Lei nº 13.967/2019, que extinguiu a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade no âmbito das Forças Auxiliares. Por fim, os autores concluíram

pela aplicabilidade restrita do *habeas corpus*, nas hipóteses em que há patente ilegalidade na condução do processo administrativo disciplinar ou na aplicação das sanções administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Habeas corpus; Direito Administrativo Disciplinar; Direito Militar.

ENGLISH

TITLE: Habeas corpus in the case of disciplinary transgression.

ABSTRACT: This research, of exploratory nature and with the aid of bibliographic survey, aims to demonstrate the contours of the applicability of the constitutional action, habeas corpus, in the context of disciplinary transgressions within the scope of the Armed Forces of Brazil, as well as the military police corporations of the states. In order to do so, the general aspects of the habeas corpus were verified, as well as its historical context, allowing a better hermenêutics on the matter. An another point, leaving the doctrinal tangent, the most common currents on the subject were verified, outlining, including the current panoramas, after the enactment of law nº 13.967/2019, which extinguished the possibility of applying custodial sentences within the Auxiliary Forces. Finally, the authors concluded for the restricted applicability of habeas corpus, in cases Where there is a patente illegality in the conduct of the disciplinary administrative process in the application of administrative sanctions.

KEYWORDS: Habeas corpus; Disciplinary Administrative Law; Military Law.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Premissas iniciais – 3 Da evolução histórica do *habeas corpus* – 4 Natureza jurídica – 5 Competência para processamento e julgamento – 6 Das correntes doutrinárias sobre *habeas corpus* em sede transgressão disciplinar – 7 Do advento da Lei n.º 13.967 de 26 de dezembro de 2019 e seus reflexos na aplicabilidade do *writ disciplinae* nas polícias militares – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O *Habeas Corpus* é um marco civilizatório, usado por todas as sociedades democráticas da atualidade, que representa o momento em que a sociedade granjeou na luta pela proibição das prisões arbitrárias. Agora, a Constituição Federal assevera o seu uso, mas ao mesmo tempo afasta o uso para prisões administrativas disciplinares.

Por meio de metodologia exploratória e com o auxílio de levantamento bibliográfico, buscamos entender os corolários do *Habeas Corpus*, que são a garantia de proteção aos direitos de quem sofre ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O famoso remédio constitucional encontra uma especial aplicação no tocante ao Direito Disciplinar Militar, tendo em vista as disposições constitucionais que tratam sobre o tema na

esfera militar. Essa temática vem causando grande celeuma entre os operadores de direito e entre os militares das forças estaduais e da União, uma vez que é necessária a valoração entre normas e princípios constitucionais para se definirem os limites do instituto, bem como até onde poderá ir a *longa manus* do Judiciário, no que tange à análise do mérito administrativo. O tema atinge as garantias fundamentais preconizadas Pelo Texto Magno, deparando-se com a expressa previsão de não cabimento do remédio em artigos da mesma Carta.

De um lado temos doutrinadores como Jorge Cesar de Assis (2013, p.214), cujo entendimento é de que "é certo que a Constituição não possui dispositivos antagônicos, razão pela qual não se pode falar em antinomia entre o seu artigo 5º, LXVIII, e o § 2º do art. 142, sendo necessário conciliá-los". Doutro modo, pelo ponto de vista de Jair Soares Júnior (2010, p. 56), no contexto militar do cumprimento das missões constitucionalmente estabelecidas, é perfeitamente cabível que seja renunciado a certas garantias fundamentais em favor do interesse público.

Por fim, para cumprir o aventado nesta proposta, far-se-á um estudo entre a possibilidade do uso do *habeas corpus*, bem como a temática do advento da Lei 13.967 de 2019, limitando a pesquisa a não esgotar as possibilidades dos conflitos de competência que existem na jurisprudência para julgamento e o

conflito constitucional existente entre algumas autoridades que exercem legitimidade ativa em propor ações diretas de inconstitucionalidade que propuseram ADIN frente à constitucionalidade da Lei 13.967 de 2019.

2 PREMISSAS INICIAIS

Para chegarmos ao ápice da discussão sobre a matéria em voga, é necessário estabelecer algumas premissas.

O artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna, apresenta o instituto nas seguintes palavras: "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 por abuso de poder".

Nota-se que o remédio heroico será efetivo não só quanto a ocorrência fática da coação ou violência contra a liberdade de locomoção, mas também na iminência de que o façam, tendo essa última modalidade o nome de *habeas corpus* preventivo e o primeiro, de repressivo.

Além do requisito da violência efetiva ou ameaça de violência à liberdade de locomoção, também será necessário apontar o paciente, ou seja, a pessoa que sofre a ameaça ou violência à liberdade de locomoção; o impetrante, sendo este a pessoa legítima para impetrar a ordem de *habeas corpus*. Tendo

em vista o texto constitucional, o impetrante pode ser qualquer pessoa, não importando sua capacidade postulatória; o detentor, ou seja, quem mantém o paciente sem liberdade; e o agente coator, que de fato pratica a coação ou ameaça fazê-lo. Quanto a este último, vem entendendo a jurisprudência massiva que poderá ser autoridade pública ou particular, no exercício de função pública.

No nosso contexto, o *habeas corpus* será sempre contra ato de autoridade pública, qual seja: o militar responsável pela efetiva coação.

As normas e garantias fundamentais elencadas no artigo 5º da CF/88 são de tamanha importância que o constituinte se preocupou em editar o artigo 60º, inciso IV, § 4º, em que blinda tais garantias ao passo que proíbe o constituinte derivado de deliberar proposta de emenda tendente a abolir quaisquer dos institutos ora garantidos no capítulo de que trata os direitos e garantias individuais.

Devemos, portanto, entender o motivo pelo qual o legislador resolveu dispor em seu artigo 142, § 2º, que "não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares".

A atividade militar exige uma proximidade do indivíduo que ocupa essa função executiva com o próprio Estado. A essa relação próxima, damos o nome de regime de sujeição especial.

O antigo conceito justifica a possibilidade de tratamento diferenciado entre os militares e demais administrados. Mas também é verdade que o regime de sujeição especial também abarca outras categorias de administrados. Então, é preciso esmiuçar a peculiaridade militar.

Pois bem, dentre todos os princípios que vigem na caserna, dois são alçados ao patamar máximo de sustentabilidade do sistema militar e são expressamente citados na Constituição Federal, conforme artigos 42 e 142. São os princípios da hierarquia e da disciplina, sustentáculos seculares que são manifestados pelo dever de subordinação e obediência extrema, sem similitude com a vida civil.

Entende-se que o processo administrativo disciplinar é o meio pelo qual a Administração Pública restabelece a ordem do serviço prestado, inclusive apurando responsabilidades dos servidores. Isto é, com a persecução administrativa, os princípios da hierarquia e da disciplina são preservados.

Ocorre que no meio militar essa persecução é, via de regra, sumaríssima, ao passo que as fissuras no sistema hierárquico refletem na disciplina, o que por sua vez, estando avariada, pode resultar na falta de coesão da tropa e do sistema militar como um todo.

Assim, com fundamento no regime de sujeição especial dos militares e na importância do vértice principal da estrutura

militar, diversos doutrinadores justificaram a vedação constitucional ao *habeas corpus* em transgressões disciplinares.

Lenza (2015), por exemplo, entende que tal vedação é perfeitamente cabível, uma vez que foi feita pelo irrestrito poder constituinte originário e que a vedação encontra amparo no princípio da hierarquia, norteador das premissas militares.

Veremos, no entanto, que não será em todo e qualquer caso que o remédio ficará indisponível. Afinal, deve-se ter em mente que, apesar de o mérito administrativo ser indisponível ao Poder Judiciário, via de regra, ainda restam as análises de legalidade do curso processual.

Esse entendimento pode ser descolado no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. MILITAR. HABEAS-CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR. ART. 142, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - Consoante o disposto no art. 142, §2º, da Constituição Federal, incabível o uso do habeas-corpus em relação a punições disciplinares militares. - 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. - Na hipótese em que se ataca o mérito das razões que ensejaram a imposição da penalidade, o tema situa-se fora do alcance do habeas-corpus. - Recurso ordinário desprovido. (RHC

> 200000177288, VICENTE LEAL, STJ - SEXTA TURMA, DJ DATA: 02/05/2000 PG: 00182. DTPB)

Antes de aprofundarmos na possibilidade jurídica da concessão do remédio heroico, é necessário vislumbrarmos os históricos do *habeas corpu*s no Direito.

