
Curso de Direito

A PRISÃO DISCIPLINAR NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR E OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS PREVISTOS NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

PRISON DISCIPLINARY UNDER THE MILITARY ADMINISTRATION AND INDIVIDUAL RIGHTS AND WARRANTIES PROVIDED IN PACT OF SAN JOSE, COSTA RICA AND FEDERAL CONSTITUTION

Assis Francisco Nunes Porto¹, Caroline Daher²

1 Aluno do Curso de Direito

2 Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Centro-Oeste. Especialista em Ciências Penais. Mestranda em Direito e Negócios Internacionais.

RESUMO

O objetivo principal deste estudo é demonstrar o contracenso entre a prisão disciplinar e o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, foram analisadas as seguintes questões no decorrer da pesquisa: 1. Não estaria a prisão disciplinar dos militares em desacordo com os direitos e garantias individuais do cidadão, previstos no art. 5 da Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica? 2. A prisão disciplinar pode ser considerada um ato passível de nulidade pela falta do devido processo legal? 3. Embora sendo militares, estes também não devem ser tratados como cidadãos, com seus direitos e deveres preservados como a de qualquer outro membro da sociedade brasileira? A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, devido o caráter teórico-argumentativo do projeto. O desenvolvimento da análise possui como base a conceituação substantiva, jurídica e sociológica, dos seguintes termos: Prisão disciplinar; Transgressão disciplinar; Ampla defesa e contraditório; Dignidade da pessoa humana; Devido Processo legal; Pacto de São José da Costa Rica.

Palavras-Chave: Prisão Disciplinar. Pacto de São José da Costa Rica. Administração Militar.

ABSTRACT

The aim of this study is to demonstrate the contracenso between the disciplinary arrest and the democratic rule of law. In this regard, the following issues were analyzed during the research: 1. There would be disciplinary arrest of the military in violation of individual rights and citizen guarantees provided for in art. 5 of the Federal Constitution and the Pact of San José, Costa Rica? 2. Disciplinary arrest can be considered an act capable of annulment by the lack of due process? 3. While being military, they also should not be treated as citizens with rights and duties preserved as any other member of the Brazilian society? The methodology used was the bibliographical and documentary research, because the theoretical and argumentative character of the project. The development of analysis has as base the substantive concept, legal and sociological, the following terms: Disciplinary Prison; disciplinary transgression; Legal defense and contradictory; Dignity of human person; Due process; Pact of San José, Costa Rica.

Keywords: Disciplinary Prison. Pact of San José, Costa Rica. Military Administration.

INTRODUÇÃO

No Brasil, vivemos desde 1988 com a promulgação da Carta Magna, em um Estado Democrático de Direito e conforme preceitua o art. 5º, inciso II da CF: “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A Constituição prevê ainda, também no art. 5º Inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Todavia, observa-se que a própria Constituição se contradiz, ao prever em seu art. 5º, Inciso LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Desta feita, a contradição se torna latente, pois não é possível que em uma mesma Constituição, a qual prega a igualdade entre seus cidadãos e, ainda, que ninguém terá sua liberdade cerceada, sem o devido Processo Legal, possa admitir que os militares sejam presos por transgressão disciplinar.

Nessa linha, a matéria torna-se de imprescindível reflexão, para que se analise se a prisão disciplinar dos militares pode ser abarcada por um Estado Democrático de Direito.

Verifica-se, também que o tema é de grande relevância e atual, haja vista, o grande número de demandas judiciais contra a prisão disciplinar dos militares mesmo com a vedação do art.142 § 2º da Constituição Federal.

O objeto de estudo do presente trabalho é demonstrar o contracenso entre a prisão disciplinar e o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, caberá primordialmente analisar as seguintes situações: 1. Não estaria a prisão disciplinar dos militares em desacordo com os direitos e garantias individuais do cidadão, previstos no art. 5 da Constituição Federal e no Pacto de São José da Costa Rica? 2. A prisão disciplinar pode ser considerada um ato passível de nulidade pela falta do devido processo legal? 3. Embora sendo militares, estes também não devem ser tratados como cidadãos, com seus direitos e deveres preservados como a de qualquer outro membro da sociedade brasileira?

A principal técnica a ser utilizada para a abordagem do problema será a pesquisa bibliográfica e documental, devido o caráter teórico-argumentativo do projeto. O desenvolvimento da análise possui como base a conceituação substantiva, jurídica e sociológica, dos seguintes termos: Prisão disciplinar; Transgressão disciplinar; Ampla defesa e contraditório; Dignidade da pessoa humana; Devido Processo legal; Pacto de São José da Costa Rica.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica do tipo exploratório-descritiva, pois além do levantamento de informações sobre o fenômeno estudado, permitindo a aproximação com o pesquisador, há a caracterização desses achados. (REIS, 2010).

