

REDE DOCTUM DE ENSINO

UNIDADE SERRA-ES

ANDERSON PATRICK SOARES PEREIRA

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

SERRA

2019

REDE DOCTUM DE ENSINO

UNIDADE SERRA – ES

ANDERSON PATRICK SOARES PEREIRA

**ADMISSIBILIDADE DE HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES
DISCIPLINARES MILITARES**

Projeto de Pesquisa apresentado ao Curso de Direito da Rede Doctum de Ensino, como requisito para aprovação na disciplina TCC, orientado pelo Prof. Luciano Costa Felix.

Área de Concentração: Direito Constitucional.

SERRA/ES

2019



REDE DOCTUM DE ENSINO

UNIDADE SERRA/ES

FOLHA DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: **ADMISSIBILIDADE DO HABEAS CORPUS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES** elaborado pelo aluno **ANDERSON PATRICK SOARES PEREIRA** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de **DIREITO** das Faculdades **REDE DOCTUM DE ENSINO UNIDADE SERRA/ES**, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

SERRA, ____ de _____ 20__

Prof. Orientador

Prof. Examinador 1

Prof. Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho buscou demonstrar de forma sucinta o poder normativo da Constituição Federal/88, bem como, respeitosamente discordando do entendimento da mais alta corte do ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade, através da interpretação jurídica, da inconstitucionalidade do art. 142, §2º da Carta Magna, uma vez que a mesma corte, como será apresentado, já deu uma interpretação relativa ao dispositivo normativo que versa sobre a vedação à aplicação do Habeas Corpus nas transgressões disciplinares militares, aceitando parcialmente o remédio constitucional e rejeitando-o no tocante ao exame do mérito do ato administrativo.

Palavras-chave: Constituição. Direito Fundamental. Habeas corpus. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The present work has succinctly demonstrated the normative power of the Federal Constitution / 88, as well as, respectfully disagreeing with the understanding of the highest court of the national court order, the possibility, through legal interpretation, of the unconstitutionality of art. 142, §2º of the Magna Carta, since the same court, as will be presented, has already given an interpretation concerning the normative device that deals with the prohibition of the application of Habeas Corpus in military disciplinary transgressions. Partially accepting the constitutional remedy and rejecting it regarding the examination of the merits of the administrative act.

Keywords: Constitution. Fundamental right. Habeas corpus. Unconstitutionality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	3
2	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, SUA FORÇA NORMATIVA E ITENS QUE APONTAM A LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	5
3	TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR E SANÇÃO DISCIPLINAR.....	11
4	O HABEAS CORPUS.....	124.1
	Significado e origem da expressão.....	13
4.2	Tipos de habeas corpus.....	13
4.3	Como conseguir um habeas corpus?	14
5	A POSSIBILIDADE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA CONTIDA NO ART. 142, §2º DA CF/88.....	14
6	CONCLUSÃO.....	18
7	REFERÊNCIAS.....	19

1 INTRODUÇÃO

Este estudo da admissibilidade do habeas corpus nas transgressões disciplinares militares, objetiva sobre a perspectiva da análise dos princípios fundamentais e, nos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão, substanciado ao princípio republicano, esculpidos na Constituição Federal em vigor, demonstrar a possibilidade jurídica de aplicação do habeas corpus assegurado sem exceções a todos os cidadãos, quando da ilegalidade ou abuso de poder face à sanção disciplinar aplicada, mormente quando se tratar de sanção restritiva da liberdade de ir e vir, estar e ficar, afetando o maior patrimônio do ser humano. Em especial quando a ilegalidade do ato tenta validar-se, sobre o manto da subordinação castrense, refutando seus atos aos olhos do Poder Judiciário.

O Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, e sua Constituição possui uma Força Normativa, que vincula todos os atos dos entes públicos, submetendo-os ao Império da Lei. Sendo o cerne o princípio da legalidade, bem como dos demais princípios constitucionais balizadores de todo o ordenamento jurídico, que são vivos e eficazes, e não abstrações alegóricas como de outrora.

Neste panorama, o presente trabalho delimita-se a questionar a problemática de analisar de forma literária o artigo 142 § 2º, da CF/88, que proíbe de forma expressa a concessão do *mandamus* as punições no campo das transgressões disciplinares militares, embasado na Defesa do Estado e das Instituições Democráticas (BRASIL. Constituição, 1988).

Não podemos pactuar com uma visão equivocada do direito, por certo calariam vozes que ecoaram em um passado de lutas, para que se consagrassem direitos mínimos aos homens de todo o mundo. Inconcebíveis quando contempla incoerências normativas no corpo da própria Constituição Federal, gerando antinomias entre normas e, entre normas e princípios; buscando na hermenêutica uma solução harmoniosa, sem, contudo encarar a problemática de frente, propensa a causar danos a bens jurídicos mais relevantes, sob o auspício da unidade constitucional.