3 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *HABEAS CORPUS*

Como instrui Moraes, (2003. p.105) o remédio heroico surgiu no Direito Romano, por meio da exceção chamada *interdictum de libero homine exhibendo*, em que qualquer cidadão poderia exigir que o homem livre preso ilegalmente fosse apresentado. A ideia de liberdade desse tempo, percorrendo até a idade média, era diversa da atual. Outrora até magistrados utilizavam-se de homens livres para prestar-lhes serviços de forma obrigatória.

A doutrina majoritária aponta que o instituto do *habeas corpus* surgiu na Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215, nos campos de Runnymed.

O imperioso transcurso do tempo trouxe o instituto ao Brasil com a chegada de D. João VI, ainda de forma implícita na legislação positiva, com a edição do Decreto de 23-5-1821, e ele

só se viu positivado em 1832, no Código de Processo Criminal do Império[1], como se vê nas palavras de Moraes (2003):

> No Brasil, embora introduzido com a vinda de D. João VI, quando expedido o Decreto de 23- 5-1821, referendado pelo Conde dos Arcos e implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias e nas codificações portuguesas, o habeas corpus surgiu expressamente no direito pátrio no Código de Processo Criminal de 29-11-1832, e elevou-se a regra constitucional na Carta de 1891, introduzindo, pela primeira vez, o instituto do habeas corpus (MORAES, 2003, p. 106)

É importante salientar que a figura encontrada no artigo 344 do Código de Processo Criminal do Império é o *habeas corpus* liberatório. A modalidade preventiva só viria a nascer em 1871, com o advento do Decreto 2.033, de 29 de novembro de 1871. Esse decreto estendeu o *habeas corpus* aos estrangeiros que tivessem sua liberdade à iminência de cerceamento[2].

O artigo 179, inciso X, da Constituição de 1824, já semeava o início do cerceio do remédio heroico em sede de transgressão disciplinar, ao dispor que a prisão dos militares era necessária à disciplina e recrutamento do Exército:

---

[1] Artigo 344: Independentemente de petição qualquer Juiz póde fazer passar uma ordem de – Habeas-Corpus – ex-officio, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, Official de Justiça ou autoridade publica tem illegalmente alguem sob sua guarda, ou detenção.

[2] ASSIS, 2013, p.217.

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
> X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.
> O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. (grifo nosso)

O texto do artigo 72, § 22, da referida Constituição de 1891[3], abria margem a interpretação de que o *habeas corpus* poderia ser usado para tutelar qualquer direito violado. Inclusive direitos que hoje são tutelados pelo Mandado de Segurança. Essa tese foi amplamente defendida por fabulosos juristas da época, daí incluso o grande advogado Rui Barbosa.

Em 1934 o *habeas corpus* passa a tutelar expressamente a liberdade do indivíduo e a proibir o remédio em transgressões disciplinares; *in verbis:*

---

[3] Artigo 72º, § 22º: Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

> Dar-se-á ***habeas corpus*** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus.*

As cartas constitucionais seguintes mantiveram vedado o *habeas corpus* para militares, nos casos em que respondiam a transgressões disciplinares. A Carta de 1946, conhecida como a mais liberal de todas, manteve vedado o *writ disciplinae.*

Durante o Regime Militar (1964 – 1985), em certo momento da história, com o surgimento do Ato Institucional nº 5, o *habeas corpus* fora suspenso para os seguintes casos elencados no texto de seu artigo 10: "Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica social e a economia popular*"*.

Em que pese o evidente retrocesso, o Ministro Jorge Alberto Romeiro (*apud* ASSIS, 2013, p.219) lembra que foi o próprio STM que abriu precedente para a utilização de medida liminar no remédio constitucional:

> [...] a liminar em habeas corpus, usada, sem lei a respeito, pela jurisprudência de todos os tribunais, foi criação do STM. O professor Heleno Fragoso, quando nos saudou em nome do Conselho federal da OAB, em cerimônia de nossa posse como ministro do STM, em 12,11,1979, disse ter sido no referido tribunal que por primeira vez em nosso direito, um juiz militar – o Almirante José Espíndola – concedeu liminar em habeas corpus preventivo. Quando

> mais tarde, o STF atuou no mesmo sentido, em HC concedido a um Governador na iminência de ser deposto, invocou-se o precedente da Justiça Militar. (DJU, Seção I, 30.11.1979, p. 9.004)

Já com a Constituição Cidadã de 1988, o *habeas corpus* passa a constar no capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, com a redação citada em parágrafos anteriores.