1 Processo Administrativo

O processo administrativo é inserido pela Constituição de 1988 no rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme se depreende do disposto no art. 5º, incisos LIV e LV.

Assim também se caracteriza o procedimento administrativo, mesmo quando não abrangido por um processo, posto que, o inciso LIV do art. 5º, ao assegurar o devido processo legal, alcança todo e qualquer ato suscetível de restrição patrimonial ou privação de liberdade.

Além do devido processo legal, o processo administrativo também é constitucionalmente orientado por garantias processuais como a do contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade de provas ilícitas, presunção de inocência, direito ao silêncio e juiz natural.

Dessa feita, a regulamentação legal do processo e do procedimento administrativo, juntamente com a margem de competência discricionária que engloba, passa a se submeter a limites de atuação constitucional, bem como a ser responsável pela efetiva concretização de princípios constitucionais. Assim como dispõe Romeu Felipe Bacellar Filho, “o processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição), mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional” (BACELLAR FILHO, 2003, p. 64).

Analisando o referido inc. LV, do art. 5º, verifica-se que a Constituição prevê que a relação processual na esfera administrativa é composta pelos litigantes e acusados em geral. Entende-se por litigantes aqueles inseridos em um conflito de interesses (particular – particular, ou particular – Administração) cuja decisão é proferida pela Administração. Já os acusados em geral são aqueles os quais a Administração imputa o cometimento de ilícito passível de punição.

1.1 Processo E Procedimento

Procedimento administrativo é uma sequência de atos ordenados para o alcance de uma finalidade almejada pela Administração Pública. É o transcurso percorrido pelo agir estatal.

O processo, por sua vez, se configurará em duas situações: quando o procedimento venha a acarretar efeitos jurídicos às pessoas, desencadeando a participação destas em contraditório, bem como, quando o procedimento resultar em uma acusação. Assim sendo, o procedimento consiste em gênero do qual o processo é espécie. Dessa feita, todo o processo é procedimento, mas não o contrário.

Mesmo entendimento é compartilhado por José Frederico Marques, o qual dispõe que:

“Não se confunde processo com procedimento. Este é a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que se atinjam os fins compositivos do processo. Já o processo tem um significado diverso, porquanto consubstancia uma relação de direito que se estabelece entre seus sujeitos durante a substanciação do litígio (MARQUES, 1996. p. 15).”

1.20 Devido Processo Legal

Percebe-se, no Brasil que o princípio do devido processo legal foi abraçado por todas as Constituições pátrias, desde 1924, especialmente com a (CF) de 1967, emendada em 1969, monumento legislativo que insculpiu os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade.

A partir destes dispositivos, por intermédio da doutrina e da jurisprudência, e, ainda, da legislação infraconstitucional, surgiu a concepção de que mesmo sem previsão expressa deveria ser observado o devido processo legal. Disso decorre que, consoante a afirmação de que nenhuma lesão de direito individual será subtraída à apreciação do Poder Judiciário está sendo também assegurado o direito de ação.

Todos os textos constitucionais, à exceção da Carta Imperial de 1824, admitiam a possibilidade de aplicação de outros direitos e garantias alinhados ao regime e princípios adotados pela Constituição, destarte, os direitos e garantias no texto da Constituição não eram taxativos.

Esta flexibilidade permitiu a implementação do princípio em questão no Brasil. Sendo o nosso regime jurídico decorrente do americano, é assente que todas as garantias que o direito constitucional dos Estados Unidos reconheceu aos cidadãos, foram, paulatinamente, introduzidos na nossa Constituição.

A Constituição Federal, no art. 5.º, LV, assegura aos acusados e aos litigantes em geral, em processo judicial ou administrativo, o direito a ampla defesa e ao contraditório, com todos os recursos a ela inerentes. O dispositivo é autoaplicável, norma de eficácia plena (BUTRUS; ARRUDA. 2010, p. 32)

O Estado deve punir o infrator, pois age em defesa da sociedade, que por meio de um contrato social concedeu poderes a este para agir em seu nome. Todavia, o contrato celebrado não tem o condão autorizativo de admitir a presença do arbítrio, o uso da força desprovido de justificativa (FERREIRA, 1996, p. 45).

O contraditório tornou-se a partir de 1988 a regra e não a exceção. O servidor tem o direito líquido e certo de exercer a sua ampla defesa.