Por conseguinte, mesmo sendo uma norma que se encontra no escopo da constituição padece de inconstitucionalidade? A resposta a essa questão será fruto

de abordagens e de estudos doutrinários que reconhecem um direito supra positivo, calçado em princípios fundamentais que validam todas as Constituições.

Para o desenvolvimento do tema, identifica - se na Carta Magna as diversas disposições que dizem respeito, aos Direitos e Garantias Fundamentais e, princípios concernentes à legalidade, à liberdade, à igualdade, o direito, à defesa, o amplo acesso ao judiciário, entre outros. Em seguida, consoante o espírito da atual ordem político-jurídico brasileira, não podemos fazer exceção ou flexibilizá-las em detrimento dos cidadãos servidores públicos militares.

Necessário se faz traçar um esboço histórico a respeito do instituto, conforme será apreciado, com o fito de demonstrar seu prestígio constitucional, e não fazendo qualquer tipo de exceções para o seu manuseio. Por isso sendo descabido a exclusão dos militares ao uso do remédio heroico, se presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Destoamos de alguns ventos doutrinários que pregam uma flexibilização do Poder Judiciário ao analisar os atos da administração militar, por serem oriundos de instituições militares alicerçadas na hierarquia e disciplina e gozar da oportunidade e conveniência dando-lhe uma autonomia maior. Doravante ser uma instituição militar em nada faz mudar a lógica dos fatos, ou seja, as instituições militares fazem parte do Estado.

A ideia não é nova, e como tal, sofrerá a resistência natural de manutenção do *status* de antes. Não que queiramos inovar sobre o mister até porque renomados doutrinadores vislumbram a possibilidade do uso do *mandamus* nas transgressões militares, desde que preenchidos os requisitos de validade.

A *contrário sensu*, havendo a hipótese de ilegalidade, abuso de poder e excesso punitivo, qual o remédio de que dispõe aquele que sofre a violência ou a ameaça de lesão ao seu direito de liberdade, senão o controle jurisdicional do remédio heroico? Será que é válido justo e razoável, privar o militar de tal garantia constitucional, negando-lhe a condição de cidadão?

Em especial por ser a Administração Militar um ramo pouco estudado pela maioria dos publicistas se desconhece suas mazelas e injustiças, que as instituições militares tentam legalizá-las, sob o manto da preservação da hierarquia e disciplina. Contudo, os atos emanados por autoridades militares, em nada se diferem dos atos administrativos comuns. Por conseguinte, devem guiar-se e obedecer, todos os princípios norteadores da administração pública em geral.

Procurar-se-á demonstrar, mediante os métodos e processos de interpretação da ciência do direito, há possibilidade em certos casos concretos a propositura e análise por parte do judiciário do instituto do habeas corpus nas transgressões militares. Por se tratar de um ato administrativo militar vinculado ao princípio basilar da legalidade e moralidade dentre outros, o qual rege toda a administração pública. Doravante não fosse admitida tal intervenção do poder judiciário que é uno, negaríamos a qualidade do Estado Democrático de Direito, e estaríamos repudiando o Regime Republicano, colocando em cheque a validade da nossa Carta Magna.

2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, SUA FORÇA NORMATIVA E DITAMES QUE APONTAM A LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Carta Cidadã inaugurou uma nova ordem jurídica e criou um novo Brasil, institucionalizou o Estado Democrático de Direito, em especial no que tange às Garantias Institucionais de defesa desses direitos.

Nota-se que a Constituição possui dois aspectos marcantes: “no sentido de organização política do Estado, e sua limitação do poder estatal, por meio das previsões contidas nos direitos e garantias fundamentais do homem” (MORAES, 2003, p. 35). No tocante as garantias fundamentais do homem, e sua mitigação aos cidadãos militares serão abordadas oportunamente.

Com maestria Darcy Azambuja (2001, p. 169), contextualiza o conceito de Constituição que passo a descrever:

O termo constituição é empregado em sentido amplo ou sem sentido restrito. Na acepção geral, Constituição é a própria organização do Estado, são as instituições políticas e jurídicas que o formam e lhe caracterizam a estrutura. Nessa acepção, todos os Estados têm e sempre tiveram Constituição, que compreende as tradições e costumes políticos, as leis e documentos que regulam a sucessão nos tronos, criam órgãos e lhes regulam o funcionamento.

Em um sentido estrito, que é o usual, constituição é o conjunto de preceitos jurídicos, geralmente reunidos em um código, que discrimina os órgãos do poder público, fixa-lhes a competência, declara a forma de governo e, proclama e assegura os direitos individuais.

Nestes parâmetros, podemos fazer menção que a Constituição expressa os anseios de uma evolução histórica sócio cultural, na qual o homem abre mão de sua liberdade para viver em comunidade; que já ensejava uma forma primitiva de

Estado. Sendo a norma constitucional o balizador de condutas, expressando os valores de maior relevância social, assecuratório dos direitos e obrigações, embasado no respeito mútuo entre governados e governante.

