

O cabimento do habeas corpus nas transgressões disciplinares militares

Jair Soares Júnior*

1. Introdução

As Forças Armadas são alicerçadas sobre dois pilares constitucionalmente erigidos (art. 142, *caput*): a hierarquia e a disciplina. A observância desses dois princípios balizadores das Forças Armadas é de fundamental importância para o cumprimento de suas missões constitucionais, quais sejam: a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem e, principalmente, a defesa da pátria.

Em razão da hierarquia e da disciplina militar e tendo em vista, sempre, a destinação constitucional das Forças Armadas, há uma série de limitações e até mesmo de restrições aos militares que não encontram similitude para os civis.

Não se pode olvidar que os militares devem estar preparados para a defesa da pátria em momentos críticos de quebra da paz, quando certas liberdades individuais devem dar espaço ao interesse público maior de sobrevivência do Estado e de garantia da soberania nacional contra a quebra da ordem pública ou da paz social.

Nesse contexto, são plenamente aceitáveis certas limitações aos agentes públicos (militares) incumbidos de assegurar a defesa da pátria e de garantir a paz social em situações de crise. Vale lembrar, porém, que as limitações impostas aos militares para a preservação da hierarquia e da disciplina somente se justificam para que se possa cumprir a missão constitucional de defesa da pátria que incumbe às Forças Armadas, sob a autoridade suprema do Presidente da República.

Justificável, nessa perspectiva, é a imprescindível observância da hierarquia e da disciplina dentro da caserna, uma vez que se fosse permitido ao militar discutir as ordens emanadas de seus superiores, no exercício da missão constitucional de defesa da pátria, isso poderia resultar no caos administrativo, o que, certamente, levaria ao perecimento da soberania nacional e, por corolário, do próprio Estado de Direito.

Entre as limitações constitucionais aos militares, podemos encontrar: a proibição de sindicalização e de greve (art. 142, § 3º, inciso IV); a proibição de filiação a partidos políticos (art. 142, § 3º, inciso V); e a inestabilidade e a inelegibilidade – *direitos políticos ativos e passivos* – dos conscritos durante o período de serviço militar obrigatório (art. 14, § 2º). Entretanto, talvez nenhuma limitação seja mais drástica do que aquela insculpida no art. 142, § 2º, da CF, consistente na proibição do manejo do *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

A expressão maior da importância da hierarquia e da disciplina na vida militar é a

* Defensor Público Federal de Primeira Categoria no Distrito Federal
Titular do 5º Ofício Regional Cível da DPU/DF/Primeira Categoria
Especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco/RJ e Direito do Estado e das Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco/MS

exclusão da aplicação do princípio segundo o qual ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, inciso LXI, *in fine*, da CF).

De tal arte, a própria Constituição Cidadã – garantidora de direitos fundamentais – permite a privação de liberdade ao militar que cometa mera transgressão disciplinar, permitindo, inclusive, que essa privação seja realizada sem ordem escrita nem fundamentada de membro do Poder Judiciário.

Se essa restrição, por si só, pode dar margem à ocorrência de abusos, o que se dirá se somarmos a isso o fato de que o § 2º do art. 142 da CF impede o uso do remédio heróico contra as sanções privativas de liberdade aplicadas em decorrência de transgressões disciplinares. Em última análise, a decisão dos superiores do militar punido disciplinarmente com a restrição da própria liberdade ficaria imune ao controle do Poder Judiciário.

É preciso, porém, conciliar o desiderato do constituinte originário que buscou a observância da hierarquia e da disciplina militar – por meio da prisão por infração disciplinar e da proibição do uso do *habeas corpus* para rever tal prisão – com a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional e com os direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. Esses são os pontos centrais deste trabalho.

2. Do enquadramento constitucional

O *habeas corpus* tem amparo diretamente na Constituição da República, possuindo, portanto, *status* constitucional, tal qual o disposto no art. 142, § 2º, da CF.

O “remédio heróico”, como é chamado, desde 1891, passou a ter assento constitucional com sua introdução no texto da carta republicana. A Constituição em vigor assim trata do instituto (art. 5º, LXVIII): “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

O professor Alexandre de Moraes,¹ com a eloquência que lhe é peculiar, afirma ser o *writ* “uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas e que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Nesse diapasão, resta-nos perquirir quando o *habeas corpus* não poderá ser manejado, por inteligência do próprio art. 5º, LXI, e também do art. 142, § 2º, ambos da CF.

Com efeito, inicialmente resta elucidar uma questão conceitual do que vêm a ser os crimes propriamente militares e as transgressões disciplinares militares a que se refere a parte final do inciso LXI do art. 5º da CF.

Em comum possuem, a infração e o crime, o fato de serem fruto de uma conduta violadora de norma jurídica emanada do Estado. Assim, tanto uma como o outro são fruto

1 MORAIS, 2001, p. 132.

de um ilícito, sofrendo, porém, consequências bem diferentes.

O crime, segundo Heleno Fragoso (1980 apud MIRABETE 2003, p. 96): “É a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal”.²

O conceito anteriormente explanado, por certo, refere-se ao crime comum, e não ao crime militar propriamente dito. Todavia, é perfeitamente aproveitável quando se acrescenta uma característica fundamental do crime militar – o enquadramento em alguma das situações previstas no art. 9º do Código Penal Militar.