1.3 Contraditório e a Ampla Defesa no Procedimento Disciplinar Militar

O objetivo do procedimento administrativo disciplinar é apurar a falta administrativa praticada pelo militar, e que seja passível de punição na forma dos Estatutos aos quais esteja sujeito.

Anteriormente ao advento do texto constitucional de 1988, ao praticar, em tese, uma transgressão disciplinar, o militar, via de regra, apresentava apenas uma justificativa, que era analisada pela autoridade militar. Com base nas informações prestadas, a autoridade decidia pela punição ou não do infrator (FAGUNDES, 2007, p. 36).

As autoridades militares, a partir de 1988, devem assegurar aos acusados, o direito de exercerem a ampla defesa e o contraditório, para não ferir o texto constitucional.

Todos os procedimentos administrativos, em atendimento ao disciplinado no artigo 37, caput, da Constituição Federal, são públicos e a eles podem ter acesso os acusados, sem que precisem ser assistidos por advogados (FAGUNDES, 2007, p. 37).

O princípio da imparcialidade também se aplica ao direito administrativo militar, tanto que o Regulamento Disciplinar do Exército prevê que a transgressão cometida contra a autoridade militar, não poderá ser apreciada pela mesma, para fins de punição disciplinar, para que o acusado não seja submetido a um parecer que é elaborado por pessoa que participou do fato apurado, o que fere o sistema da livre apreciação das provas que é adotado no direito penal (PEREIRA, 2004, p. 62).

2 Transgressão Disciplinar Militar

No âmbito das Forças Armadas, a transgressão militar está regulamentada nos seguintes Decretos: Marinha do Brasil, Decreto nº 88.545/1983; Exército Brasileiro, Decreto nº 4.346/2002; e Força Aérea Brasileira, Decreto nº 76.322/1975.

Nas Polícias Militares, tal transgressão está regulamentada por Decretos dos próprios estados e do Distrito Federal.

O art. 15 do Regulamento Disciplinar do Exército traz em seu anexo I, um rol de 113 (cento e treze) transgressões disciplinares, já o caput do art. 14 buscou abranger o máximo de situações possíveis, tais como:

“...deveres e às obrigações militares..” também “...a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe”. Por ser tão abrangente, tão genérico, fica praticamente impossível definir com precisão uma transgressão disciplinar e, de acordo com o critério discricionário do superior hierárquico que aplicar a punição, qualquer ato indisciplinar poderá ser interpretado como uma transgressão” (BUTRUS; ARRUDA. 2010, p. 35).

A nossa Carta Magna, no seu art. 5º, LXI, descreve a possibilidade de uma pessoa ser presa de forma legal, “por ordem fundamentada de autoridade judiciária e no caso de flagrante delito”.

Ou seja, a Carta Magna normatiza que uma pessoa será presa somente destas formas e aí vem a questão, no complemento do citado inciso “...salvo nos casos de transgressão militarou crime propriamente militar, definidos em lei”.

2.1 Transgressão Disciplinar Versus Crime Militar

Primeiramente, é oportuno definir o conceito de militar, o qual está devidamente expresso no art. 22, do CPM: “É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas para nelas servir em posto, graduação, ou sujeito à disciplina militar”.

Pelo critério *ratione materiae*, crime militar corresponde ao ato que viole o prescrito no Código Penal Militar, seja o sujeito ativo militar ou civil, conforme definição do art.9º do referido código. Já a transgressão é aquela violação praticada somente por militares, de acordo com os regulamentos disciplinares militares.

Outra diferença fundamental, é que no crime militar está previsto o tipo legal (preceito primário da norma) e a pena (preceito secundário da norma), já no ato transgressional o legislador só definiu o tipo não especificando o preceito secundário e a reprimenda fica a cargo do critério discricionário do aplicador da norma, o que pode gerar, sem dúvida, injustiças (DE ASSIS, 2011, p. 214).

2.2 Punições Disciplinares Militares

Todos os militares ao cometerem uma transgressão disciplinar, ou seja, cometer uma infração prevista nos regulamentos militares (RDE, RDAER ou RDMAR) estará sujeitos a uma determinada sanção.