Assevera transcrever a influência da Constituição no ordenamento jurídico, sem, contudo por ela ser influenciado na lição do Prof. Anderson Pedra, que de forma clara e singular, desnudando a força normativa da constituição afirma:

Deve-se destacar que a Constituição é norma que repercute sobre o direito ordinário, sem reciprocidade. Projeta influência sobre os demais modelos jurídicos, mas não é influenciada por estes, ou seja, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da constituição, com base nela, mas não ao contrário, pois nunca o mundo da infra constitucionalidade poderá superar a força normativa emergente da norma constitucional (PEDRA, 2004, p.155).

Pode-se observar a existência de um escalonamento natural, na órbita do ordenamento jurídico. Consubstanciando haver uma ligação recíproca, onde uma norma inferior encontra seu fundamento em outra norma superior.

De alguma forma a constituição de 1988 permitiu que subsistisse resquício do velho regime (regime militar de 1964), um tentáculo de dominação, que sufoca os militares, tentando legitimar a negativa do *mandamus*, nas transgressões disciplinares valendo-se do dispositivo que se encontra no capítulo II, que trata das Forças Armadas, sendo o art. 142 § 2º, da CF/88, “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”, e dos Regimentos Internos das Forças Armadas (BRASIL. Constituição, 1988). Negativa esta, que se encontra em rota de colisão com os alicerces da Constituição, mas agora não esgotaremos o problema que será alhures enfrentado.

A garantia constitucional da liberdade de locomoção encontra-se albergada em inúmeros incisos do artigo 5º, da CF/88 (BRASIL. Constituição, 1988), dentre eles destacamos:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nela entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

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.

Incluindo o rol de garantias, destaca-se o Pacto de São José da Costa Rica, onde fora celebrada a Convenção Americana de Direitos Humanos, “a convenção consolida o quadro das instituições democráticas no Continente Americano, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem, impôs um regime de liberdade pessoal e de justiça social” (CHAVES, 2002, p. 65). Sendo ratificado pelo então Presidente do Brasil Itamar Franco, através do Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992, acostado no parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88. “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Não obstante o instituto do Habeas Corpus encontra previsão legal em legislações ordinárias: Código de Processo Penal nos artigos 647 a 667, e o Código Penal Militar nos artigos 446 a 480.

Seguindo lição de Alcino Pinto Falcão (apud MORAES, 2003, p. 138):

A garantia do habeas corpus tem uma característica que a distingue das demais: é bem antiga, mas não envelhece. Continua sempre atual, e os povos que não possuem a rigor, não são livres, não gozam de liberdade individual, que fica dependendo do Poder Executivo e não da apreciação obrigatória nos casos de prisão por parte do juiz competente.

Como bem assevera o instituto do habeas corpus não faz discriminação a nenhum tipo de pessoa para seu usufruto, desde que esteja em perigo sua liberdade de locomoção por abuso ou ilegalidade,apesardo art. 142 § 2º, da Constituição brasileira(BRASIL. Constituição, 1988), proibir a interposição do *writ* para as transgressões disciplinares militares. O que fere profundamente os alicerces do Estado Democrático de Direito, e todas as suas garantias por ele emanadas, que será oportunamente debatido.

Ocorre que uma restrição ao *writ* encontra-se prevista no § 2º do artigo 142 da CF/88, “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”(BRASIL. Constituição, 1988). No ímpeto de resguardar o poder hierárquico

e disciplinar dos militares, o constituinte originário, optou por acatar as súplicas das forças militares, resolveu inserir no título V, capítulo II, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, uma vedação expressa ao uso do remédio heroico, sendo uma norma formalmente inconstitucional, por contrariar de modo acintoso todo o ideal supremo de igualdade, liberdade e justiça, expressada no preâmbulo constitucional. Malgrado o insurgente dispositivo de igual forma afronta literalmente o artigo 5º, inciso LXVIII, da CF/88(BRASIL. Constituição, 1988), e o art. 7º, nº 06, da Convenção Americana de Direitos Humanos(Convenção Americana de Direitos Humanos - 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado pelo Governo brasileiro.

Os militares por força de seus Regulamentos Internos, encontram-se sujeitos aos princípios basilares da hierarquia e da disciplina, mas isso não significa que os direitos e garantias fundamentais possam ser desrespeitados. Em outros países, destacando entre eles Portugal, o cabimento do habeas corpus nas transgressões disciplinares, é uma medida prevista expressamente como direito dos militares, que são os responsáveis pela manutenção da ordem pública e da segurança externa e soberania nacional.

A Constituição da República de Portugal promulgada no dia 02 de abril de 1976, no art. 31, nº 01, preceitua, “haverá habeas corpus contra o abuso de poder por virtude de prisão ou detenção ilegal, a interpor perante o tribunal judicial ou militar consoante os casos” (ROSA, 2006).