Em sede de direito infraconstitucional, o *habeas corpus* não chega a aparecer no Regulamento Processual Criminal Militar de 1895, mas somente no Código de Justiça Militar de 1926, modificado pelo Decreto 24.803 de 14 de julho de 1934, no artigo 261.

O Código de Justiça Militar de 1938 apresentou capítulo dedicado ao *habeas corpus*, com texto semelhante ao da constituição vigente e ainda proibindo o remédio aos acusados de cometer transgressão disciplinar.

Por fim, o atual Código de Processo Penal Militar, criado pelo Decreto-Lei nº 1.002/1969, apesar de ter vindo a lume no esteio da constituição anterior, deve ser interpretado de acordo com a atual Carta Constitucional, conforme amplamente defendido. No referido *codex* o *habeas corpus* teve sua previsão no seu artigo 466.

Moraes invoca Alcino Pinto Falcão para dizer a importância do *habeas corpus*, na seguinte mensagem:

> [...] a garantia do habeas corpus tem um característico que a distingue das demais: é bem antiga, mas não envelhece. Continua sempre atual e os povos que a não possuem, a rigor não são livres, não gozam de liberdade individual, que fica dependente do Poder Executivo e não da apreciação obrigatória, nos casos de prisão, por parte do juiz competente (FALCÃO *apud* MORAES, 2003, p.106)

Em brevíssimo apontamento, temos que o remédio heroico teve longo percurso histórico desde sua criação, passando por épocas de aplicações parcas e dificultosas, até o hodierno momento histórico, auge de sua aplicabilidade no mundo castrense, tendo em vista os novos entendimentos que serão expostos oportunamente.

4 NATUREZA JURÍDICA

O artigo 467 do Código de Processo Penal elenca o *habeas corpus* como modalidade de recurso, contudo a doutrina tem considerado tal instituto como ação autônoma, visto que não se faz necessária uma relação jurídico-processual anterior para que se possa impetrar tal remédio constitucional, diferentemente dos recursos, que têm como pressuposto a existência de processo já formado anteriormente.

No Código de Processo Penal Militar, o instituto aparece inserido no Título II – Dos Processos Especiais, Capítulo VI, e

todo esse capítulo é dedicado ao *habeas corpus* e este não é tratado como modalidade recursal.

Vicente de Paulo Saraiva (*apud* ASSIS, 2013, p. 223), reforça a ideia de que o *habeas corpus* é ação de natureza constitucional:

> [...] como garantia individual, também entre nós o habeas corpus passou a significar, substancialmente, o próprio "mandado de soltura" - se destina a proteger a liberdade de ir e vir, ou seja, de locomoção, de quem perdeu ou se acha ameaçado de perdê-la, por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, para os atos que não digam respeito propriamente à aludida liberdade de locomoção, direta ou indiretamente, o remédio é o mandado de segurança (CF, art 5º, LXIX), e não habeas corpus - como se praticou por vezes, antes da criação daquele. E, embora ad rubricam o habeas corpus se ache inserido entre os recursos, sua natureza é propriamente de uma ação (SARAIVA *apud* ASSIS, 2013, p. 223).

Destarte, Assis enxerga o *habeas corpus* pela ótica penal, administrativa e outra de natureza atípica. Considera de natureza penal o *writ* quando visa tutelar a liberdade ameaçada ou restringida por atos de natureza penal, tal como a prisão preventiva e em flagrante delito. Será administrativa quando a coação é em razão de punição disciplinar militar; e atípica quando ocorrer, por exemplo, de prorrogação ilegal e indevida do tempo do serviço militar obrigatório, ainda que o militar esteja respondendo a processo judicial. Também será encarada

como atípica a ação de *habeas corpus* contra autoridade particular ou pública que mantenha internado, compulsoriamente, paciente em hospital público ou particular.