A infração disciplinar, entretanto, é a conduta praticada pelo militar que colide com os princípios institucionais, prevista em regulamento interno e que não seja definida como crime comum ou militar (próprio ou impróprio).

O Regulamento Disciplinar do Exército (Dec. n. 4.346/02) dispõe em seu 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 decore da classe.

Hely Lopes Meireles³ assim diferencia crime de infração disciplinar:

Não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração, e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa pelo Poder Judiciário.

Ainda, a pecha de ato criminoso difere de uma mera infração disciplinar pela conhecida aplicação de *ultima ratio* dirigida ao conceito de crime, na perspectiva da corrente ideológica que prega o “direito penal mínimo”, para a qual o direito penal somente deverá preocupar-se com infrações de maior representatividade e que causem uma ofensa relevante ao bem jurídico tutelado pela norma, não podendo ser reparado por outro ramo do direito, notadamente o administrativo (infrações disciplinares) e o civil (ação indenizatória ou reparatória).

Não obstante a substancial diferença existente entre crime militar e infração disciplinar militar, estas, especialmente quando cominada sanção privativa de liberdade, deverão guiar-se por preceitos orientadores do direito penal mínimo, tais como os princípios da subsidiariedade, da taxatividade e da intervenção mínima. Com efeito, colhe-se da doutrina de Jorge Cesar de Assis⁴:

As faltas e sanções disciplinares pertencem ao ramo do Direito Administrativo *lato*

2 MIRABETE, 2007.

3 MEIRELLES, 2001.

4 ASSIS, 2008, p. 46.

sensu, que, em uma primeira análise, dir-se-ia separado (estanque) do Direito Penal Militar.

Uma análise mais apurada, todavia, mostrará que o direito disciplinar está intimamente jungido ao Direito Penal Militar, dele não podendo ser separado e merecendo, de consequência, uma análise quase sempre conjunta.

De tal arte, não obstante pertencer a ramo distinto, o direito disciplinar militar, especialmente no ponto em que comina sanção disciplinar privativa de liberdade, deve observar os preceitos garantistas atinentes ao direito penal, uma vez que a liberdade de locomoção é direito fundamental garantido no inciso XV do art. 5º da Constituição da República.

Outra distinção importante entre crime e infração disciplinar diz respeito ao agente infrator. O crime militar pode ser praticado por civil ou por militar, enquanto a infração disciplinar militar somente poderá ser praticada por servidor da caserna.

No âmbito deste trabalho abordaremos apenas a aplicabilidade – ou não – do *habeas corpus* nas infrações disciplinares ou transgressões disciplinares, não adentraremos, portanto, na aplicabilidade do mencionado instituto aos crimes militares próprios.

3. Da necessária observância da reserva legal para a previsão de sanção disciplinar militar privativa de liberdade

Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas, como o adotado pelo Exército⁵, foram instituídos por meio de decreto emanado do Poder Executivo. O problema repousa na previsão pelos mencionados instrumentos normativos de sanções disciplinares de restrição à liberdade, o que, com o advento da Constituição Federal de 1988, só podem ser levadas a cabo por meio de lei.

Com efeito, dispõe o inc. LXI, art. 5º, da Constituição Federal: “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**” (grifou-se).

Não há como se alegar, outrossim, que os decretos editados antes da publicação do texto magno e que continham previsão de sanção disciplinar restritiva de liberdade foram recepcionados pela nova ordem constitucional, pois, como bem leciona o professor João Rodrigues Arruda,⁶ *verbis*:

Argumentam alguns, talvez para fugir ao debate, que os regulamentos disciplinares instituídos na vigência das Constituições anteriores, também via decreto, foram recepcionados pela nova Carta.

Errado. Sempre foi competência do Congresso Nacional legislar sobre o regime jurídico dos servidores públicos, aí incluídos os militares, e o que era ilegal antes continuou ilegal após 1988. Historicamente, no entanto, esse problema foi esquecido por

5 Dec. n. 4.346, de 26 de agosto de 2002 (RDE).

6 ARRUDA, 2007, p. 48.

juristas e legisladores.

Como é cediço, o regime disciplinar dos militares é parte integrante do regime jurídico militar. Sendo assim, por determinação expressa da Constituição da República, apenas o Congresso Nacional, por iniciativa privativa do Presidente da República, mediante lei em sentido material, poderá disciplinar sobre a matéria.