Forçoso dizer que essa vedação abala profundamente os pilares da nossa Constituição, não podendo o *writ* sofrer qualquer obstáculo, caso assim fosse não estaríamos vivendo em um Estado Democrático de Direito, que vela pelo bem estar social; e sim estaríamos vivendo num Estado de Direito, onde o rei dita as normas, e cabe aos súditos simplesmente cumpri-las.

Argumentando ser “os militares, servidores especiais, necessário que haja um traquejo especial no manejo das garantias individuais, por ser um regime diferenciado, atribui aos atos administrativos militares, mais autonomia decorrente da rigidez da caserna, alicerçada na hierarquia e disciplina” (OLIVEIRA, 2005). Visão esta, errônea à vista deste trabalho, pois se assim se pensasse, estar-se-ia negando aos nobres militares o status de cidadão, e contrariando todo o ideal a que se propõe o ideal de liberdade e igualdade, argumento este que não reflete a verdade, mas demonstra ser uma forma de escravidão mascarada.

Na doutrina e na jurisprudência há os que não aceitam a aplicação do writ alegando que os princípios da hierarquia e disciplina devem ser preservados, pois são inerentes às Organizações Militares e, portanto, não seria adequada a sua análise. Nesta linha, Gerson da Rosa Pereira (2004, p. 33) sustenta o seguinte:

O habeas corpus é writ concedido a todo aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, regra jurídica constitucional que sofre exceção em relação as punições disciplinares militares [...]. Excetuam-se, pois, da proteção pelo habeas corpus, todos os casos em que o constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção resultar de punição disciplinar. (PEREIRA, 2004, p. 33).

E segundo Gilmar Ferreira Mendes, contrariando:

Eliminar do conhecimento do Judiciário é provocar contra o Estado Democrático de Direto, já que “a defesa dos direitos fundamentais é da essência de sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte.(MENDES, 2000, p. 132).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido de que no habeas corpus nas transgressões disciplinares militares, faz-se necessário o exame dos pressupostos de legalidade da transgressão. Aceitam a impetração do habeas corpus e argumentam que a vedação à sua admissibilidade se refere apenas ao mérito do ato disciplinar militar.

O Supremo Tribunal Federal assevera o seguinte:

“Não há que se falar em violação ao art. 142 § 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Embora o disposto no art. 142 § 2º, da Constituição Federal de 1988, o entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido do cabimento do habeas corpus quando o ato atacado revestir-se de ilegalidade ou constituir abuso de poder. O que a Constituição proíbe é que se julgue a pena disciplinar, [...] mas o Poder Judiciário pode verificar se a contravenção disciplinar foi punida pela autoridade competente dentro dos limites legais” (Recurso Extraordinário338.840-1/RS).

O Superior Tribunal de Justiça dispôs a respeito da seguinte maneira:

Ementa: CRIMINAL. RHC. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. LIBERDADE DE IR E VIR. INDÍCIOS DE CRIME MILITAR. INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. VIA ADEQUADA. RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que, em se tratando de punição disciplinar por transgressão militar, só se pode admitir a análise da legalidade do ato, via habeas corpus, quando se encontrar em jogo a liberdade de ir e vir do cidadão, que é a hipótese dos autos. Verificada a presença de indícios de infração penal, a instauração de sindicância configura ofensa ao devido processo legal e, em consequência, está eivada de vício, pois a via adequada para tal apuração é o inquérito policial militar. Sobressai ilegalidade flagrante no procedimento atacado, no tocante à deficiência da defesa do paciente por ofensa ao devido processo legal. Deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão do Julgador de 1º grau concessiva de habeas corpus ao recorrente. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.

No Estado Democrático de Direito a Constituição é uma lei, e como lei, deve ser aplicada decorrente de seu poder normativo vinculante, não comportando exceções, em especial no que tange aos princípios basilares formadores da constituição. Sendo assim, não comungando com o entendimento doutrinário que vislumbra a possibilidade, no que tange as garantias constitucionais, quando são objeto de discussão as transgressões disciplinares militares, de que devem ter sua aplicação flexibilizadas.

Frágil é o argumento posto pelos defensores da restrição da concessão do remédio constitucional nas transgressões militares, somente com o fito de preservar a hierarquia e a disciplina.

Caso o constituinte quisesse fazer alguma exceção para o uso do *mandamus* haveria de tê-lo feito, no dispositivo pertinente do art. 5º LXVIII CF/88, “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na eminência de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção, por abuso ou ilegalidade de poder”. Observa-se que o artigo transcreve que o remédio heroico pode ser utilizado por qualquer pessoa, não fazendo acepção de qualquer ser humano ou profissão, não cabendo assim falar de uma possível flexibilização, mitigando um princípio inerente à pessoa humana, inalienável e irrenunciável (BRASIL. Constituição, 1988).