Bulos (2010, p. 30) considera o *habeas corpus* uma ação penal popular, mas de natureza constitucional, tendo seu procedimento classificado como sumário.

Deve-se lembrar de que o *habeas corpus* poderá ser liberatório, quando a coação já se viu consumada; e, preventivo quando houver ameaça de coação ilegal. Neste último caso haverá a expedição de salvo conduto.

Desta forma, pressupõe-se para o ensejo do *writ* que tenha havido ilegalidade ou abuso de poder. Entende-se por ilegalidade o ato da autoridade que está à margem da lei ou totalmente contra ela, como assevera Jorge Cesar de Assis. No abuso de poder o agente tem poder legalmente constituído para praticar o ato, mas o faz de forma a extrapolar os limites de sua competência.

Em todo caso, o CPPM, em seu capítulo dedicado ao *habeas corpus*, tratou de elencar hipóteses de ilegalidade e de abuso de poder que ensejam o remédio.

5 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO

Há um tratamento diferenciado quanto à competência para processamento e julgamento de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar no que tange às polícias militares estaduais e às Forças Armadas.

Até antes da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, a competência para processar e julgar *habeas corpus*, em sede de transgressão disciplinar militar estadual, era da Justiça Comum estadual. No entanto, referida emenda deslocou a competência para a Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal.

Em se tratando dos militares da União, como ensina Assis[4] e apoiado pela maioria doutrinária, somente com a prometida reforma do judiciário, haverá o Superior Tribunal Militar de ser competente para processar e julgar *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar. Atualmente, tal competência permanece com a Justiça Federal. A razão disso é calcada no entendimento de que o artigo 469º do Código de Processo Penal Militar, que atribui ao Superior Tribunal Militar a competência para julgar *habeas corpus*, refere-se ao remédio invocado tão somente por ocasião de inquérito policial militar,

[4] ASSIS, 2013, p.233.

na fase de cognição de processo penal ou em sede de execução de pena.

Isto é, não havendo norma disciplinadora da competência, há que se designar a Justiça Federal para processamento e julgamento dos feitos dessa natureza.

É interessante apresentar o ensaio feito por Assis (2013) quanto à possível reforma constitucional e seus efeitos:

> Por fim, quando for concluída a reforma constitucional, e com ela o advento da parcela de jurisdição cível da Justiça Militar da União, consubstanciada na competência para exercer o controle jurisdicional das punições disciplinares militares, cremos que a competência para apreciar pedido de HC nas transgressões disciplinares passará a ser do Juiz Auditor, já que a eventual ilegalidade ou abuso de poder será de autoridade administrativa sob sua jurisdição e nunca, do Superior Tribunal Militar, que atuará como órgão de 2º grau de jurisdição da decisão cá embaixo proferida. Mesmo naqueles pedidos de ordem de habeas corpus, em que a autoridade militar coatora ou mesmo paciente seja oficial general, ainda assim a competência para processar e julgar a ação será do Juiz Auditor. Não há que se falar em foro privilegiado porque o foro privilegiado a que os oficiais generais têm direito, refere-se tão somente ao julgamento dos crimes militares por eles cometidos, não existindo foro privilegiado para julgamento de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar.

Há, todavia, aqueles que defendem que o Superior Tribunal Militar deve permanecer com a competência inclusive

do *habeas corpus* impetrado em sede de transgressões disciplinares. João Rodrigues Arruda e Ricardo Henrique Alves Giuliani (*apud* JÚNIOR, 2010, p. 70), ao defenderem tal posição, relembram o HC 2005.01.034099-8/SP, ocasião em que a 3ª Vara Federal de Santos – SP declinou de sua competência para apreciar o *mandamus*, e o HC: 34207 RJ 2006.01.034207-9, de relatoria do Min. Marcus Herndl, que efetivamente conheceu do *writ* para negar-lhe provimento:

> *HABEAS CORPUS* – PRISÃO DISCIPLINAR – PRECEITOS LEGAIS. Impetração objetivando, liminarmente, a imediata soltura do paciente, preso disciplinarmente pelo Comandante do 2º BIL, e, no mérito, a anulação do processo referente à Apuração da Transgressão Disciplinar, por inobservância de preceitos legais. *Writ* submetido à jurisdição do MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Santos/SP, que declinou de sua competência em favor desta Justiça Militar da União. [...]. Denegada a ordem. Decisão unânime. STM Nº 2005.01.034099-8/SP, data da publicação 31/01/2006.

