

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, refundado no Brasil em 1988, sob a perspectiva de garantir o direito a liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos da sociedade pátria, se fundamentou em diversos superprincípios.

A liberdade, sobretudo, além de ser trazida pela Constituição da República (CR/88) como direito fundamental, possui também mecanismos garantidores de sua manutenção, como o *habeas corpus*, por exemplo.

Acontece que a própria CR/88, em seu art. 142, § 2º, impossibilita a garantia do *habeas corpus* às prisões administrativas no âmbito das Instituições Militares, motivo pelo qual os Tribunais têm denegado o *writ*.

Assim sendo, a pesquisa propõe verificar se a impossibilidade da análise de mérito administrativo militar, pela via do *habeas corpus* está, ou não, em desalinho com o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Para tanto, a metodologia empregada será o levantamento bibliográfico e a análise da jurisprudência hodierna, no intuito de se verificar como tem se posicionado os estudiosos e os Tribunais acerca da (in)constitucionalidade em comento.

Inicialmente, busca-se comprovar possível afronta ao respeito a dignidade da pessoa humana e ao princípio da presunção do estado de inocência, quando se não concede o *writ* pelas razões friamente explicitadas na Constituição.

2 DO DIREITO A LIBERDADE

A Constituição de 1988 (CR/88) trouxe, dentre os diversos direitos tidos como fundamentais, desde o preâmbulo, a liberdade, abordada neste trabalho, especificamente, como a liberdade do corpo (*corpus liberali*): direito de se ver livre de prisões; direito de ir, vir e permanecer.

Enquanto o inciso LXVI do artigo 5º da CR/88 assegurou o direito a liberdade provisória, estabelecendo a prisão como a *ultima ratio*, o inciso LXVIII trouxe o mecanismo cuja função é garantir a manutenção do *status libertatis*, quando este for constrito ou sofrer ameaça de constrição, seja por ilegalidade ou por abuso de poder.

O instituto do *habeas corpus* também foi tratado pela norma processual penal comum e militar, respectivamente no art. 647 e seguintes do Código de Processo Penal (CPP) e art. 466 e seguintes do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a saber:

Art. 647 do CPP. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. (BRASIL,1941)

Art. 466 do CPPM. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, 1969)

O Brasil, em 25 de setembro de 1992, depositou carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 22 de novembro de 1969.

Em 06 de novembro de 1992, o então Vice-Presidente Itamar Franco, no exercício do cargo da Presidência da República, decretou a promulgação do referida Convenção, que traz em seu art. 7º o direito a liberdade pessoal e garantias ao exercício de tal direito, embora grande parte já houvesse sido tratada na Constituição, inovando no sentido de privar a prisão civil por dívidas, com exceção ao inadimplemento de obrigação alimentar.

Pelo exposto, a segregação celular de qualquer indivíduo deve estar rigorosamente alinhada com o ordenamento jurídico e com supedâneo em decisão judicial fundamentada, no que lhe couber.

Isso porque se preserva, na República Federativa do Brasil, a presunção do estado de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII da CR/88: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Segundo Aury Lopes Júnior:

Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, pois decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 572).

Assim sendo, a presunção de inocência deve sempre ser a regra, pois se trata de direito fundamental resguardado por cláusula pétrea, solidificado pela rigidez da CR/88.

3 DO RESPEITO A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A nova ordem democrática, promulgada pela Carta de 1988, sob a perspectiva da formação de um Estado com valores em uma sociedade fraterna, justa e sem preconceito, se fundou em princípios abertos, subscritos no primeiro artigo da Constituição.

Dentre esses fundamentos, merece destaque o respeito à dignidade da pessoa humana, inciso III do referido artigo, o qual apresenta grande dificuldade jurídica de definição, dada sua amplitude.