Discorrendo nesse sentido a decisão do STF:

EMENTA: Habeas corpus. O sentido da restrição dele quanto às punições disciplinares militares (artigo 142, § 2º, da Constituição do Federal). Não tendo sido interposto o recurso ordinário cabível contra o indeferimento liminar do habeas corpus impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (artigo 102, II, “a”, da Constituição Federal), conhece do presente *writ* como substitutivo desse recurso. O entendimento relativo ao § 2º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº. 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 válido para o disposto no § 2º do artigo 142 da atual Constituição que é apenas mais restritiva quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar. (Supremo Tribunal Federal. HC 70648-7 RJ DJU 04/03/1994).

No mesmo sentido o STJ:

EMENTA: Habeas Corpus. Polícia Militar. Sanção disciplinar. Admissibilidade. Inteligência do art. 142, § 2º, da Constituição da República. Não cabe habeas corpus em relação a punições disciplinares militares. A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, ou seja, quanto ao juízo de oportunidade e conveniência da sanção. A franquia constitucional é ampla relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais se incluem a competência do agente, a oportunidade de defesa ampla e análise das razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. O art. 142, § 2º, da Constituição da República alcança a Polícia Militar porque auxiliar e reserva do Exército (art. 144, §5). (Superior Tribunal de Justiça, RHC 1375/SP, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª turma decisão: 24/09/91, DJ 16/101/91).

Por tratar-se de uma das garantias fundamentais inerentes da pessoa humana, ganham *status* de princípios constitucionais, tem, por conseguinte força normativa, vinculando os órgãos do judiciário em aplicar de forma efetiva o *mandamus* desde que estejam presentes seus pressupostos de admissibilidade. Não podendo o poder judiciário furtar-se de sua missão basilar de analisar uma lesão ou ameaça a direito sob pena de quebrar o princípio republicano como estudamos alhures. Caindo assim os ventos doutrinários que vislumbravam a flexibilização ao uso do *writ*.

3 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR E SANÇÃO DISCIPLINAR

Quanto à transgressão disciplinar militar, as Forças Armadas são instituições que existem para garantir a defesa da Pátria e dos poderes constituídos, consoante

o caput do art. 142, da CF/88. Os militares das Forças Armadas estão sob a égide dos respectivos Regulamentos Disciplinares, como prescreve a Lei 6880/80.

Limites tão pequenos entre crimes e transgressões militares não ensejam, por conseguinte ser o militar punido duas vezes pelo mesmo fato, consubstanciado no princípio do ne bis in idem.

Sobre a sanção disciplinar, em sentido bem amplo, é uma pena imposta para quem transgride uma norma de conduta, podendo caracterizar-se como uma sanção de cunho penal, administrativa, tributário e cível dentre outras. “A sanção disciplinar, tal qual a sanção penal cumpre duas finalidades: a retributiva e a reeducadora, com especial ênfase para esta última finalidade”. (MARTINS, 1996, p. 77).

Transcrevemos o que dispõe o artigo 24º do RDE (BRASIL. Regulamento Disciplinar do Exército, 2002):

Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade decrescente:

I – advertência;

II – o impedimento disciplinar;

III – a repreensão;

IV - a detenção disciplinar;

V - a prisão disciplinar;

VI – o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

A disciplina e a hierarquia devem ser preservadas por serem princípios essenciais, básicos, das Corporações Militares, mas os direitos e as garantias fundamentais previstos no art. 5º, da CF/88, são normas de aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF), que devem ser asseguradas a todos os cidadãos (civis ou militares, brasileiros ou estrangeiros), sem qualquer distinção, na busca do fortalecimento do Estado de Direito.

40 HABEAS CORPUS

O instituto do Habeas Corpus há muito é usado pelos povos civilizados com o fito de resguardar a todos os homens, sem exceção, seu direito basilar à liberdade de locomoção decorrente de uma prisão ilegal ou arbitrária. Liberdade esta, que custou no decorrer da evolução histórica vidas de pessoas que vislumbraram um mundo trilhado na igualdade e liberdade entre os povos. O habeas corpus está

previsto em nossa constituição no artigo 5º LXVIII CF/88, inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem tendo status de garantia constitucional e uma Cláusula Pétrea albergada no art. 60, § 4º, inciso IV, da CF/88 (BRASIL. Constituição, 1988).

4.1 Significado e Origem da Expressão

Como explica o advogado Adriano Alves de Araújo no artigo intitulado “O que é habeas corpus”, publicado em 2016 no site JusBrasil:

O termo foi oficializado em 1215, quando foi imposto ao rei João Sem Terra, a Magna Carta Libertatum, limitando os poderes reais e iniciando o processo de origem das Constituições ao longo da história.

Habeas Corpus é uma ação existente na experiência jurídica brasileira para proteção da liberdade de locomoção dos indivíduos, isto é, serve para fazer parar ou prevenir qualquer restrição ilegal ao direito de ir e vir livremente: na prática é usado para soltura de pessoas presas ilegalmente ou para prevenir uma possível prisão ilegal.