Vale lembrar que o Procurador-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.340, na qual requereu a declaração de inconstitucionalidade formal do Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002, no que tange à previsão de sanções disciplinares privativas de liberdade aos militares; porém, o mérito da referida ADI não foi analisado, em que pese a flagrante inconstitucionalidade do RDE. Com muita propriedade, a inicial da ADI assim trata da matéria:

A Constituição de 1988, buscando fortalecer a proteção aos direitos fundamentais, estabeleceu a reserva legal para a disciplina de transgressões ou crimes militares. [...] em que pese a reserva legal fixada pela Constituição de 1988, o Decreto n. 4.346/2002 aprovou novo Regulamento Disciplinar do Exército, expressamente revogando o Decreto n. 90.608/1984. [...] o simples exame do arcabouço normativo que regula a matéria em apreço é suficiente para demonstrar a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.346/2002. Com efeito, se a Constituição de 1988 determina que os crimes e as transgressões militares sejam definidos em lei, não é possível a definição de tipos penais via decreto presidencial. Assim, o ato normativo impugnado violou o artigo 5º, inciso LXI, da Carta Magna. A ofensa constitucional torna-se ainda mais clara a partir do exame do princípio da recepção de normas pela Constituição. Segundo esse princípio, toda ordem normativa proveniente dos regimes constitucionais anteriores é recebida pela Carta Magna em vigor, desde que com ela materialmente compatível. Considera-se, nesse caso, que a norma recepcionada passa a revestir-se da forma prevista pelo texto constitucional para a matéria.

Nem se diga, ainda, que teria ocorrido uma delegação do Congresso Nacional para que o Poder Executivo tratasse da matéria, uma vez que a figura da delegação encontra linhas bem definidas na própria Constituição Federal, não havendo, portanto, como se alegar a ocorrência de tal ato normativo para a elaboração de um Regulamento Disciplinar aos militares, especialmente ao Exército.

Não há, da mesma forma, como se argumentar a ocorrência do chamado “decreto autônomo” – aceito por alguns publicistas brasileiros, dentre os quais Hely Lopes Meireles é o expoente máximo –, pois, mesmo para os que entendem existir essa espécie de decreto no ordenamento jurídico pátrio, não haveria como se sustentar uma omissão do Poder Legislativo, justificadora da regulamentação pelo Executivo por meio de um decreto, tendo em vista que a iniciativa de lei sobre o regime disciplinar dos militares é privativa do Presidente da República.

Destarte, se omissão há, esta deve ser atribuída, exclusivamente, ao Poder Executivo, que não exerceu a iniciativa legislativa que lhe é privativa, sem falar da omissão das próprias Forças, que parecem não ter interesse na solução do problema por meio

da justa reivindicação da promulgação de um diploma legal que obedeça às garantias constitucionais.

Nesse diapasão, é oportuno trazermos à baila, mais uma vez, o magistério do professor João Rodrigues Arruda: “Analisando a proibição do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, podemos concluir que a resistência maior ocorre por parte dos chefes militares”.

Outro ponto flagrantemente inconstitucional, tanto no Regulamento Disciplinar do Exército quanto no Regulamento Disciplinar da Marinha, refere-se à atribuição à Administração para decidir se determinadas condutas são ou não ofensivas ao chamado “pundonor militar”. Embora não tipificadas como ilícitos administrativos, tais condutas podem ser reprimidas com punição disciplinar, inclusive com a restrição da liberdade, nesse ponto, adverte Antoniel Souza Ribeiro da Silva Júnior:

Mais grave violação constitucional encontramos disposto no parágrafo. único do art. 7º do Regulamento disciplinar da Marinha, que reza que “considera-se contravenção as condutas não especificadas no artigo, desde que não seja crime militar e ofenda a hierarquia e as regras de serviço”. [...] Disposição semelhante encontramos no regulamento disciplinar do Exército (modelo para o regulamento dos estados, lembre-se) e da Aeronáutica. Ou seja, o cidadão militar pode ser preso por violar uma conduta não tipificada como transgressão, “porquanto depende tão-só e somente do livre alvedrio e talante (da autoridade competente) considerar como transgressão ‘todas as ações e omissões ou atos não especificados no rol das transgressões’... não há, pois, como livrar-se de uma sanção disciplinar, se assim ‘decidirá autoridade competente’...7

Não se pode perder de vista que as sanções disciplinares, assim como as penas no direito penal, devem zelar pelo princípio da taxatividade, de forma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF).

4. Da cedência recíproca⁸ entre os mandamentos constitucionais contidos no art. 142, § 2º, e no art. 5º, inciso XXXV

Nos itens anteriores, verificamos que a previsão das sanções disciplinares restritivas de liberdade, cabíveis apenas aos militares e por expressa previsão constitucional (art. 5º, inciso LXI, *in fine*), é reservada à lei em sentido material, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucionais os Regulamentos Disciplinares das Forças que preveem, por Decreto do Poder Executivo, a aplicação de sanções disciplinares privativas de liberdade.

Anotou-se, também, que a figura de transgressão disciplinar, embora diversa, se assemelha aos crimes militares próprios, devendo, portanto, ser tratada de forma que se zele pelos princípios da taxatividade, da reserva legal e da subsidiariedade.

7 SILVA JÚNIOR, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3448>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

8 “O princípio da cedência recíproca ou da concordância prática ou da ‘harmonização’, embora divulgado por Konrad Hesse, ‘há muito que constitui um *canon of constitutional construction da jurisprudência americana*” (CANOTILHO, 2003, p. 234).

Neste ponto, cabe averiguar sobre em que hipóteses e em quais circunstâncias o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional deve deixar de ser aplicado, abrindo-se espaço para o disposto no art. 142, § 2º, da CF, que impede o manejo do *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares.