No que tange ao vocábulo *dignidade*, seu conceito não é pacífico. A Lei Fundamental de Bonn (Lei Fundamental Alemã - *Grundgesetz*), datada de 23 de maio de 1949, que, mais tarde, serviu de paradigma para muitos outros países, solenizou a necessidade do Poder Público atribuir respeito e proteção à dignidade humana, logo em seu primeiro artigo: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

Por essa perspectiva, a norma pátria procurou fundamentar a formação do Estado Democrático de Direito no respeito à dignidade da pessoa humana, e, portanto, sobressai desse superprincípio a necessidade de que sua amplitude abarque todas as situações humanitárias, independentemente de qualquer circunstância espacial e temporal, haja vista sua omnidimensionalidade¹.

Nesse ínterim, princípios como igualdade, isonomia, devido processo constitucional, dentre outros, ressaem do respeito à dignidade humana, que por sua vez, possui característica híbrida: material e assecuratória.

Para melhor compreensão do que se reserva este trabalho (pois o foco principal não é discutir ou conceituar princípios), adiante será abordada a ocorrência, ou não, de flagrante lesão à dignidade humana, o encarceramento de servidores militares, por prática infração à disciplina castrense.

4 DA PRISÃO SOB A PERSPECTIVA DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA

A prisão, como abordado anteriormente, deve ser a *ultima ratio*. Infelizmente, e diga-se “infelizmente” com muita propriedade, vigora na Constituição a possibilidade de prisão militar em casos de transgressão disciplinar e crime propriamente militar, ainda que fora das hipóteses previstas para o cidadão civil: flagrante delito e ordem judicial fundamentada.

As Instituições Militares, sejam federais ou estaduais, possuem uma característica *sui generis*, pois se constituem com base nos princípios conhecidos como hierarquia e disciplina, citados no caput dos arts. 144 e 42 da CR/88.

¹ *Omnidimensional*: refere-se a noção de que possui mesmas propriedades em todas as direções.

O atual Regulamento Disciplinar do Exército (R-4), aprovado pelo Decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002, nos artigos 7º e 8º, abreviou os conceitos de hierarquia e disciplina, conforme:

Art. 7º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações.

Parágrafo único. A ordenação dos postos e graduações se faz conforme preceitua o Estatuto dos Militares.

Art. 8º A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar. (BRASIL, 2002)

Nessa perspectiva, entendeu o Poder Constituinte, que esses pilares (hierarquia e disciplina) regem a atividade militar sobre qualquer pretexto, ao passo de permitir, inclusive, a flexibilização do direito de liberdade, prevendo prisões em situações esporádicas, quando há infração no dever de lealdade militar.

Logo, o militar, seja federal ou estadual, poderá ser preso além das situações que alcança os civis. Então, resta saber se tais hipóteses, embora previstas na CR/88, estão ou não em sintonia com o respeito à dignidade da pessoa humana.

5 DA PRISÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR

A prisão disciplinar independe de ordem judicial, pois se trata de uma medida administrativa no seio das Instituições Militares, nas hipóteses em que haja cometimento de infração disciplinar definida nos respectivos regulamentos.

O Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro, em seu art. 24, prevê, entre as punições disciplinares, a detenção e a prisão disciplinar.

Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

I - a advertência;

II - o impedimento disciplinar;

III - a repreensão;

IV - a detenção disciplinar;

V - a prisão disciplinar; e

VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina. *Grifei* (BRASIL, 2002)

Punido com detenção disciplinar, o militar infrator terá sua liberdade cerceada, devendo cumprir o período estabelecido na decisão administrativa, em alojamento da unidade que pertencer, ou em outro lugar determinado pela autoridade que lhe aplicou a punição. Lado

outro, o condenado a prisão disciplinar será acautelado em lugar definido para tal fim e, sempre, separado daqueles punidos com detenção disciplinar.

No Estado de Minas Gerais, por diversos anos, houve a possibilidade de detenção e prisão administrativa, nos moldes do art. 24, incisos III e IV do Decreto 23.085/83, Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais (PMMG) (R-116).