Habeas Corpus é uma expressão em latim que significa “que tenhas o corpo”. Era como se dava a ordem ao carcereiro de trazer um preso diante dos “Tribunais” na Europa da Idade Média, fosse para interrogá-lo, julgá-lo, ditar-lhe a sentença, entre outros casos: dizia-se algo como “*ordena-se que tenhas [seja tido] o corpo de tal preso diante do Tribunal para...*”. O nome *Habeas Corpus* começou então a ser usado para a ação na qual o preso exigia seu direito de ser trazido diante de um juiz, para que ele pudesse analisar se sua prisão era realmente justa/legítima.

É mais ou menos nesse sentido que o termo é empregado até os dias de hoje, embora não se costume pensar nesta significação a cada vez que se utiliza a expressão “*Habeas Corpus*” para designar uma modalidade de ação processual. (DE ARAUJO, 2016).

4.2 Tipos de *Habeas Corpus*

Segue explicando, o advogado Adriano Alves de Araújo, no artigo intitulado “O que é habeas corpus”, publicado em 2016 no site JusBrasil:

Há dois tipos de *Habeas Corpus*: o *Habeas Corpus* liberatório ou repressivo é a ação para fazer parar uma restrição ilegal ao direito de locomoção que já esteja ocorrendo. É utilizado normalmente quando se deseja libertar um preso. O segundo tipo é o *Habeas Corpus* preventivo, que é aquele utilizado para prevenir uma restrição ao direito de ir e vir.

Pode ser utilizado por quem acredite que seu direito de locomoção está sob ameaça – nesse caso, o *Habeas Corpus* só deverá ser concedido se esse temor for justificado, isto é, se houver ameaça concreta de prisão ou outro tipo de restrição. É muito comum a utilização de *Habeas Corpus* preventivo para casos em que haverá julgamento de quem possui

bons antecedentes e nunca cometeu outro crime (réu primário), pois, nessas situações, na hipótese de condenação, o réu não deverá ser preso, devendo-se assegurar-lhe o direito a recorrer em liberdade (costuma-se fundamentar este direito na chamada “*presunção de inocência*”). ((DE ARAUJO, 2016).

4.3 Como conseguir um *Habeas Corpus*?

O advogado Adriano Alves de Araújo explica, ainda no artigo intitulado “O que é habeas corpus”, publicado em 2016 no site JusBrasil:

Qualquer pessoa pode mover uma ação de *Habeas Corpus*, escrevendo o pedido em qualquer papel: por se destinar a proteger um dos direitos mais básicos do cidadão a ação de *Habeas Corpus* não requer formalidades especiais.

É suficiente, para propor *Habeas Corpus*, escrever em uma folha os seguintes dados:

- 1.O nome e o endereço da vítima da restrição ou ameaça do direito à liberdade (chamado de *paciente* na linguagem jurídica corrente);
- 2.Descrever a situação que está ocorrendo (se a vítima está presa injustamente e por quê ou que tipo de ameaça à sua liberdade ela está sofrendo);
- 3.O nome de quem está cometendo a restrição ou ameaça;
4. O local onde está presa a vítima;
5. A assinatura e o endereço de quem está escrevendo o pedido de *Habeas Corpus* (no caso de não saber escrever, é permitido apenas colocar a digital e pedir para que outra pessoa assine o próprio nome em seu lugar).

A pessoa que escreve o *Habeas Corpus* (chamada de *impetrante*) pode ser a própria vítima (*paciente*) da restrição do direito, não sendo exigível a participação de um advogado na elaboração e na propositura desta ação processual.(DE ARAUJO, 2016).

5 A POSSIBILIDADE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA CONTIDA NO ART. 142, §2º DA CF/88.

Postula-se um direito supra positivo, invocando sua inconstitucionalidade, asseverando serem os princípios fundamentais a base de existência e validade de todas as Constituições. Assim possibilitando-nos contemplar uma hierarquização normativa dentro do escopo constitucional. Sendo os princípios fundamentais, o ápice da pirâmide refletindo sua luz para toda a Constituição, conseqüentemente as normas secundárias devem harmonizar-se e obedecer às normas primárias.

Flagrantemente o indigitado artigo, está em rota de colisão com princípios supra positivos, dentre os quais podemos destacar: o direito à liberdade, à igualdade, ao devido processo legal, ao acesso à justiça, ao relaxamento da prisão ilegal e ao estado de inocência, dentre outros, albergados ao longo do art. 5º, da CF/88, assegurando ao homem o mínimo de dignidade e de justiça (BRASIL. Constituição, 1988). Incluindo os militares, que não perderam seu status de cidadão por servirem à uma instituição militar.

A matemática é simples, reconhecem um único princípio para justificar a constitucionalidade do artigo; porquanto este trabalho demonstrará que o mesmo, afronta vários princípios informadores da Constituição. Por conseguinte, o dispositivo fere flagrantemente o Estado Democrático de Direito padecendo assim de uma inconstitucionalidade.