Como bem adverte João Rodrigues Arruda,⁹ as Forças Armadas foram aproximadas das medidas excepcionais: Estado de Defesa e Estado de Sítio. Ambas trazem restrições pontuais aos direitos e às garantias individuais, indistintamente. Não é por outro motivo que as Forças Armadas estão previstas no Título V da Constituição da República, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, juntamente com o Estado de Defesa e o Estado de Sítio.

Nesse contexto, o professor João Rodrigues Arruda,¹⁰ em brilhante exegese, leciona que, caso as Força Armadas sejam convocadas a cumprir uma missão constitucional, nessa hipótese cabe a imposição de determinadas restrições a alguns direitos e garantias individuais, inclusive o acesso ao *habeas corpus* aos militares em caso de transgressões disciplinares. E só nesse caso. Acrescenta ainda o doutrinador supracitado: “No dia a dia da rotina na caserna, em tempo de tranquilidade democrática, não há que se falar em incidência daquelas restrições sob pena de se reconhecer, para os militares, uma situação de inferioridade em termos de cidadania. Mas isso é o que tem acontecido”.

De tal arte, o disposto no art. 142, § 2º, da CF somente poderá prevalecer em relação ao insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, quando a transgressão disciplinar for praticada nas situações previstas no mesmo art. 142 da CF, ou seja, no exercício das funções típicas das Forças Armadas, na defesa externa ou na garantia da lei e da ordem. Fora disso, qualquer limitação ao direito constitucional de acesso ao Judiciário por meio do remédio heróico, mesmo nas transgressões disciplinares, configura-se afronta ao Texto Maior, bem como aos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Ressalta-se, assim, que a limitação ao emprego do *habeas corpus* somente deve prevalecer, dando espaço para o contido no art. 142, § 2º, da CF, quando a transgressão disciplinar tiver sido praticada por militar no exercício das situações previstas no art. 142 da CF (defesa externa ou garantia da lei e da ordem). Fora dessas situações, na linha de precedentes citada, a garantia fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos, por meio do remédio heróico, deverá, sempre, prevalecer.

5. Dos tratados de direitos humanos como fonte de interpretação e de limitação à vedação do uso do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares

Outro ponto que não pode ser afastado da discussão se refere à adequação da regra proibitiva da submissão ao controle jurisdicional, por meio de *habeas corpus*, do ato de prisão decorrente de transgressão disciplinar militar, com relação aos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente o Pacto de São José da Costa Rica, haja vista que, de acordo com a nova ordem constitucional (neoconstitucionalismo), não há

⁹ ARRUDA, 2007, p. 56.

¹⁰ *Ibidem*, p. 56.

de se falar em prevalência de uma norma interna – inclusive a Constituição de um Estado Soberano – sobre uma norma internacional de proteção, na linha do que foi disciplinado pelo § 3º, do art. 5º, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Como bem leciona Valerio de Oliveira Mazzuoli:

A proteção internacional dos direitos humanos é fruto de um processo gradual de amadurecimento da sociedade internacional. Esse amadurecimento teve seu maior desenvolvimento a partir do final da Segunda Guerra Mundial, quando a sociedade internacional percebe a necessidade de se arquitetar um novo modelo de Direito Internacional Público, voltado à criação de mecanismos de proteção dos direitos da pessoa humana contra as arbitrariedades dos Estados e dos indivíduos que agem em seu nome¹¹.

A EC n. 45/2004 alterou a tradicional jurisprudência do STF, que sempre empregou aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de norma infraconstitucional, haja vista que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição da República.

Destarte, pela nova ordem constitucional, as regras de direito internacional sobre direitos humanos, desde que aprovadas, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Surge a seguinte indagação: qual o *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos introduzidos no ordenamento jurídico pátrio anteriormente à EC n. 45/2004? O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 87.585-8 revolucionou o estudo da questão.

Com efeito, em 12 de março de 2008, o Ministro Celso de Mello, em voto-vista no referido HC n. 87.585-8, o qual questiona a possibilidade da prisão civil de depositário fiel (permitida constitucionalmente pelo art. 5º, LXVII) em face da Convenção Americana dos Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil no ano de 1992), aceitou a tese de que os tratados de direitos humanos ratificados antes da EC n. 45/2004 têm índole e nível constitucional, *independentemente do seu quorum de aprovação*, é o que se colhe pelo trecho do brilhante voto-vista a seguir colacionado:

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 conven-**

11 MAZZUOLI, 2007, p. 682-702.

ções 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)** (grifou-se).

Sendo assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída pelo Pacto de San José da Costa Rica, à qual o Brasil aderiu em 25 de setembro de 1992, incorporada ao nosso sistema de direito positivo interno pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, é norma materialmente constitucional, possuindo, assim, o efeito *paralisador* de qualquer norma, constitucional ou infraconstitucional, que seja com ela materialmente incompatível.

Postas essas premissas, resta-nos analisar a compatibilidade material na norma insculpida no § 2º do art. 142 da Constituição da República com as regras de direitos humanos internacionais ratificadas pelo Brasil pelo Pacto de San José da Costa Rica. O referido diploma assim abarca o direito à liberdade pessoal:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo

de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

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 (grifou-se).