De acordo com o art. 23 do RDE, a punição disciplinar, objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence, recebendo uma classificação e graduação, de acordo com o art. 24, elencadas como:

- “Advertência, que consiste em uma censura verbal;
- Impedimento disciplinar, que impede o militar de se afastar de sua respectiva OM;
- Repreensão, que é a censura enérgica ao transgressor, feita por escrito e publicada em Boletim Interno;
- Detenção disciplinar é o cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente, o qual deve permanecer no alojamento da subunidade a que pertencer ou em local que lhe for determinado pela autoridade que aplicar a punição disciplinar.
- Prisão disciplinar, que consiste na obrigação de o punido militar permanecer em local próprio, normalmente na cela. Esta prisão, por ser polêmica, será abordada mais detalhadamente; e
- Exclusão a bem da disciplina, que consiste no afastamento, *ex officio*, do militar das fileiras do Exército Brasileiro. (DE ASSIS, 2011, p. 215)”

2.3 Prisão Disciplinar

No ramo do direito administrativo militar, é perfeitamente possível a possibilidade de um servidor militar (federal ou estadual) ter a sua prisão disciplinar decretada por uma autoridade militar sem passar pela devida autorização judicial.

“Sem o devido processo legal, como medida punitiva administrativa é incompatível com a dignidade da pessoa humana. A prisão administrativa militar, para a manutenção da hierarquia e da

disciplina, deve ser aplicada em acordo com os princípios constitucionais e nos ditames da lei. Não resta dúvida de que o infrator deve ser punido e, quando necessário, até mesmo afastado do meio militar, mas tudo em conformidade com a lei e com o devido processo legal” (CAMPOS JUNIOR, 2005, p. 74).

De acordo com o RDE, o militar que comete uma transgressão disciplinar grave poderá ser privado de sua liberdade e ter sua prisão disciplinar decretada com todas as características de alguém que comete um crime e tem sua prisão decretada por uma autoridade judiciária; porém, neste caso atinente à esfera administrativa militar, quem tem competência para determinar a prisão disciplinar, de acordo com o art. 38 do RDE, são as seguintes autoridades militares: o comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de uma Organização Militar e este rol é taxativo, qualquer inobservância deste requisito resultará em nulidade absoluta do ato administrativo que decretou a prisão, pois nenhum ato administrativo pode ser validado sem que a autoridade militar disponha de poder legal para praticá-lo (CAMPOS JUNIOR, 2005).

2.4 Prisão Disciplinar Militar

Os militares das Forças Armadas, por força do artigo 142, da Constituição Federal e legislação infraconstitucional, estão sujeitos a regulamentos disciplinares que preveem penalidades de cerceamento de liberdade. Esta prisão é decorrente da prática de uma transgressão disciplinar, que pode ser entendida como um ilícito administrativo (CAMPOS JUNIOR, 2005, p. 76).

O Regulamento Disciplinar do Exército prevê que os militares ficam sujeitos a responsabilidade pelos danos que venham a causar. Ao desrespeitar uma disposição prevista nos dispositivos do regulamento disciplinar, o militar comete o que se denomina de transgressão disciplinar militar.

Os militares ao praticarem uma transgressão disciplinar, sofrem um procedimento apuratório, em obediência aos ditames constitucionais, vindo, se considerados culpados, a serem sancionados com a punição disciplinar respectiva, prevista no Regulamento Disciplinar, que pode acarretar a perda da liberdade por um período de até 30 (trinta) dias. A transgressão é classificada quanto a sua natureza em

leve, média e grave, e dessa graduação resulta a dosimetria da punição disciplinar (CAMPOS JUNIOR, 2005, p. 77).

Como norma geral, a Constituição Federal estabeleceu as situações em que o brasileiro poderá ser preso, não contemplando os militares, que poderão ter a sua liberdade cerceada sem que exista uma situação de flagrância ou mesmo uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente.

Importante ressaltar que a prisão administrativa decretada por ato de autoridade administrativa não existe para os servidores civis. Apenas os militares poderão sofrer prisão em decorrência da prática de uma transgressão disciplinar.

3 O Pacto de São José da Costa Rica no Direito processual penal brasileiro

O direito processual penal governa a atividade jurisdicional do Estado e relaciona-se intimamente com o Direito Constitucional, que, além de entrelaçar suas normas com as de todos os demais campos do direito, lhe determina as bases diretoras.

Em termos de divisão do direito processual, ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco que “(...) grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas às exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídicas substanciais a atuar” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 148).

A Carta Magna também faz referência a um direito processual unitário. Tanto é assim, que contamos com vários princípios que servem indistintamente a ambos os ramos. Em seu artigo 22, inciso I, atribui à União a competência privativa para legislar sobre direito processual. O artigo 24, inciso XI, distribui a competência concorrentemente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual. No artigo 5º, inciso LIV, anota que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 148)

Em complemento à legislação nacional, há também a legislação alienígena, que incorpora o ordenamento doméstico e adquire validade normativa, como é o caso de um dos mais importantes documentos internacionais consagradores de direitos e garantias é o Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969.

Pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, integrou o nosso ordenamento jurídico. Ratificado pelo Brasil, desde então, os direitos e garantias processuais constantes de seu artigo 8º, que fala das garantias judiciais, passaram a complementar a Lei Maior, especificando ainda mais as regras do devido processo legal, pois, o artigo 5º, § 2º, prescreve que “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” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 150).

Atualmente, com a Emenda Constitucional nº 45/04, o parágrafo 3º foi acrescido ao 5º da Carta Magna, com novos requisitos para ingresso de normas internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento doméstico. Nos termos do art. 5º § 3º,

“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2002, p. 151)

Para que o Pacto de São José da Costa Rica ganhe status de norma constitucional, ele deve ser submetido ao novo processo legislativo imposto pela referida emenda.

3.1 Questão Disciplinar Na Constituição Federal De 1988

Nesse passo, cabe trazer à colação o conceito e distinção existente entre transgressão e punição disciplinar militar. A Carta Política Cidadã de 1988, nos dispositivos infracitados, estatui:

Art. 5º... LXI- ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, definidos em lei...."

"Art. 142... § 2º - Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares.

Do acima exposto, tem-se os conceitos de transgressão disciplinar militar e de punições militares disciplinares, porquanto são distintas, também forçoso definir prisão e detenção, as quais são espécies de punições disciplinares militares.

É de se ver que a transgressão disciplinar, antes referida, constitui-se em ato administrativo normativo, definido em regulamentos disciplinares das Forças Armadas, no caso específico, no Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. (PEREIRA, 2004)

Para a verificação de transgressão disciplinar militar, deve-se observar, principalmente, os chamados regulamentos disciplinares de que dispõem as Forças Armadas.

Cada força singular tem o seu respectivo regulamento, onde se delineiam as diferentes sanções disciplinares e modos de aplicação, acrescenta-se as diversas transgressões, posto que sanção (punição) é diferente de transgressão; esta é a violação, aquela medida coativa/educativa. (PEREIRA, 2004)

O Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, (R/4) ou RDE, como é mais conhecido, define transgressão disciplinar militar como:

"(...) 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 decoro da classe".(PEREIRA, 2004, p. 112)

O Regulamento Disciplinar da Marinha (RDMAR), baixado pelo Decreto nº 88. 545, de 26 de julho de 1983, chama a transgressão disciplinar de "Contravenção Disciplinar", definindo-a como:

“(...) Toda ação ou omissão contrária às obrigações ou deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a organização militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.” (PEREIRA, 2004, p. 113)

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), vigente com o Decreto nº 76.322, de 22 de Setembro de 1975, denomina de Transgressão Disciplinar como sendo:

“(...) toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificado nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.”.

Há que se salientar que todos os regulamentos militares trazem uma relação do que consideram transgressão disciplinar ou Contravenção Disciplinar.” (PEREIRA, 2004, p. 113)

3.2 Garantias constitucionais face aos pilares institucionais das forças armadas

A hierarquia e a disciplina são as vigas-mestras das Forças Armadas, sendo reconhecidas formalmente no texto constitucional e nos dispositivos infraconstitucionais que regulam a vida na caserna, consubstanciados no Estatuto dos Militares (Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980).

“Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas (...).

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar (...).

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.” (DUARTE, 1998, p. 62)

A hierarquia e a disciplina, a teor do artigo 142 da Constituição Federal vigente, são as bases da organização do Exército Brasileiro (bem como de todas as Instituições militares). Entretanto, não se confundem os termos hierarquia e disciplina, antes são correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem poder hierárquico.

Assim, conforme ensina Duarte:

O contingente de servidores militares é muito grande. As três Forças Singulares são organizadas em vários níveis de Comando e Direção, de modo que a ordenação da convivência entre os diferentes níveis hierárquicos exige o rigor da disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores.

Desde o círculo de graduados até o círculo de oficiais-generais, prevalece o signo da hierarquia e da disciplina. O respeito a tais princípios é a base de sustentação das instituições militares.

