

NECESSIDADE OU NÃO DA PREVISÃO DE SANÇÕES DISCIPLINARES PRIVATIVAS DE LIBERDADE

FELISBERTO CERQUEIRA DE JESUS FILHO¹

1 - INTRODUÇÃO

Uma antiga e muito conhecida cantiga infantil de domínio público diz:

Marcha soldado,
cabeça de papel.
Quem não marchar direito,
vai preso pro quartel.
O quartel pegou fogo,
a policia deu sinal.
Acode, acode, acode a bandeira nacional.

Vê-se que, culturalmente, está arraigado no conhecimento popular que o militar que não cumpre as suas tarefas com correção pode ser preso.

Não se fala aqui de crime, mas de faltas que podem ser cometidas nas atividades corriqueiras, no caso da cantiga *não marchar direito*.

Fala-se de faltas administrativas que são punidas com sanções disciplinares, e que no caso específico dos militares existe um *plus* nas sanções que é a detenção, prisão, ou impedimento. Todas elas privativas de liberdade.

Este trabalho visa analisar, de modo sucinto, a legalidade, a necessidade e as possíveis modernizações que poderão ser implementadas nesse campo do direito, ainda muito pouco estudado, conhecido como Direito Disciplinar Militar.

2 - DESENVOLVIMENTO

2.1 – Do Direito Disciplinar Militar

¹ Advogado inscrito pela OAB/SP. Capitão-de-Corveta (T-RM1). Pós-graduando em Direito Militar pela UNISUL/Exército Brasileiro.

Ramo do Direito Administrativo, o Direito Disciplinar, em função do princípio *in vigi-lando*, e em última análise, visa permitir o bom funcionamento da estrutura administrativa do Estado de acordo com os princípios constitucionais e legais que norteiam a Administração Pública.

Parte-se do princípio que, se todos os servidores públicos cumprirem com as suas tarefas, a estrutura estatal funcionará perfeitamente e o Estado cumprirá o seu papel, isto é, o de satisfazer os interesses públicos.

O Direito Disciplinar visa impor uma sanção administrativa, quando do não cumprimento dos deveres funcionais que regem a vida de servidores públicos e especificamente dos militares, escopo deste trabalho, pois, dado o acima exposto, o não cumprimento dos deveres funcionais por parte de um servidor público fere o interesse público.

Leciona o mestre Themístocles Brandão Cavalcanti:

Sob o título de direito disciplinar poder-se-ia reunir todo o regime jurídico **relacionado com as sanções internas aplicadas aos funcionários públicos** ou às pessoas que vivem na dependência imediata dos órgãos da administração.

A importância da matéria é grande, e de tal ordem se vem desenvolvendo que já se lhe procura atribuir foros de autonomia, considerando-a como orientada por métodos e princípios jurídicos peculiares.

As relações mais íntimas do direito disciplinar são com o direito administrativo e com o direito penal, embora alguns autores admitam confusão entre as penas ou sanções disciplinares e numerosas outras formas de sanções aplicadas nos diversos ramos do direito.

[...]

O importante é definir a posição de cada um: quem impõe a pena criminal é o Estado, através de seu poder jurisdicional, quem aplica a pena administrativa é a administração. (CAVALCANTI, 1985, p. 105 e 106)

(negrito nosso)

Observa-se da lição acima que o Direito Disciplinar tem relações com o Direito Penal e no Direito Disciplinar Militar não é diferente, conforme analisa Marcelo Weitzel Rabello de Souza:

O presente tema veio motivado por constantes indagações, a maioria delas no campo judicial em que se questiona: **“Como, então, saber o momento exato em que uma conduta definida no regulamento disciplinar deixa de ser contra-venção para ingressar no campo penal?”**.

Pois bem, no meio jurídico castrense uma das questões mais vivas e polêmicas em termos de debates é aquela referente à distinção entre Direito Penal e Direito Disciplinar. No caso da vida militar, maior intensidade assume o debate em razão de que **o Direito Disciplinar Militar assume um plus em termos de rigor quando comparado ao Direito Disciplinar conferido aos servidores públicos em geral, aos integrantes do MP e aos magistrados, haja vista a possibilidade da sanção restritiva de liberdade**, sanção esta que, conforme o caso concreto, po-

de atingir limite semelhante àquele previsto como pena mínima na hipótese de infração penal.