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Acerca da segunda parte do item 6 do art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, é esclarecedor o magistério de Luiz Flávio Gomes, *verbis*:

O *habeas corpus*, no nosso ordenamento jurídico, sem sombra de dúvidas é o instrumento (remédio) constitucional destinado à tutela da liberdade individual de locomoção da pessoa humana (ou seja: do direito de ir, vir e permanecer). A ausência de ações de garantia, como a do *habeas corpus*, para além de violar direitos fundamentais consagrados nos direitos internos assim como na Convenção Americana constitui fonte de numerosas prisões arbitrárias, sobretudo quando a pessoa é suspeita de ser “terrorista” (*Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, 1993, p. 544, Peru). Consoante a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o *habeas corpus* representa meio idóneo para garantir a liberdade da pessoa humana (assim como para evitar tratamento desumano, cruel e degradante) (Caso Bámaca Velásquez, parágrafo 192).[...]

Quando não cabe *habeas corpus*? a) em caso de punição disciplinar militar **(hoje esse posicionamento deve ser inteiramente revisto: para se discutir competência, legalidade ou razoabilidade da prisão cabe *habeas corpus*)** (grifou-se)¹².

À guisa de conclusão deste capítulo, afigura-se-nos que o disposto no § 2º do art. 142 da Constituição da República deve ser reinterpretado à luz das normas internacionais de direitos humanos, especialmente da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que, com a reforma constitucional promovida pela EC n. 45/2004, somada à mudança interpretativa do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, ganhou *status* equivalente às normas constitucionais.

Sendo assim, tendo em vista que **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**, não se pode mais

12 GOMES, 2008, p. 57-58.

conceber uma interpretação isolada e gramatical da vedação constante no § 2º do art. 142 da CF ao uso do *habeas corpus* para análise do ato que infringir a restrição da liberdade em virtude do cometimento de uma transgressão disciplinar militar.

6. Da sempre possibilidade da análise dos aspectos formais do ato administrativo punitivo militar por meio do *habeas corpus*

Como foi sustentado nos itens anteriores, a vedação à utilização do *habeas corpus* somente será possível, nas transgressões militares, quando houver previsão legal, no mínimo, das sanções disciplinares privativas de liberdade impostas aos militares, observando-se, assim, a reserva legal imposta na parte final do art. 5º, inciso LXI, da CF.

Da mesma forma, foi sustentado que a cedência do disposto no art. 5º, XXXV, da CF (inafastabilidade do controle jurisdicional), ao § 2º do art. 142 da CF (vedação ao uso do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares) somente encontraria apoio na Constituição quando a transgressão disciplinar tiver sido praticada por militar em uma das funções típicas das Forças Armadas, previstas no art. 142 da CF, a saber: defesa externa ou garantia da lei e da ordem.

Resta frisar, porém, que em nenhuma hipótese os aspectos formais do ato administrativo que aplica uma sanção disciplinar de privação de liberdade ficará imune de apreciação pelo Poder Judiciário. Com efeito, os atos administrativos são compostos por requisitos de validade, a saber: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

No abalizado magistério de José dos Santos Carvalho Filho, “competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade.¹³Traçando um paralelo com o direito privado, a competência para produzir certo ato administrativo equipara-se, *mutatio mutantis*, à capacidade para atos da vida civil, com a diferença de que no regime jurídico de direito público, ao contrário do que ocorre no direito privado, o agente apenas poderá agir na esfera do que a lei traçou, não podendo tomar determinada postura sob a justificativa de que não há norma legal que vede a prática do ato.

O objeto de um ato administrativo é o objetivo ao qual o ato se propõe a produzir. O objeto de uma punição disciplinar, *v. g.*, é punir o transgressor de uma norma administrativa disciplinar. Assim como os atos da vida civil, o ato administrativo deve ter objeto lícito, possível e determinado ou determinável. A forma é o meio pelo qual o ato administrativo se exterioriza. Esse requisito de validade tem o condão, principalmente, de tornar público e visível o que se projeta com a produção do ato administrativo. Assim, quando um ato administrativo possui um móvel viciado, *v. g.*, em razão do superior hierárquico ter em mente a aplicação de uma punição disciplinar por vingança ao seu subordinado, por meio do procedimento administrativo apuratório – que guarda estreita relação com a forma do ato –, será possível a constatação de tal vício.

Não se poderá dizer que a forma do ato administrativo está escorregada se o pro-

13 CARVALHO FILHO, 2006, p. 92.

cedimento a ele empregado não garantiu o contraditório e a ampla defesa, corolários do devido processo legal, assegurados constitucionalmente tanto aos processos judiciais como aos administrativos. Na lição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento do ato administrativo”¹⁴.

Do mesmo modo como o juiz organiza sua sentença com base em um silogismo em que os fatos e os fundamentos jurídicos são as premissas e o dispositivo é a conclusão, o agente público que produzir um ato administrativo, especialmente os de caráter punitivo-disciplinar, não poderá, jamais, deixar de lado os pressupostos de fato e de direito em que se baseia o ato. A ausência de indicação ou a indicação incompleta ou inverídica dos fatos ou dos fundamentos jurídicos invalidam o ato administrativo.