Ressalvado o entendimento doutrinário e jurisprudencial diverso, entendemos, calçados no que parece estar firmado o posicionamento majoritário: que o *habeas corpus* impetrado em decorrência de transgressão disciplinar deve ser processado e julgado pela Justiça Federal comum.

Impende apontar que não é possível a ampliação da competência criminal da Justiça Militar da União, lançada pelo

artigo 124, parágrafo único, da Constituição Federal, mediante lei infraconstitucional, seja ela o Código de Processo Penal Militar ou mesmo a lei que regula a organização e o funcionamento da Justiça Militar da União, Lei nº 8.457/92, art. 6º, inciso I, alínea "c".

Algo diferente ocorreria no caso de aprovação da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 358/05, em trâmite do Congresso Nacional desde 2005, que pretende, dentre várias outras alterações, ampliar a competência da Justiça Militar, para nela incluir o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

6 DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE *HABEAS CORPUS* EM SEDE DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Superada as questões supramencionadas, é evidente a importância do remédio heroico na ordem jurídica vigente. No Direito Disciplinar Militar, filho do Direito Administrativo, não seria diferente.

Entretanto, é possível visualizar três grandes correntes distintas no que tange à possibilidade do uso de *habeas corpus* contra punições disciplinares. Em escopo geral, as correntes

passam pela inadmissibilidade absoluta, pela admissibilidade restrita e pela irrestrita, conforme segue.

A primeira grande corrente é a mais ortodoxa. Para os adeptos dessa corrente, não há admissão do *habeas corpus* em hipótese alguma. Isso em razão de interpretação literal do artigo 142, §2º, da Magna Carta. Reputa-se ainda que tal intervenção na disciplina, corolário de toda a organização hierárquica, seria extremamente prejudicial para os princípios fundantes das forças militares, não podendo haver tal interferência do Poder Judiciário, mesmo que tomasse como referência a justiça especializada. Tal corrente é admitida por grandes nomes como Gerson da Rosa Pereira, José Afonso da Silva e Walter Ceneviva (ASSIS, 2013, p.224).

Trata a segunda corrente de uma adequação entre o disposto no artigo 5º, XXXV, e o § 2º, do artigo 142º da CF. Ou seja, uma equalização entre o direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional e a vedação do *habeas corpus* para transgressões militares. Os adeptos dessa corrente sustentam que somente poderá ser apreciado o *writ disciplinae* nos casos de ilegalidade da punição.

Neste passo, o controle judicial de legalidade formal seria a salvaguarda una do ato administrativo disciplinar. Em outras palavras, não haveria que se rever matéria de mérito dos processos disciplinares e investigatórios, como sindicâncias.

Com efeito, as punições disciplinares sem vícios de validade não poderão ser objeto de *habeas corpus*, sendo que o mérito do ato disciplinar é de competência única e exclusiva do oficial competente para julgamento. Isto porque, como visto alhures, a punição disciplinar visaria recompor a disciplina da tropa, ora afrontada pelo transgressor.

Essa corrente é capitaneada por Ackel Filho, Jorge César de Assim e por Pontes de Miranda (ASSIS, 2013) e aceita pelo STF (CHAVES, 2002, p. 33).

Extremada, a última corrente é de natureza extremamente liberal, com laços na doutrina penal garantista. Aqui, o remédio será cabível em qualquer das hipóteses, seja contra a legalidade da punição, ou para adentrar as questões de mérito. Essa corrente é capitaneada por José Luiz Dias Campo Júnior (ASSIS, 2013, p. 227).

Nessa esteira, tendo o militar passado por todo o trâmite administrativo, relativo ao processamento e julgamento de sua causa disciplinar, caso entendesse como injusta a decisão do oficial competente para julgamento, sem precisar avançar pelas vias recursais administrativas, poderia utilizar-se do remédio heroico para ver sua questão reanalisada pelo Poder Judiciário.