A questão disciplinar mostra-se tão ligada ao Direito Penal Militar que por vezes se confunde, tanto que hoje sabiamente se observa a tendência em ver a matéria disciplinar sendo tratada judicialmente pelos tribunais militares.¹

[...]

A medida disciplinar obedece a características próprias e deve ser observada em primeiro lugar não pelo juiz, **mas sim pelo administrador**. (SOUZA, 2007, p. 89 e 114)

(negrito nosso)

Conclui-se, portanto, da inteligência dos ensinamentos supra expostos e considerando-se que haja até certa aproximação natural entre o Direito Disciplinar Militar e o Direito Penal Militar, que eles absolutamente não se confundem.

O primeiro, espécie do Direito Administrativo, é aplicado por administradores públicos comumente sem formação jurídica. Deduz-se, obviamente, que as penas aplicadas nessa esfera do poder público há que ter um *minus* em relação às penas aplicadas no Direito Penal Militar.

Já o segundo é aplicado pelo Estado através do seu poder-dever jurisdicional, por juízes togados e com todas as garantias legais e processuais conquistadas ao longo da história do país. Para este é facultado o poder-dever de aplicação das penas de maior gravame.

2.2 - Da legalidade das sanções disciplinares privativas de liberdade nas transgressões disciplinares militares.

A aplicação de sanções privativas de liberdade nas transgressões disciplinares, apesar de quaisquer outros questionamentos de ordem moral, doutrinária, lógica e prática, é perfeitamente legal. Determina em dois momentos a Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

[...]

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

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

[...]

(negrito nosso)

Em total consonância com a Lei Maior regulamenta a Lei 6.880 de 09DEZ1980, conhecida como Estatuto dos Militares:

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

[...]

§ 1º **As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.**

[...]

(negrito nosso)

Em todos os regulamentos disciplinares, sejam das Forças Armadas ou das Polícias Militares estão previstas as sanções de detenção e/ou prisão e/ou impedimento para os militares que cometam transgressões disciplinares. Os regulamentos disciplinares são feitos por decreto que esmiúçam e pormenorizam as determinações constitucionais e legais sobre o assunto.

Cita-se, como exemplo, o Decreto 88.545 de 26JUL1983 conhecido como Regulamento Disciplinar para a Marinha:

Art. 13 - As contravenções definidas e classificadas no Título anterior serão punidas com penas disciplinares.

Art. 14 - As penas disciplinares são as seguintes:

a) para Oficiais da ativa:

1. repreensão;

2. prisão simples, até 10 dias; e

3. prisão rigorosa, até 10 dias.

b) para Oficiais da reserva que exerçam funções de atividade:

1. repreensão;

2. prisão simples, até 10 dias;

3. prisão rigorosa, até 10 dias; e

4. dispensa das funções de atividade.

c) para os Oficiais da reserva remunerada não compreendidos na alínea anterior e os reformados:

1. repreensão

2. prisão simples, até 10 dias; e

3. prisão rigorosa, até 10 dias.

d) para Suboficiais:

1. repreensão;
- 2. prisão simples, até 10 dias;**
- 3. prisão rigorosa, até 10 dias; e**
4. exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina.

e) para Sargentos:

1. repreensão;
- 2. impedimento, até 30 dias;**
- 3. prisão simples, até 10 dias;**
- 4. prisão rigorosa, até 10 dias; e**
5. licenciamento ou exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina.

f) para Cabos, Marinheiros e Soldados:

1. repreensão;
- 2. impedimento, até 30 dias;**
3. serviço extraordinário, até 10 dias;
- 4. prisão simples, até 10 dias;**
- 5. prisão rigorosa, até 10 dias; e**
6. licenciamento ou exclusão do serviço ativo, a bem da disciplina.

Parágrafo único - Às Praças da reserva ou reformados aplicam-se as mesmas penas estabelecidas neste artigo, de acordo com a respectiva graduação.

Art. 15 - Não será considerada como pena a admoestação que o superior fizer ao subalterno, mostrando-lhe irregularidade praticada no serviço ou chamando sua atenção para fato que possa trazer como consequência uma contravenção.