Não se pode conceber, no âmbito da Forças Armadas, qualquer tipo de indisciplina, insubordinação ou desrespeito aos segmentos hierárquicos. O soldado deve obediência ao sargento, tanto quanto este ao tenente que o comanda. A relação de subordinação hierárquica não reduz o subordinado à condição meramente servil, mas conduz à ordem e disciplina, não impedindo, contudo, que o militar, que se sinta humilhado ou ofendido em sua dignidade, possa recorrer ao comando imediatamente superior para que seja solucionada a questão. (DUARTE, 1998, p. 63)

3.3 Alternativa para a Punição de Prisão Disciplinar dos Militares

Conforme se pode verificar nos capítulos anteriores, a prisão disciplinar dos militares, embora prevista no texto constitucional, não segue aos ditames de um Estado Democrático de Direito, nem tampouco ao apregoado pela própria Carta Magna, a qual prevê um artigo com 78 Incisos de direitos fundamentais aos seus cidadãos, que não podem sob hipótese alguma serem vilipendiados (DE ASSIS, 2011, p. 56).

Nesse esteio, a Polícia Militar do estado da Bahia, promulgou no ano de 2001, a Lei Estadual nº 7.990, de 27 de dezembro de 2001, a qual excluiu do rol de punições disciplinares dos militares estaduais, a sanção de Prisão por transgressão disciplinar.

Desta forma, o rol das transgressões para os militares daquele ente federado ficou da seguinte forma:

“Art. 52 - São sanções disciplinares a que estão sujeitos os policiais militares:

I-advertência;

II-detenção;

III-demissão;

IV-cassação de proventos de inatividade.”

Mesmo prevendo a punição de detenção, esta, segundo o art. 55 da Lei em comento, deverá ser cumprida em área livre no interior do quartelamento e, somente será aplicada após repetidas punições de advertência.

Assim, os militares daquele estado, não experimentam mais o encarceramento por transgressões disciplinares.

3.4 Princípios Aplicáveis

Ao levar para si, a Administração Pública, a responsabilidade em apurar o acontecimento e prática de uma transgressão disciplinar leva também, para referida apuração, “a obrigatoriedade de se submeter aos Princípios Constitucionais previstos no artigo 37, caput, da Carta Magna de 1988, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (DE ASSIS, 2011, p. 58).

Por certo que a obrigatoriedade de submissão aos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 traduz-se, aos acusados em geral em modo de defesa a qual está o advogado adstrito a fazer-se assegurar a respectiva aplicação.

Acrescentam-se aos supramencionados princípios os da Inocência, Legalidade, Razoabilidade, Contraditório e Ampla Defesa, todos Constitucionalmente previstos. Tais princípios foram elencados também pelo Legislador Estadual ao editar a Lei n.º 7990-01.

Todavia, o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa não são considerados obrigatórios durante a apuração havida em Sindicância, haja

vista que a mesma não poderá desencadear punição, mas apenas a provável instauração de Processo Administrativo. Portanto, não gerando sanção não se aplica, ainda, o artigo 133 da Constituição da República que afirma “ser o advogado indispensável à administração da justiça; tomando-se a mesma como meio de fazer justiça dentro dos ditames legais em todas as esferas de atuação” (DE ASSIS, 2011, p. 59).

Nota-se a presença dos princípios retro mencionados no Estatuto do Policial Militar do Estado da Bahia ao se constatar que, dentre outros: é obrigatória não apenas a notificação do Defensor Técnico (imprescindível seja o Advogado, já que antes se entendia poder ser realizada a defesa por um Oficial, mesmo que não formado em Direito), como também a notificação do acusado para todos os atos praticados; ou o direito de elaborar defesa técnica e produzir provas de todos os tipos.

Não se pode olvidar que os Princípios Castrenses da Hierarquia e da Disciplina lhe são próprios e, portanto, estão presentes em seu cotidiano, tal como explicitamente dispõe o Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia. Contudo, deverão ser conciliados com o Princípio Constitucional da Ampla Defesa que tem sido entendido como o Princípio-Mestre, “raiz, emanador de todos os demais” (Dr. Fredie Didier) assegurando-se, dessa forma, os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo cidadão: civil ou militar face o Princípio mesmo da Dignidade da Pessoa Humana (DE ASSIS, 2011, p. 60).

Segundo a perspectiva apontada por Paulo Tadeu Rodrigues Rosa:

“A punição administrativa deve ser eficaz quando comprovada a culpabilidade do agente, para se evitar o cometimento de novas infrações. A aplicação de sanção administrativa possui o seu aspecto educativo, mas esta deve ser proporcional à falta cometida, para se evitar o excesso e prática de arbitrariedades (ROSA, 2003, p. 24).”¹

O Princípio da Presunção da Inocência, também constitucionalmente garantido, conforme artigo 5º, inciso LVII prevê que “toda pessoa é considerada inocente, e assim deve ser tratada, até que se tenha uma decisão irrecorrível

¹ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar**, Editora Lumem Júris, Rio de Janeiro, 2003.