É de se apontar perigosa a intromissão irrestrita na valoração do mérito administrativo, não só no que tange às forças militares, mas no esteio de toda a Administração Pública,

ao passo que a via administrativa seria apenas uma escalada de produção de provas para se chegar à análise judicial.

Em que pese não ser incomum a análise deturpada das provas processuais, bem como ser institucionalmente enraizada inclinação para punição das praças, sob o menor dos indícios de cometimento de transgressão disciplinar, entendemos que a mudança de comportamento institucional deve ser construída *interna corporis*, por meio de educação especializada, sendo que a interferência judicial deve figurar apenas no sentido de garantir o devido processo legal com todos os seus corolários.

Outra questão a ser enfrentada é a nova interpretação da ordem constitucional com relação aos tratados de direitos humanos incorporados. A relevância do tema se dá ao passo que, no Pacto de São José da Costa Rica, não há vedações ao uso do *writ* nos casos de punição disciplinar militar[5]. Aliás, o referido tratado engloba todas as pessoas na relação de direitos elencados, desta forma, limitando exponencialmente a interpretação do atual artigo 142, § 2º, da CF, este que, como

---

[5] Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...) 6. Toda pessoa privada da 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 sua soltura, se a prisão ou a 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.

visto anteriormente, proíbe o HC em sede de transgressão disciplinar militar.

Dessa forma entende Júnior (2010, p. 62,63 e 64) que a Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou a considerar as normas internacionais de proteção como sendo de hierarquia constitucional, deve retroagir aos tratados anteriores ora tratados como normas de caráter infraconstitucional, tal como o Pacto de São José da Costa Rica.

Tal entendimento se baseia, também, na decisão do Ministro Celso de Mello, em 2008, no HC nº 87.585-8:

> Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.[...]Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu), e regularmente

> incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o "iter" procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é "a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados)[6].

Assim, não haveria que se inadmitir o remédio heroico nos casos de transgressão disciplinar militar.

Nós prevalecemos com o entendimento até então defendido, no sentido de que o *modus vivendi* da caserna e toda a estrutura disciplinar e hierárquica justificam a apreciação do mérito administrativo das transgressões disciplinares pelos oficiais responsáveis. Mas que qualquer ato administrativo disciplinar, inclusive na persecução investigativa disciplinar,

[6] STF - HC nº 87.585-8 – TO, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ: 25-06-2009.

que viole o princípio do devido processo legal, que introduza ilegalidades ou que configure violência institucional deve ter seu controle garantido pelo Poder Judiciário, independentemente da distribuição de competência de matéria que a constituição ou a lei infraconstitucional reserve.

7 DO ADVENTO DA LEI Nº 13.967 DE DEZEMBRO DE 2019 E SEUS REFLEXOS NA APLICABILIDADE DO *WRIT DISCIPLINAE* NAS POLÍCIAS MILITARES

Com a promulgação da Lei n.º 13.967 de 26 de dezembro de 2019, composta por apenas quatro artigos, adveio uma importante inovação ao sistema administrativo disciplinar das Polícias e Bombeiros Militares do Brasil.

A nova lei altera o Decreto-Lei nº 667 de 2 de julho de 1969, que reorganiza as polícias militares e os corpos de bombeiros militares, modificando especificamente seu artigo 18, que passa a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 18. As polícias militares e os corpos de bombeiros militares serão regidos por Código de Ética e Disciplina, aprovado por lei estadual ou federal para o Distrito Federal, específica, que tem por finalidade definir, especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a sanções disciplinares, conceitos, recursos, recompensas, bem como regulamentar o processo

> administrativo disciplinar e o funcionamento do Conselho de Ética e Disciplina Militares, observados, dentre outros, os seguintes princípios:
> I - dignidade da pessoa humana;
> II - legalidade;
> III - presunção de inocência;
> IV - devido processo legal;
> V - contraditório e ampla defesa;
> VI - razoabilidade e proporcionalidade;
> VII - vedação de medida privativa e restritiva de liberdade.

Verifica-se, portanto, que a vedação às medidas privativas de liberdade foi alçada a princípio geral, norteador dos códigos de disciplina das forças policiais. Com essa alteração devem os Estados e o Distrito Federal criar códigos de ética e disciplina com sanções diversas das restritivas de liberdade.