Reiterados julgados de outrora, impediam os militares ao uso do writ nas transgressões disciplinares, pautado no art. 142 § 2º CF/88, a Suprema Corte decidiu que o artigo não deveria ser interpretado de forma literal ou isoladamente, mas uma interpretação relativa. Mesmo decidindo por sua constitucionalidade invocando o princípio da unidade constitucional, não acabou com a polêmica questão doutrinária, que vislumbra a inconstitucionalidade do artigo (BRASIL. Constituição, 1988).

Respeitada a decisão do Excelso Pretório, mas há, neste trabalho, discordância dessa postura doutrinária, buscando na hermenêutica, harmonizar antinomias constitucionais.

Pelo explanado tem-se que o art. 142 § 2º, da CF/88, é uma vedação constitucional inconstitucional, ou seja, é um comando formalmente inconstitucional, por conflitar com princípios informadores da Constituição.

Gomes Canotilho, ao falar sobre as normas constitucionais inconstitucionais assevera a existência de dois aspectos conflitantes, quais sejam, as contradições transcendentais e as contradições positivas em um plano teórico:

O problema das normas constitucionais inconstitucionais é levantado por quem reconhece um direito suprapositivo vinculativo do próprio legislador constituinte. É perfeitamente admissível, sob o ponto de vista teórico, a existência de contradições transcendentais, ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os “valores”, “diretrizes”, ou “critérios” materialmente informadores da modelação do direito positivo - direito material, direito justo, ideia de direito (apud CHAVES, 2002, p. 38).

Para o ilustre mestre lusitano, a problemática das normas constitucionais inconstitucionais é levanta sob auspícios de um plano teórico, com o fito de justificar e explicar o reconhecimento por parte de alguns doutrinadores, um direito suprapositivo. Uma teoria embasada na existência de “contradições transcendentais”, ou seja, a existência de contradições entre o direito constitucional positivo e os juízos de valores informadores desse direito positivo. É uma “contradição positiva” de duas normas constitucionais escritas ou de uma norma escrita e um princípio não escrito, visualizando assim uma hierarquia normativa dentro da própria constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1232).

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 185-DF, rejeitou a tese de Otto Bachof, pautada na existência de “princípios transcendentais supralegais” (OLIVEIRA, 2005, p. 154), julgando juridicamente impossível o pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional.

A Suprema Corte decidiu o polêmico questionamento utilizando o princípio da unidade constitucional, que leva o intérprete a resolver os conflitos existentes entre normas constitucionais de forma harmoniosa, contudo sem retirar a norma inconstitucional de modo definitivo da ordem jurídica (OLIVEIRA, 2005).

Na lição de Daniel Sarmiento (apud OLIVEIRA, 2005, p. 153 – 154):

O princípio da unidade da Constituição leva o intérprete a buscar a harmonização entre os dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior. Caso a conciliação plena não seja viável, ele deve procurar uma solução onde a restrição à eficácia e cada uma das normas em confronto seja a menor possível, buscando a otimização da tutela aos bens jurídicos por elas protegidos.

Respeite-se, mas discordamos do entendimento dado ao caso pelo Excelso Pretório, por acreditarmos na existência de uma hierarquização dentro da Constituição intitulado de direito suprapositivo, que se embasa nos princípios informadores da constituição. No Brasil entre os defensores de uma hierarquização de norma dentro da constituição estão: José Souto Maior Borges e Ivo Dantas.

Dantas utilizando o mesmo entendimento de Kelsen vislumbra dentro da Constituição a formação de uma pirâmide, classificando as normas constitucionais em: “princípios constitucionais fundamentais e princípios constitucionais gerais ou

setoriais ou normas setoriais” (DANTAS, 2003, p. 150). Continua o escritor, ter admitido a Constituição de 1988, fazer uso em seu preâmbulo de valores supremos e fundamentais para formação de um Estado Democrático de Direito, tais como: a liberdade, a igualdade e a justiça. Além de outros artigos espalhados no corpo da Constituição que presa pela dignidade do homem em sentido amplo; admitindo assim uma superioridade do princípio sobre a norma, estamos aptos agora a entender o raciocínio que o doutrinador defende.

Posição também defendida por Robert Alexy e oportuna a lição de José Souto Maior Borges (apud DANTAS, 2006, p. 145):

A violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria constituição, representando por isso mesmo uma inconstitucionalidade de consequências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional. [...]. Impõe-se a conclusão pela eficácia eminente dos princípios na interpretação das normas constitucionais. É o princípio que iluminará a inteligência da simples norma; que esclarecerá o conteúdo e os limites da eficácia de normas constitucionais esparsas, as quais têm que harmonizar-se com ele.