Art. 16 - Não será considerado como pena o recolhimento em compartimento fechado, com ou sem sentinela, bem como a aplicação de camisa de força, algemas ou outro meio de coerção física, de quem for atacado de loucura ou excitação violenta.

Art. 17 - Por uma única contravenção não pode ser aplicada mais de uma punição.

Art. 18 - A punição disciplinar não exime o punido da responsabilidade civil que lhe couber.

(negrito nosso)

Como se pode observar nos textos legais supracitados as sanções privativas de liberdade para as transgressões disciplinares militares são perfeitamente legais e não há que haver nenhum questionamento quanto a este aspecto.

2.3 – Da importância direito à liberdade

A liberdade é um direito natural do ser humano. É considerada a primeira necessidade moderna e sua importância é tão grande que fez parte do lema da Revolução Francesa, grande inspiradora dos direitos humanos e da noção de liberdade que hoje se conhece nas sociedades modernas: Liberdade, Igualdade, Fraternidade.

No Brasil, conforme o *caput* do art. 5º da Carta Política o direito à liberdade só perde em importância ao direito à própria vida:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(negrito nosso)

Existem vários tipos de liberdade como a liberdade de expressão, consciência, imprensa, pensamento, religiosa, intimidade, civil, ação profissional etc. Entretanto o tipo de liberdade que mais interessa ao nosso estudo é a liberdade da pessoa física, a liberdade de ir, vir e permanecer.

Aprende-se com o festejado doutrinador José Afonso da Silva:

A liberdade da pessoa física (também impropriamente chamada de liberdade individual, já que todas o são) constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar. Ela se opõe ao estado de escravidão e de prisão. A revolta de Espártaco tinha por objetivo a conquista dessa liberdade elementar do ser humano. A guerra dos Palmares durante cem anos¹⁴ foi a mais expressiva batalha dos negros brasileiros contra o seu cativo.

Resta porém a outra forma de oposição à liberdade da pessoa física, que é a detenção, a prisão ou qualquer impedimento à locomoção da pessoa, inclusive a doença.

[...]

Para nós as formas de expressão de liberdade da pessoa física se revelam apenas na *liberdade de locomoção* e na *liberdade de circulação*, não sendo esta, aliás, mais do que manifestação especial daquela, que consideraremos separadamente tão-só para destacar as peculiaridades. (SILVA, 2008, p. 237)

(negrito nosso)

Considerando-se que sem vida não se tem uma personalidade humana, pode-se considerar que a liberdade, especialmente a liberdade da pessoa física, é o direito mais importante da pessoa humana e as sociedades organizadas devem ser muitíssimas criteriosas para retirar esse direito de alguém, devendo somente fazê-lo nos casos de crimes de maior gravidade.

2.4 – Das teorias e leis despenalizadoras

Vê-se, nos dias de hoje, o surgimento de algumas teorias e práticas para a renovação do Direito Penal, como a Teoria do Abolicionismo Penal que, em suma, visa simplesmente erradicar os sistemas penais das sociedades que se identificam como Estados Democráticos de

Direito e que desejam se livrar da justiça criminal da mesma forma que, no passado as pessoas quiseram se livrar da escravidão. Traduz numa nova consciência sobre a justiça criminal.

Essa teoria prega a substituição do Direito Penal por outras formas não punitivas de solução dos delitos praticados. A doutrina do abolicionismo penal preconiza que o Direito Penal, não é o único meio de repressão à violência, pois ele apenas impõe punição.

Os principais pensadores deste assunto são: Louk Hulsman, Nils Christie, Luigi Ferrajoli e Eugenio Zaffaroni; e, conquanto essas teorias não terem sido colocadas em prática algumas idéias despenalizadoras tem se espalhado pelo mundo. No Brasil podemos citar a lei despenalizadora 9.099/95.

Diz a Lei 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine **pena máxima não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e **a aplicação de pena não privativa de liberdade.**

(negrito nosso)

Voltando-se ao Direito Disciplinar Militar e cotejando-se com o texto deste capítulo pode-se depreender que as penas e sanções de prisão estão caminhando para o desuso e para a substituição por penas e sanções mais eficazes e de cunho educativo e não só punitivo. Na lei supracitada vê-se que crimes com pena máxima de até dois anos de detenção não são mais punidas com penas privativas de liberdade, mostrando uma tendência despenalizadora.