que o declare culpado”. A natureza jurídica desse princípio é uma garantia individual, repercutindo diretamente no processo em favor do acusado, seja no processo de natureza cível, crime ou administrativa.²

Tal como explicitado, patente a aplicação de mais este Princípio, dentre outros, aos Processos Administrativos, motivo pelo qual o legislador Estadual de 2001 elencou desdobramento do mesmo no EPM ao informar que a ausência do acusado devidamente citado não importará na presunção de verdade dos fatos narrados; sob pena de todo aquele que sentir-se prejudicado ajuizar ação visando à anulação da punição havida (DE ASSIS, 2011, p. 62).³

3.5 Atuação do Advogado nos Processos Administrativos

Pelo que preconizam diversos artigos previstos no Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia a defesa será promovida por advogado, também conhecido pela expressão ‘defensor técnico’, bem como está previsto que nenhum ato da instrução será praticado sem a presença deste último, o advogado, *verbi gratia*.

Orientação esta que tornou-se sumulada a partir de 21.09.2007 (DJ, 21.09.07, pág. 00334) em vista da edição da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça que determina a obrigatoriedade da presença do Advogado em todas as fases do Processo Administrativo. Vejamos: “Súmula 343 - É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.”

Outra determinação do legislador estadual foi a de que tanto o advogado quanto o acusado devem ser notificados de todos os atos a serem praticados durante a instrução.

Destes artigos sendo extraído que a presença do advogado, sim, é necessária à legitimidade do processo administrativo, todavia, a presença do acusado não é obrigatória, diferentemente de sua notificação.

²DE ASSIS, Jorge César. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

³DE ASSIS, Jorge César. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

Essas dentre outras determinações legais acaso descumpridas darão ensejo às alegações de nulidades que permeiam (e muito) os processos administrativos por se tratarem de normas-espelho dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, já tendo se manifestado a jurisprudência acerca da referida nulidade:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. PROCESSO DE SINDICÂNCIA. AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE INSANÁVEL.

“Só é tolerável a ausência do contraditório e ampla defesa na sindicância preliminar, não naquela que constitui, na realidade, processo disciplinar sumário”. (AMS1999.01.00.097739-2. 1ª Turma. Rel Juiz João Batista Gomes Moreira (conv.). DJ. 28/08/2000 pg. 37)

Não seria razoável, considerar-se que a simples notificação do impetrante através do documento de fls. (31), foi suficiente para lhe garantir a ampla defesa. O documento em questão limitou-se a informá-lo sobre a existência do processo sindicante do qual era parte, sem qualquer indicação sobre sua possível responsabilidade civil pelo fato.

Não há dúvidas sobre a inobservância das cautelas essenciais para a defesa do servidor. Além das irregularidades contidas na peça informativa da abertura do processo, vê-se que embora considerado revel, ao contrário da determinação legal, não lhe foi designado um defensor dativo.

Impossível se admitir, num Estado democrático de direito, que sem a garantia da ampla defesa e do contraditório, possa subsistir um julgamento administrativo desfavorável ao servidor. (Precedentes. Origem: TRF – PRIMEIRA REGIÃO. Classe: MAS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 01000170530. Processo: 199701000170530. UF: MG. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR. Data da decisão: 26/-2/2002. Documento: TRF100127424. Data da decisão: 26/02/2002. Documento: TRF100127424 JUIZ NEY BELLO)

Notadamente, não se pode olvidar que o advogado é indispensável à realização da Justiça, tal como preconiza a Magna Carta de 1988, em seu artigo 133, motivo pelo qual o advogado tem o dever de assessorar o acusado traçando metas de defesa, vigiando o procedimento a fim de evitar arbitrariedades, defendendo o acusado das mesmas e interpondo as medidas pertinentes à salvaguarda de seus direitos e garantias individuais; i.e., ao advogado cabe instruir, diligenciar e defender os interesses de seus clientes, arguindo nulidades havidas e, como dito, insurgindo-se contrariamente às arbitrariedades que possam surgir.

Doravante, a lição de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2009, p. 34) adequa-se perfeitamente à matéria *sob lume*. Veja o que dispõe o respectivo doutrinador:

O militar que garante a segurança externa (Forças Armadas) ou a segurança interna (Forças Auxiliares) deve ter um julgamento justo, onde lhe sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal, o princípio da imparcialidade e o princípio da inocência, além de outras garantias necessárias à efetiva aplicação da Justiça, que fortalece o Estado Democrático de Direito.⁴

Portanto, a função do advogado é a de intervir no processo para assegurar a não contrariedade aos direitos e garantias fundamentais do cidadão com o fito de que se tenha um julgamento justo, agindo-se, assim, com ética e dignidade profissionais; não se deixando permanecer, jamais, como mera figura ilustrativa durante a instrução de um procedimento.