Destarte, a implementação do disposto na citada lei, deveria ter sido efetivada em prazo de 12 meses, o que não foi cumprido pela maioria dos Estados Membros, mas não trata de *Vacatio Legis*, já que o artigo 4º da lei prevê que "esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".

O efeito foi imediato. Com a publicação da Lei 13.967/19, a possibilidade de prisão por infração disciplinar militar foi extinta do ordenamento jurídico, tornando ilegais as prisões militares provenientes de decisões administrativas.

A Comissão Especial de Direito Militar da OAB/SP se manifestou com esse entendimento no ano de 2020 e foi acompanhada por parecer da Procuradoria-Geral do Estado, que orientou a vedação de medida privativa e restritiva de liberdade e pelo entendimento do reconhecimento dos efeitos imediatos da nova lei; e, dada retroatividade benéfica, a proibição da execução de qualquer medição nesse sentido, mesmo que já iniciada.

Cabe ressaltar que já existem entendimentos diversos em relação à legalidade da Lei 13.967/19, isto porque há previsões constitucionais que vão de encontro à norma, senão vejamos:

> 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;

Assim, conforme esse entendimento, a Constituição Federal prevê como exceção as prisões nos casos de transgressão disciplinar militar. Não poderia uma lei infraconstitucional querer impedir que elas ocorram para os militares estaduais e do Distrito Federal.

Ora, se há previsões diversas do uso das prisões administrativas disciplinares para os militares, poderia uma lei ordinária modificar essa competência? Entendemos que não.

Dado o caráter sistemático da Carta Magna, não podemos fazer interpretações de maneira isolada; e, além da previsão do art. 5º, nós temos mais exemplos que colidem com a lei em estudo:

> 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.

Trata-se das similaridades entre as Instituições Militares Federais e os militares Estaduais e do Distrito Federal, além da proibição expressa do uso do *Habeas Corpus* que denota claridade nas palavras do legislador Constituinte em incluir as transgressões disciplinares dos militares como meio legítimo de controle da hierarquia e da disciplina:

> 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 Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. (grifamos)

Se fizermos a leitura de todos os dispositivos constitucionais que tratam do assunto artigos 5º, LXI, 42, §1º, e 142, § 2º, 144, V, e §§ 5º e 6º, da Constituição Federal, concluímos pela inconstitucionalidade da lei em estudo.

8 CONCLUSÃO

Levando-se em consideração os aspectos estudados sobre o tema, entendemos que o *habeas corpus* é uma ação constitucional que garante e protege direitos fundamentais e, por certo, não pode ser vedado em absoluto, nem mesmo pela própria Constituição, devendo o Art. 5º, LXVIII, e o Art. 142, § 2º, conviverem harmoniosamente. No que tange à utilização do *habeas corpus* para fins de transgressões disciplinares, em que pese a existência de correntes distintas, entendemos que a legalidade e a higidez do processo não podem ficar à mercê do remédio constitucional, uma vez que a ausência de aplicabilidade de *habeas corpus* para sanar flagrante ilegalidade do processo disciplinar traria ampla aflição aos direitos fundamentais. Não parece ter sido a intenção do constituinte originário dar mais importância aos primados da hierarquia e

disciplina da tropa do que aos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, a vedação constitucional da utilização do *Habeas Corpus* contra decisões em sede de transgressões disciplinares pode ser afastada quando há flagrante descumprimento dos preceitos do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar*: da simples transgressão ao Processo Administrativo. 4. ed. Curitiba: Juruá. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos* – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPANINI, João Carlos. *Estudos Avançados de Direito Militar* – 1. ed. São Paulo: Reedel, 2020.

CHAVES, Evaldo Corrêa. *Habeas Corpus na transgressão disciplinar militar*. São Paulo: RCN, 2002.

JÚNIOR, Jair Soares. O cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militare**s**. *Revista da Defensoria Pública da União* – Brasília/DF. Edição n. 03, 2010.

LENZA, Pedro. Direito *Constitucional Esquematizado*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Adimistrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade*. Leme: Editora do Direito, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Farlei Martins de. *Sansão Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.