Em suma, a privação da liberdade é a *ultima ratio* em matéria de repressão penal e inconcebível como sanção meramente administrativa, exceção feita para o tempo de guerra.

3.0 – CONCLUSÃO

3.1 – Da preclusão lógica das sanções disciplinares privativas de liberdade nas transgressões disciplinares militares.

De forma perfunctória mostrou-se acima que as sanções disciplinares privativas de liberdade no meio militar já ocorre há muito tempo e que são até socialmente conhecidas e aceitas.

Mostrou-se também que elas são perfeitamente legais em função do arcabouço legislativo pátrio vigente.

Entretanto explicitou-se também que o direito à liberdade é um direito sagrado da cidadania e que para tolher este direito, em função da sua grande importância, deve haver motivos realmente significantes e graves, o que efetivamente não ocorre quando do cometimento de transgressões disciplinares. Cita-se, mais uma vez, o Regulamento Disciplinar da Marinha, que mostra um tipo de transgressão disciplinar que pode levar um militar a ter a sua liberdade tolhida:

Art. 7º - São contravenções disciplinares:

[...]

43. ter o cabelo fora das normas regulamentares;

(negrito nosso)

Vê-se claramente que há uma preclusão lógica no tratamento do direito à liberdade e até de hierarquia legal. Enquanto a lei prevê e determina que crimes de até dois anos de detenção não são punidos com pena privativa de liberdade, um decreto determina que um militar, por ter os seus cabelos fora da norma administrativa, pode ficar até dez dias preso.

Embora haja legalidade, a sanção disciplinar privativa de liberdade é odiosa, inaceitável e atenta contra a grande evolução social e jurídica que vem se operando no Brasil.

Entende-se, indubitavelmente, que não há a menor necessidade de previsão de sanção disciplinar privativa de liberdade para transgressões disciplinares em tempo de paz.

3.2 Das modernizações jurídicas necessárias

Percebe-se que toda legislação militar carece de modernização e atualização, já que a maioria dela foi elaborada numa realidade política e social absurdamente diferente da situação que hoje vivemos. Especificamente sobre o Direito Disciplinar Militar sugere-se:

a) criação de regulamentos disciplinares militares para tempo de paz e tempo de guerra. Nos mesmos moldes do Código Penal Militar, os regulamentos disciplinares deveriam prever as situações de paz e de guerra, sendo que as sanções disciplinares em tempo de guerra, dadas a especificidades daquela situação, poderiam prever sanções privativas de liberdade;

b) modernização e atualização da Constituição Cidadã, legislação e dos regulamentos disciplinares militares para a previsão de sanções disciplinares mais modernas e efetivas, e.g., sanções pecuniárias. A sanção disciplinar privativa de liberdade para transgressões disciplinares, em tempo de paz, deveria, simplesmente, ser extinta;

c) classificação normativa da gravidade das transgressões disciplinares em graves, médias e leves com as respectivas sanções para cada caso, não deixando a sanção ao arbítrio do administrador, para que não ocorram absurdos como a sanção de prisão por um *cabelo fora das normas regulamentares* ou por *falar, habitualmente, língua estrangeira em OM*; e

d) criação de uma lei de contravenções penais militares que englobaria os delitos penais mais leves e as transgressões disciplinares mais graves, contravenções estas que seriam o meio do caminho entre o delito penal e a transgressão disciplinar, hoje uma zona cinzenta.

4.0 - REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislação/const/>> Acesso em: 13 outubro 2010.

BRASIL. **Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980.** Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm> Acesso em: 13 outubro 2010.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9099.htm>> Acesso em: 13 outubro 2010.

BRASIL. **Decreto n. 88.545, de 26 de Julho de 1983.** Aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88545-26-julho-1983-438491-publicacao-1-pe.html>> Acesso em: 13 outubro 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31.^a ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e Processo Disciplinar**. Rio de Janeiro. Editora FGV, 1961.

SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. **O Direito Disciplinar Militar e sua distinção ante o Direito Penal Militar**. Revista do MPM, Brasília, n. 20, 2007 Disponível em: <<http://www.mpm.gov.br/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/revista-do-mpm/revista%2020.pdf>> Acesso em: 13 outubro 2010.

Itanhaém/SP em 02NOV2010