Os autores mais conservadores, dentre eles Jorge Miranda e Canotilho, vislumbram a possibilidade de existência dessas normas constitucionais inconstitucionais, somente no campo da teoria. No entanto convém despertar nosso interesse e refletirmos na real possibilidade de existência dessas normas inconstitucionais, em nosso ordenamento constitucional trazendo a baile a lição de Nogueira da Silva (apud DANTAS, 2006, p. 157 - 158):

No caso do brasileiro, quer por inadequada observância – intencional – do mandamento constitucional pelo Congresso, como por deficiente capacitação do legislador constituinte, são fragrantemente e inúmeras as normas constitucionais inconstitucionais, que induzem o jurisdicionado a não depositar confiança no sistema.

Quanto à primeira hipótese, a da intencional inobservância do mandamento constitucional, basta lembrar o grande número de projetos de lei, e até de emendas constitucionais que, aprovados em uma Casa do Congresso, são aprovados na outra Casa com modificações no texto, em remessa à de origem: com relação aos projetos de lei, são enviados à sanção ou veto do Executivo; no caso dos projetos de emenda constitucionais, são remetidos à promulgação conjunta pelas Mesas da Câmara e do Senado. No entanto, o art. 65 da constituição, exige que todas as matérias sejam apreciadas pelas duas casas e, obviamente, o que foi modificado na segunda não terá sido neste caso apreciado pela primeira.

Como bem assevera o autor, é perfeitamente cabível a existência conflitante entre normas constitucionais, e também normas atropelando princípios fundamentais que estão ou não expressos no texto constitucional, que servem de alicerce a formação das Constituições. Neste sentido escreve J. Cretella Junior (apud DANTAS, 2003, p.142) “o vocábulo princípio é vago, indeterminado, flutuante e que designando proposições fundamentais que os colocam na base ou alicerce dos sistemas”.

Com o mesmo sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (apud DANTAS, 2006, p. 142):

Princípio entendido por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre as diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

6 CONCLUSÃO

Entende-se, portanto, mesmo não havendo aceitação por parte da Suprema Corte de tal teoria, que é forçoso reconhecer-se a existência de princípios fundamentais intrínsecos na Constituição, informadores das demais normas. Por conseguinte a Constituição é o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico, e as demais normas encontram validade e eficácia por derivarem da Constituição Positivada. Entretanto, a Constituição não é algo que sai da cartola de um mágico, mas é uma construção jurídica da evolução humana, expressando valores supremos dos mais variados graus. Assim, observamos claramente uma hierarquização intrínseca na Constituição da República, figurando os princípios fundamentais no ápice da pirâmide, dando sustentação à própria Constituição e às demais normas constitucionais. É inadmissível que se aceite conflitos entre as normas constitucionais, menos ainda quando as normas tentam macular os princípios orientadores para os quais foi formada.

Mesmo diante da mitigação imposta pela Suprema Corte que deu uma interpretação relativa ao uso do dispositivo, pensamos ser inconstitucional o art. 142, § 2º da CF/88, que veda o habeas corpus nas transgressões disciplinares militares,

por afrontar diretamente os princípios informadores da Constituição vigente, consequentemente o Estado Democrático de Direito.

7 REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 42. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: **RE 468168 RJ**. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 23/04/2013. Fonte: JusBrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23103692/recurso-extraordinario-re-468168-rj-stf>. Acesso em: 01/03/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus **RHC 1375 SP 1991/0014136-4 - Inteiro Teor**. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. DJ: 24/09/1991. Fonte: JusBrasil: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/598648/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-1375-sp-1991-0014136-4>. Acesso em: 01/03/2019.

BRASIL. **Decreto n. 4.346 de 26 de agosto de 2002**. Regulamento Disciplinar do Exército (R-4). Brasília, 26 de agosto de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm. Acesso em: 01/03/2019.

CANOTILHO, Jose Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES, Evaldo Correia. **Habeas corpus na transgressão disciplinar**. São Paulo: Rcn, 2002.

DE ARAUJO, ALVES. **O que é habeas corpus.** Disponível em: <https://alvesaraujoadv.jusbrasil.com.br/artigos/399991130/o-que-e-habeas-corporus>. Acesso em 11/09/2019.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Instituições de direito brasileiro.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar.** São Paulo: De Direito, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Farlei Martins de. **Sanção disciplinar militar e controle jurisdicional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo:** 2004. 241f. Dissertação (mestrado em relações privadas e constitucional) – programa de pós graduação strictu sensu em relações privadas e constitucionais, Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/9091621/anderson-sant-ana-pedra>. Acesso em: 22/03/2019.

PEREIRA, Gerson da Rosa, **O descabimento de habeas corpus contraas punições disciplinares militares: uma exceção nacontramão dos direitose garantias fundamentais.** 2004. 88f.(Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria, para a obtenção do título de Bacharel em Direito). Centro Universitário Franciscano de Santa Maria.Santa Maria. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/descabhabeas.pdf>. Acesso em: 22/03/2019.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Inconstitucionalidade do art. 142, § 2º, da CF.** 2006.
Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/te?id=1593>>. Acesso em: 01/03/2019.