Impende salientar que não se confundem motivo e motivação. Motivação é a exposição dos motivos e diz respeito às formalidades do ato. Entretanto, ausente a motivação, o ato administrativo torna-se inválido, pois, como ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a motivação “constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública”¹⁵.

Por derradeiro, com relação ao motivo do ato administrativo, a teoria dos motivos determinantes vincula a validade do ato administrativo aos motivos por ele indicados, de modo que ausentes ou inverídicos os motivos, mesmo que seja reprovável a conduta sobre outro argumento, a punição disciplinar deve ser afastada.

A finalidade é o elemento do ato administrativo que reza que todo ato da Administração Pública deve buscar um interesse público. Não se pode praticar um ato administrativo com finalidade egoística ou por mero interesse privado. Da mesma forma, um ato administrativo com uma finalidade específica não pode ser usado para outra finalidade, como, *v. g.*, promover a remoção *ex officio* de um funcionário sob a justificativa de necessidade do serviço, mas, em verdade, com a finalidade de punição. Ausentes quaisquer dos requisitos, frisa-se, o ato é ilegal e, portanto, nulo de pleno direito.

Nesse diapasão, não há como se excluir da apreciação do Poder Judiciário, mesmo nas situações em que o manejo do *writ* encontra limitação constitucional, no mínimo, os aspectos formais do ato administrativo de privação de liberdade de um militar em razão da prática de uma infração disciplinar.

Merecem destaque, no que tange aos aspectos formais da aplicação da sanção disciplinar, os requisitos da competência e da forma. Deveras, não se pode dizer que a hierarquia sempre corresponde ao poder disciplinar. Nesse ponto, somente poderá impor uma sanção disciplinar, em face da prática de uma transgressão disciplinar, quem tenha competência para a prática desse ato administrativo, ou seja, a autoridade que tenha essa competência prevista em lei.

Dessarte, é ilegal, por ferimento ao aspecto formal do ato – referente à competência administrativa –, a imposição de uma sanção disciplinar a um praça de uma Força por um oficial de outra, sendo possível, nesse caso, o manejo do *writ* para a correção da ilegalidade.

14 DI PIETRO, 2004, p. 203.

15 *Ibidem*, p. 204.

Da mesma forma, as punições disciplinares privativas de liberdade possuem limitação temporal, que, uma vez ultrapassada, possibilita a imediata soltura do paciente por meio de impetração do *habeas corpus*.

Impende salientar que o Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, vem construindo sólida jurisprudência que admite o emprego do *writ*, mesmo no campo das transgressões disciplinares, quando se discutem os pressupostos de validade do ato administrativo que impõe pena privativa de liberdade em decorrência de transgressão disciplinar militar. Nesse sentido, vale anotar os seguintes precedentes jurisprudenciais:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. *HABEAS CORPUS* CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, E 124, § 2º.

I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF).

II – A legalidade da imposição de punição constitutiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes.

III – Não estando o ato sujeito à jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, da CF).

IV – Reprimenda, todavia, já cumprida na sua integralidade.

V – HC prejudicado. [RHC 88.543, rel. Min. Ricardo Lewandowski].

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR.

Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito.

Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do *habeas corpus*.

Recurso conhecido e provido. (RE 338.840-RS, rel. Min. Ellen Gracie).

EMENTA: *Habeas corpus*. O sentido da restrição dele quanto às punições disciplinares militares (artigo 142, § 2º, da Constituição Federal).

Não tendo sido interposto o recurso ordinário cabível contra o indeferimento liminar do *habeas corpus* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 102, II, 'a', da

Constituição Federal), conhece-se do presente *writ* como substitutivo desse recurso. O entendimento relativo ao § 20 do art. 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio de que nas transgressões disciplinares não cabia *habeas corpus*, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válida para o disposto no § 2º do art. 142 da atual Constituição, que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar. *Habeas corpus* deferido para que o STJ julgue o *writ* que foi impetrado perante ele, afastando a preliminar do seu não cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente *habeas corpus* até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não (HC nº 70.648-7/RJ, rel. Min. Moreira Alves).

Aliás, o próprio Código de Processo Penal Militar, em seu art. 466, parágrafo único, parece excluir das hipóteses de vedação ao uso do *habeas corpus* as punições em que não for obedecido o correto emprego dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, em clara alusão ao princípio da estrita legalidade, que deve nortear toda a Administração Pública (civil ou militar).

Em última análise, conforme lembra o professor João Rodrigues Arruda, a disciplina militar pode ser conceituada como a rigorosa observância e o acatamento integral das leis para que as Forças Armadas cumpram sua missão de garantia dos poderes constitucional e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. “Seria, portanto, um paradoxo eleger a ilegalidade para garantir a legalidade, ou, ainda, adotar o princípio de que os fins justificam os meios, numa triste reedição de Maquiavel”.¹⁶

Não se pretende, com isso, burocratizar a disciplina e a hierarquia militar, mas sim imprimir a esses atos a imprescindível observância de requisitos de validade indispensáveis aos atos administrativos, impedindo que estes sejam usados de forma viciada e para o atingimento de finalidades não abraçadas pelo ordenamento jurídico.