Neste mesmo diapasão vem o Código de Ética e Disciplina da OAB aprovado e editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a embasar o retro mencionado, cujo excerto se colaciona:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, tais como: os de lutar sem receio do primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum ; (...); comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, (...).⁵

⁴ROSA, Paulo Tadeu. **Aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos no Direito Administrativo Disciplinar Militar**. Disponível em:<http://www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em jan. 2015.

⁵ROSA, Paulo Tadeu. **Aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos no Direito Administrativo Disciplinar Militar**. Disponível em:<http://www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em jan. 2015.

CONCLUSÃO

Pelo demonstrado no presente trabalho monográfico, torna-se latente que a punição de prisão disciplinar aplicada aos militares, não está em consonância com os ditames legais dos Princípios Constitucionais consagrados.

Fica evidenciado que uma organização militar pode existir sem a previsão da punição de prisão disciplinar aos seus militares, visto que, a Lei nº 7.990, data do ano de 2001 e até o momento não teve o rol de punições alterado.

Conclui-se que, independente de serem militares, de possuírem um regulamento disciplinar rígido e diferenciado dos demais servidores, estes devem ter seus direitos assegurados como qualquer outro cidadão brasileiro, para que abusos não venham a ser cometidos contra um servidor público, que apenas por ser diferenciado possa ser encarcerado por uma infração disciplinar.

Como o alvo do presente artigo científico é um Inciso previsto na Constituição Federal, uma forma de se acabar com a prisão dos militares por transgressão disciplinar, seria uma Emenda Constitucional que altere o texto do Inciso LXI do art. 5º, o qual passaria a ter a seguinte redação: “LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime propriamente militar, definidos em lei”.

Alterado o texto Constitucional, as Organizações Militares fariam a alteração em seus Estatutos, a exemplo do que foi feito no estado da Bahia, guardadas as peculiaridades de cada Força, fazendo com que também as Instituições Militares se amoldem ao que se prega e ao que se espera em um Estado Democrático.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. A Efemeridade da Súmula 343 do STJ. **Academia de Direito Militar**, ago. 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br>>, acesso em jun. de 2016.

BRASIL. **Lei do Estado da Bahia n. 7.990**, de 27 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais militares do Estado da Bahia e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial do Estado em 28.12.2001. Disponível em: <http://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85382/lei-7990-01>>, acesso em jun. de 2016.

BRASIL. **Decreto nº 4.346 de 26 de agosto de 2002**. Regulamento Disciplinar do Exército. Brasília, DF, 27 ago. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BUTRUS, Angelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues. Curso de Direito Militar: direito constitucional militar e direito disciplinar militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2010.

CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militar**: inabaláveis princípios e fins. Curitiba: Juruá, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DE ASSIS, Jorge César. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUARTE, Antônio Pereira. Direito Administrativo Militar. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2. ed. Brasília Jurídica. Brasília. 2004

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. vol. 1. p. 15.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Juarêz Cordeiro de. **Habeas Corpus: Manual completo: doutrina/legislação, jurisprudência, prática forense**. São Paulo. Éfeta Editora, 1998.

PEREIRA, Gerson da Rosa. **O descabimento de habeas corpus contra as punições disciplinares militares: uma exceção na contramão dos direitos e garantias fundamentais?** Monografia apresentada no Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria - Unifra, 2004.

PIOVESAN, F. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: Desafios e Perspectivas**. In: Roberto B. Dias da Silva. (Org.). **Direito Constitucional - temas atuais - homenagem à Professora Leda Pereira da Mota**. São Paulo: ed. Método, 2007.

PONTES, Julian Rocha. **A utilização do Habeas Corpus nas transgressões disciplinares no âmbito da Polícia Militar do Distrito Federal**. Monografia (Curso de Especialização em Segurança Pública), Centro de Ensino da Polícia Militar do Estado da Paraíba. João Pessoa/PB, 2005. Disponível em: <<http://aderivaldo23.files.wordpress.com/2010/03/monografia-maj-pontes.pdf>>, acesso em jun. de 2016.

ROSA, Paulo Tadeu. **Aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos no Direito Administrativo Disciplinar Militar**. Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br>. Acesso em jun. de 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. Malheiros: São Paulo, 1992.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 2120 MC / AM - AMAZONAS MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** Relator: Min. CELSO DE MELLO . Julgamento: 16/11/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28ADI+2120%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>, acesso em jun. de 2016.