

RECURSO DA QUESTÃO Nº: 11

JUSTIFICATIVA DO CANDIDATO(A)

O gabarito oficial aponta como resposta correta à questão de número 11 a letra "A":

VEJAMOS O QUE CONSTA NA ALTERNATIVA "A" e "E":

No que tange à Constituição Federal, assinale a alternativa correta.

A) O oficial perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato.

E) Caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares, quando manifestamente ilegais.

A Banca examinadora Fundatec, considerou como correta a alternativa "A" e a base legal dessa alternativa encontra-se elencado no Artigo 142, § 3º, VI, da CF/88.

Na alternativa "E" pretende o candidato demonstrar a possibilidade de cabimento do remédio heróico do habeas corpus nas transgressões disciplinares militares.

Longe da taxatividade proposta pelo art. 5º, inc. LXVIII c.c. art. 142 § 2º da Constituição o que se pretende é a demonstração das hipóteses de cabimento do habeas corpus em punições disciplinares militares.

Conceito de Habeas Corpus:

Trata-se de ação de natureza constitucional, **destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder** contra a liberdade de locomoção.

Dispositivos constitucionais de cabimento e restrição ao habeas corpus:

Encontra-se previsto no art.5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal, verbis:

"conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;"

Ainda, no art. 142 § 2º da Constituição dispõe:

"Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares."

O art. 647 do Código de Processo Penal reproduz as disposições do art. 5º, inc. LXVIII e do art. 142 § 2º da Constituição Federal.

Observe que o cabimento do habeas corpus está inserido dentre as cláusulas pétreas da Constituição Federal e a ressalva quanto ao cabimento da ação em relação às punições disciplinares está no art. 142 § 2º da Constituição.

Para muitos doutrinadores existe uma impropriedade do art. 142 § 2º da Constituição em face do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal.

O art. 5º está hierarquicamente superior ao art. 142, no entanto, o art. 142 impõe restrições ao exercício do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal. Essa é a posição de Nucci e Antônio Magalhães Gomes Filho.

Se o art. 5º, inc. LXVIII da Constituição tivesse sido redigido com ressalva do cabimento de habeas corpus às punições disciplinares não haveria inconsistência e tampouco impropriedade legislativa.

Do ato administrativo e a jurisdição militar:

Determina a Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 37 que:

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

Pouco importa se sob jurisdição civil ou militar os atos administrativos para que tenham validade jurídica devem estar revestidos de elementos estruturais essenciais. São esses elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A falta de um dos requisitos do ato administrativo pode levar a invalidação do ato praticado questionando a sua ilegalidade e **possibilitando a anulação**

Para ser válido o ato deve possuir objeto lícito e moralmente aceito. A licitude é, pois, o requisito fundamental de validade do objeto, exigível, como é natural, também para o ato jurídico.

Numa primeira avaliação, não há a possibilidade de impetração de habeas corpus contra punições disciplinares. **Todavia o art. 142 § 2º da Constituição federal não afasta o controle judicial da legalidade do ato administrativo. (uma vez que na alternativa 'E' consta que Caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares, quando manifestamente ilegais.**

Sendo assim, a análise quanto ao cabimento de habeas corpus em punições disciplinares não poderá ser tão superficial, pois se o ato está eivado de vício, como a própria alternativa coloca "quando manifestamente ilegais", caberá sim o controle judicial da legalidade do ato.

Se as punições disciplinares de militares forem "manifestamente ilegais", cabe socorrer-se do poder judiciário.