No mesmo ano que houve a aprovação do Novo Regulamento Disciplinar do Exército, o R-116 da PMMG foi revogado pela Lei Estadual 14.310/02, que criou o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, e, por conseguinte, deixou de existir, no âmbito das Instituições Militares mineiras, as prisões administrativas. Frise-se ser esta uma tendência nos Estados brasileiros.

Importante salientar que os presos disciplinarmente não poderão, em um primeiro momento, valerem-se da impetração *habeas corpus*, ainda que haja ilegalidade ou abuso de poder, pois a garantia é descabida às prisões disciplinares, conforme expresso no art. 142, § 2º da CR/88: “Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, respaldado nos princípios da hierarquia e da disciplina como pilares das Instituições Militares, optou o legislador em não permitir o relaxamento de prisão disciplinar, pela via do *habeas corpus*. Seria esta uma norma constitucional, inconstitucional?

O entendimento majoritário é que a análise da referida jus-garantia deve se restringir somente a legalidade do ato, não sendo possível o questionamento do mérito administrativo.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR MILITAR. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA. 1. A jurisprudência tem entendimento de que o controle judicial da punição disciplinar militar na via do *habeas corpus* deve restringir-se à legalidade do ato, não sendo possível análise do mérito administrativo. Interpretação do § 2º do art. 142 da Constituição Federal, que dispõe: "Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares" 2. Assegurados o contraditório e ampla defesa não há falar em ilegalidade da punição pela ausência de sindicância formal. 3. Recurso em sentido estrito desprovido. Veja também: RSE 2009.39.02.000001-6, TRF1 RHC 2007.30.00.003491-0, TRF1 HC 2003.01.00.034076-0, TRF1 RHC 14.488, STJ. (TRF-1 - RSE: 997 BA 0000997-60.2010.4.01.3300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, Data de Julgamento: 09/08/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.216 de 03/09/2010). (BRASIL, 2010)

Nessa esteira, em escorreita análise da jurisprudência hodierna, verifica-se que, feito o juízo de admissibilidade do *habeas corpus*, poderá ser declarada a ilegalidade e consequente relaxamento da prisão administrativa tão somente quando houver flagrante lesão

procedimental, como, por exemplo, restrição ao exercício do contraditório e da ampla defesa, não sendo possível o Tribunal adentrar ao mérito administrativo ensejador da prisão.

Portanto, havendo arbitrariedade por parte do responsável pela aplicação da prisão administrativa, ou mesmo pelos encarregados dos procedimentos apuratórios ensejadores dela, ainda assim não haverá verificação, em sede de *habeas corpus*, do conteúdo imediato, ainda que essencialmente viciado.

Pois bem, não resta dúvida que aos militares está sendo cerceado, pela própria Constituição, o direito de se valerem do instituto do *habeas corpus* em sua amplitude. Por isso que o art. 142, § 2º da CR/88 é uma norma constitucional, inconstitucional.

Não se pode admitir um tratamento tão desigual, sem uma medida plausível apta a justificar o que enseja tamanha desigualdade. A hierarquia e a disciplina não podem superar a presunção do estado de inocência, o direito constitucional à liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Nessa esteira, faz-se necessário o controle da constitucionalidade do dispositivo em comento, por suas próprias razões.

6 CONCLUSÃO

Os militares são servidores *sui generis*, regidos por normas próprias de caserna, carecendo, em alguns casos, receberem tratativas aptas a preservarem os valores que cultuam.

Ocorre que, flexibilizar o âmbito de alcance, no que tange à impetração de *habeas corpus*, acaba desigualando injustamente os militares, em função do cidadão civil, no manuseio do subterfúgio constitucional garantidor da manutenção do *status libertatis*.

Portanto, o estudo comprovou que o art. 142, § 2º da CR/88 é uma norma constitucional, inconstitucional, cuja verificação carece de urgente controle de constitucionalidade, pois afronta o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 out. 1941.

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 out. 1969.

BRASIL. Decreto nº 678. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 nov. 1992.

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, *Deutscher Bundestag*. Disponível em http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf. Acesso em 13jul2017.

LOPES JÚNIOR, Auri. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.