7. Da competência para o julgamento de habeas corpus impetrado contra a aplicação de sanções disciplinares militares

Em síntese, a doutrina divide-se em três grandes correntes acerca do cabimento do *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar. A primeira delas rechaça toda e qualquer possibilidade e impetração do remédio heróico contra prisão decorrente de sanção disciplinar militar, em interpretação ortodoxa e literal do § 2º do art. 142 da Constituição da República. Dentre os defensores dessa primeira corrente, destacam-se Cretella Júnior, Seabra Fagundes, Walter Ceneviva e José Afonso da Silva, lecionando este último que:

A disciplina é, assim, corolário de toda organização hierárquica. Essa relação fundamenta a aplicação de penalidades que ficam imunes ao *habeas corpus*, nos termos do art. 142, § 2º [CF/88], que declara não caber aquele remédio constitucional em

16 ASSIS, 2008, p. 195.

relação a punições disciplinares militares.¹⁷

Dentre os integrantes da segunda corrente, que entendem viável o *habeas corpus* contra as punições disciplinares militares apenas para o controle de legalidade da punição, está a maior parte dos doutrinadores, bem como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal Militar e a maioria dos tribunais pátrios.

A terceira corrente, mais ligada à doutrina garantista do direito penal, à qual nos filiamos, entende ser cabível o *habeas corpus* não apenas para analisar os aspectos formais do ato de sanção disciplinar militar privativa de liberdade, como também sob determinadas condições e em situações definidas discutir o mérito de tais sanções. Pois bem, na esteira das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que reconhecem o cabimento do remédio heróico contra o ato de aplicação de sanção disciplinar militar privativa de liberdade, resta responder à seguinte indagação: qual a autoridade competente para apreciar a ordem de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar militar? A resposta comporta algumas variantes. A chamada Reforma do Judiciário, levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004, alterou sensivelmente a competência da Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, sem, entretanto, promover alteração similar na competência da Justiça Militar da União.

Em decorrência da reforma constitucional, à Justiça Militar Estadual compete o julgamento de ações judiciais contra punições disciplinares militares, incluindo o julgamento de *habeas corpus* impetrados em razão de aplicação de sanção por transgressão disciplinar, sendo competente, nesse caso, o Juízo de Direito com atuação na Justiça Militar Estadual.

Não se promoveu, entretanto, a mesma alteração de competência com relação à Justiça Militar da União, havendo, pois, duas posições a respeito do tema, sem que se possa dizer que uma delas é a corrente majoritária.

O professor Jorge Cesar de Assis defende: “No nível federal, até que ocorra a conclusão da chamada Reforma do Judiciário, a competência para julgar pedido de HC em transgressão militar é da Justiça Federal”.¹⁸ Sustenta o mencionado doutrinador:

A competência prevista no art. 469 do CPPM, em favor do Superior Tribunal Militar, refere-se, por enquanto, tão-somente ao remédio heróico invocado no decorrer do inquérito policial ou do processo penal militar ou, ainda, durante a execução da sentença.¹⁹

Com entendimento diverso, João Rodrigues Arruda, citado por Jorge Cesar de Assis, leciona:

Temos, indiscutível, que os atos administrativos disciplinares emanados de autoridade militar estão sujeitos ao controle jurisdicional, controle que pode ser provocado por meio de *habeas corpus* ou mandado de segurança, e ainda pela via ordinária.

Na primeira hipótese, a competência é do Superior Tribunal Militar, enquanto nos

17 SILVA, 2006, p. 738.

18 ASSIS, 2008.

19 *ibidem*, p. 195.

dois últimos casos a competência é da Justiça Federal, por força de disposição constitucional.

No mesmo diapasão é o magistério de Ricardo Henrique Alves Giuliani, a saber:

Dessa forma, jamais o juiz-auditor terá competência para julgar *habeas corpus* em que a autoridade coatora, por exemplo, o comandante de uma organização militar, aplica ilegalmente uma prisão disciplinar. Da mesma forma, não é competência da Justiça Federal comum.

Neste caso é competência originária do Superior Tribunal Militar (art. 6º, I, 'c' da Lei n. 8.457/92).¹

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar vem entendendo ser competência daquela corte o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra o ato de prisão decorrente de transgressão militar, consoante se pode observar pelos arestos a seguir colacionados:

Ementa: *HABEAS CORPUS* – PUNIÇÃO DISCIPLINAR – SALVO-CONDUTO. Impetração sob a alegação de contínua perseguição e dupla punição pela mesma conduta, estando o paciente impedido de receber visitas e mantido incomunicável, mediante apurações eivadas de vícios. Requerida, liminarmente, concessão de salvo-conduto preventivo. Prova pré-constituída, contrariamente ao alegado, a configurar observância aos preceitos legais, estando os atos administrativos punitivos motivados. Preliminar indeferida em despacho monocrático. Demonstrado que a aplicação da punição disciplinar observou as formalidades legais. Não houve dupla punição pelo mesmo fato: incomunicabilidade e nem impedido de receber visitas. A competência desta Corte, definida pelo art. 124, c/c o art. 5º, inciso LVI, observada a restrição do art. 142, § 2º, todos da Constituição Federal, não abarca o mérito do ato administrativo punitivo, sendo certo que, *in casu*, a punição disciplinar foi aplicada pela autoridade militar competente, Comandante do paciente. Ordem denegada. Decisão unânime. STM n. 2006.01.034207-9/RJ, data da publicação 14/09/2006.