Neste sentido são os julgados:

CRIMINAL. HC. **SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO. CUMPRIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA OU AMEAÇA À LIBERDADE DE IR E VIR. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

I. Em relação à punição disciplinar militar, **só se admite a análise da legalidade do ato, via habeas corpus, quando encontrar-se ameaçada a liberdade de locomoção do cidadão.**

II. Cumprimento da sanção disciplinar imposta ao paciente.

III. Inexistindo ofensa ou ameaça ao direito de ir e vir do paciente, não se justifica a utilização do writ.

IV. Ordem não conhecida. (STJ; RHC 14906 / DF; Ministro GILSON DIPP; QUINTA TURMA; data do julgamento: 01/04/2004)(grifei)

2. Cabimento de habeas corpus em punição disciplinar que envolva o direito de ir e vir:

Via de regra, a impossibilidade de cabimento de habeas corpus se justifica pela aplicação dos princípios da hierarquia e da disciplina, pilares das instituições militares, evitando que as punições aplicadas pelos militares hierarquicamente superiores possam ser objeto de impugnação e discussão pelos subordinados.

Ocorre que o não cabimento do habeas corpus **NÃO DEVE SER ABSOLUTO.**

Cabimento de habeas corpus em prisão disciplinar que não obedeceu aos requisitos de validade dos atos administrativos.

Se a **prisão disciplinar não obedeceu aos requisitos de validade dos atos administrativos**, quais sejam, legalidade, competência, previsão legal, observância das formalidades legais e aos prazos de fixação das medidas restritivas de liberdade, e impôs constrição a liberdade do militar, nestas hipóteses, **cabirá sim a impetração do habeas corpus.**

Neste sentido se firma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTADO DE RONDÔNIA. **POLICIAIS MILITARES. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.** LICENCIAMENTO EX OFFICIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. A jurisprudência da corte tem se firmado no sentido de que **a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa torna nulo o ato** de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não. Agravo regimental a que se nega provimento."(RE-AgR 196554/RO; Rel. Min. EROS GRAU; Julgamento em: 26/04/2005; Primeira Turma) (grifei)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"MILITAR DA RESERVA. ATIVIDADE PRIVADA. PUNIÇÃO DISCIPLINAR.

- HABEAS CORPUS. CABIVEL O "WRIT", NO AMBITO DAS INDAGAÇÕES FORMAIS DOS PREDICADOS LEGAIS DO ATO DISCIPLINAR, RESTA DEFERI-LO, EM FACE DAS VERIFICADAS CARENCIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA HIERARQUIA SOBRE ATOS DA VIDA CIVIL DO MILITAR-EMPRESARIO." (STJ; HC 2015 / DF; Ministro JOSÉ DANTAS; TERCEIRA SEÇÃO; data do julgamento: 06/10/1994)

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

Lembrando, não se discute a oportunidade e a conveniência da punição disciplinar, ou seja, o mérito da punição, **mas tão somente a violação aos pressupostos de validade do ato jurídico.**

No entanto, tais violações podem ocorrer. Vejamos:

1) A prisão disciplinar que não obedeceu aos requisitos de legalidade:

Exemplificando:

O soldado que fingiu estar acometido de doença para não participar de formatura, cometendo a transgressão, logo deve ser punido. No entanto se a prova da transgressão disciplinar foi

obtida mediante escuta telefônica não autorizada por autoridade judiciária. Para contestar a legalidade do ato administrativo viciado (prova produzida por meio ilícito) que resultou na punição imposta. Tal militar poderá impetrar habeas corpus.

2) A prisão disciplinar que não obedeceu aos requisitos de competência, ou seja, quem determinou a punição não tem competência para punir (pessoa do mesmo nível hierárquico ou menor hierarquicamente). Tal militar poderá impetrar habeas corpus.

3) A prisão disciplinar que não obedeceu aos requisitos de previsão legal ou ausência total de justa causa. Tal militar poderá impetrar habeas corpus.

4) A prisão disciplinar que não obedeceu aos prazos de fixação das medidas restritivas de liberdade, ou seja, quando alguém estiver detido por mais tempo do que determina a lei. Tal militar poderá impetrar habeas corpus.

Portanto, considerando que a alternativa "A" está correta e como a alternativa "E" também está correta, logo temos na questão 11, duas alternativas corretas, ou seja, "A" e "E" a(o) candidata(o) requer a anulação da questão em tela e que os pontos sejam revertidos a ela(e), tendo em vista as razões elencadas acima.