.....

Ementa: *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.

Em que pesem as judiciosas opiniões contrárias já citadas, filiamo-nos à corrente que defende a competência da Justiça Federal comum para o julgamento de *habeas corpus* impetrado em decorrência de transgressão militar.

Deveras, a Constituição da República atribuiu à Justiça Militar da União compe-

1 GIULIANI, 2007, p. 212.

tência exclusivamente criminal, nos termos do seu art. 124, parágrafo único, não podendo, assim, ter sua competência ampliada por norma infraconstitucional, razão pela qual entendemos que o disposto no art. 6º, inciso I, alínea “c”, da Lei n. 8.457/92, ao atribuir ao Superior Tribunal Militar o processamento e o julgamento de ordem de *habeas corpus*, deve ser interpretado *conforme a Constituição*, não se referindo a *habeas corpus* impetrado contra punição disciplinar militar.

Impende frisar que o Pretório Excelso, em decisão recente, entendeu por sua competência para julgar *habeas corpus* contra ato de punição por transgressão militar:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. *HABEAS CORPUS* CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º.

I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações (art. 124, § 2º, da CF).

II – A legalidade da imposição de punição constrictiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de *habeas corpus*. Precedentes.

III – Não estando o ato sujeito à jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF).

IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade.

V - HC prejudicado. (RHC 88543/SP – São Paulo. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 27/04/2007).

Até mesmo o egrégio STM, segundo informa Jorge Cesar de Assis,² em jurisprudência inovadora daquela Corte, datada de 27/09/2005, no *Habeas Corpus* 2005.01.034085-8/SP, impetrado em razão de punição disciplinar militar, com o voto condutor do Ministro Sérgio Ernerto Alves Conforto, reconheceu a incompetência da Justiça Militar da União para processar e julgar matérias relativas a questões disciplinares em sua parte administrativa, remetendo os autos ao Juízo Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Entendemos justificáveis as críticas doutrinárias acerca da insegurança jurídica existente em razão da possível dualidade de jurisdição com relação ao julgamento de ações ajuizadas contra punições decorrentes de transgressões militares. Todavia, até que o Congresso Nacional aprove a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 358/05, que ampliará a competência da Justiça Militar da União, nos moldes da Reforma do Judiciário promovida pela EC 45/2004, a competência da Justiça Militar da União ficará restrita a matéria criminal, não podendo exercer o controle jurisdicional sobre punições disciplinares militares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

2 ASSIS, 2008, p. 195. Nota de rodapé 302.

8. Conclusão

Ao fim dessas considerações, chegamos às seguintes conclusões:

I – A vedação à utilização do *habeas corpus* somente será possível para as transgressões disciplinares militares previstas em lei, uma vez que há reserva legal absoluta prevista na parte final do art. 5º, inciso LXI, da CF.

II – A exemplo do que ocorre em matéria criminal, as transgressões disciplinares militares sancionadas com a privação da liberdade deverão zelar pelos princípios da subsidiariedade, da taxatividade e da intervenção mínima.

III – O disposto no art. 5º, XXXV, da CF (inafastabilidade do controle jurisdicional), deve prevalecer, inclusive com a permissão do manejo do *habeas corpus*, quando a transgressão disciplinar tiver sido praticada por militar fora do exercício de uma das funções típicas das Forças Armadas, previstas no art. 142 da CF, a saber: defesa externa ou garantia da lei e da ordem.

IV – O § 2º do art. 142 da Constituição da República deve ser interpretado em consonância com a nova ordem constitucional, que prevê que as regras internacionais de direitos humanos têm o mesmo *status* constitucional das emendas à Constituição.

V – Em nenhuma hipótese os aspectos formais do ato administrativo (competência; forma; objeto; motivo; finalidade) que aplica uma sanção disciplinar de privação de liberdade poderão ficar imunes de apreciação pelo Poder Judiciário.

VI – A competência para o processamento e o julgamento de *habeas corpus* impetrado em razão de sanção disciplinar militar é da Justiça Federal, tendo em vista que à Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações disciplinares.

9. Referências

ARRUDA, João Rodrigues. *O uso político das Forças Armadas e outras questões militares*. 1. ed. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de direito disciplinar militar*. , Curitiba: Juruá, 2008.

———. *Direito militar*”. Curitiba: Juruá, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

———. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*”. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* 16. ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

———. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. *Direito processual penal militar*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica/Luiz Flávio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRABETE, Julio; FABBRINI, Renato. *Manual de direito penal*. v. 1. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários a Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JÚNIOR, Antoniel Souza Ribeiro da. Do cabimento do habeas corpus nas prisões disciplinares militares ilegais e abusivas. Jus Navegandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3448>>. Acesso em: 23 mar. 2009.