

Aplicação do princípio da legalidade no Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro – RDE Decreto Federal nº 4.346 de 26 de agosto de 2002

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

Palavras Chaves – Constituição Federal, Princípio da Legalidade, Regulamento Disciplinar, Exército Brasileiro, Poder Legislativo, Garantias Constitucionais.

Resumo – A Constituição Federal de 1988 estabeleceu expressamente que uma pessoa somente pode ser presa em flagrante delito, ou se for o caso em razão da prática de crimes militares e transgressões militares definidas em lei. Por força do texto constitucional, os regulamentos disciplinares foram recepcionados como lei ordinária e somente podem ser modificados por meio de lei proveniente do poder legislativo.

Os Estados de São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, dentre outros, atendendo ao estabelecido no texto constitucional editaram novos regulamentos por meio de lei proveniente do Poder Legislativo, o que se denominado de lei “stritu sensu”.

Abstract - The Federal Constitution of 1988 established expressly that a person can only be arrested in the act crime, or if you goes the case in reason of the practice of military crimes and defined military transgressions in law. For force of the constitutional text, regulate you discipline them they were as ordinary law and they can only be modified through originating from law the legislative power.

States of São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, among other, assisting to the established in the constitutional text edited new regulations through originating from law the Legislative Power, which if denominated of law " stritu sensu ".

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA é Juiz de Direito Titular do Estado de Minas Gerais, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista, UNESP, Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Paulista, UNIP, Professor da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, Membro Fundador e Titular da Academia Mineira de Direito Militar, e Parceiro-Assessor da Academia de Letras João Guimarães Rosa, da PMMG.

1. Considerações Iniciais

A liberdade é um direito fundamental do cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, civil ou militar, que somente pode ser cerceada conforme ensina a doutrina por meio de uma decisão judicial proveniente de autoridade judiciária competente, princípio do juiz natural, ou em caso de prisão em flagrante delito na forma do estabelecido nos vigentes Códigos de Processo Penal e Processo Penal Militar.

No Estado de Direito, que no Brasil vem acompanhado da expressão democrático tendo em vista o estabelecido no texto constitucional, à liberdade é a regra e a prisão à exceção, que somente deve ser aplicada nas infrações médias e graves, ou no caso de crimes considerados hediondos em atendimento ao enunciado estabelecido na Lei Federal nº 8072/90, que não se aplica à Justiça Militar da União, dos Estados e do Distrito Federal.

A Constituição Federal de 1988 ao enumerar no art. 5º os direitos e as garantias individuais que são asseguradas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a princípio não fez distinção quanto ao *status* do cidadão. Segundo a norma fundamental ninguém perderá ou seus bens ou a sua liberdade sem que seja observado o devido processo legal, com todas as garantias decorrentes deste princípio, dentre eles, a ampla defesa e o contraditório.

O militar, federal ou estadual, é o responsável pela preservação da integridade física e do patrimônio dos administrados, e da soberania do país. O cumprimento desta missão muitas vezes exige sacrifícios, e também a observância de regras especiais que tem como fundamento a hierarquia e a disciplina, que são os princípios essenciais à existência das Corporações Militares, tanto no âmbito da União, como nos Estados-membros da Federação e do Distrito Federal.

A realização de missões especiais não retira do militar o *status* de cidadão, e não autoriza que a sua liberdade seja cerceada sem a observância dos preceitos estabelecidos em lei. O militar tem inclusive o direito de interpor ação constitucional de *habeas corpus* com fundamento no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, em sede de transgressão disciplinar militar, desde que o ato seja abusivo ou ilegal, caso contrário o remédio constitucional estará desprovido de fundamento, tendo em vista que a República Federativa do Brasil por meio de decreto legislativo e decreto executivo subscreveu a Convenção Americana de Direitos que não faz qualquer restrição nesse sentido.¹

A prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de pronúncia no caso dos crimes dolosos contra a vida, somente poderá ser decretada por meio de ato de autoridade judiciária competente. Mas, no caso dos militares, estaduais ou federais, a autoridade administrativa poderá decretar a prisão destes servidores, mas este ato requer o preenchimento das formalidades estabelecidas em lei, requisitos do ato administrativo.

¹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Aplicação dos princípios constitucionais no Direito Militar*, in *Direito Militar. História e Doutrina – Artigos Inéditos*. Organização Getúlio Correã. Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002, p. 126.

É importante se observar, que o preenchimento das formalidades legais torna o ato administrativo disciplinar militar legítimo, perfeito, produzindo desta forma todos os seus efeitos legais, afastando a possibilidade de ser invalidado pelo Poder Judiciário.

2. Espécies de militares conforme o texto constitucional

Segundo Antonio Houaiss entende-se por militar o que é relativo à guerra, a soldado e Exército, relativo às forças armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), à sua organização, às suas atividades.² O art. 22, do Código Penal Militar, Decreto-lei n.º 1001, 21 de outubro de 1969, preceitua que, “*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 sujeição à disciplina militar*”.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, entendia-se por militar apenas os integrantes das Forças Armadas, sendo que os integrantes das Forças Auxiliares, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, possuíam apenas o *status de militar*, ficando sujeitos às regras estabelecidas no Código Penal, conforme muitas vezes foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

As Emendas Constitucionais n.º 3/93 e 18/98 alteraram o art. 42, da Constituição Federal de 1988, que passou a ter a seguinte redação, “*Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*”. Com base neste dispositivo, pode-se afirmar que no Brasil atualmente existem duas espécies de militares, os militares federais que integram às Forças Armadas, e os militares estaduais que integram às Forças Auxiliares.

Ao comentar o art. 22, do Código Penal Militar, Jorge César de Assis faz a seguinte observação, “Iguamente, revogado este dispositivo. O conceito de Militar, hoje é constitucional, tendo sido previsto no art. 42 da Magna Carta, de 1988. Servidor Público Militar é o gênero, que apresenta duas espécies”.³

² Houaiss, Antonio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1923.

³ ASSIS, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral. 1º vol. 3ª ed. Curitiba, Juruá, 2001, p. 62.

Neste sentido, com base nos preceitos que foram estabelecidos no texto constitucional deve-se observar que os militares federais são os responsáveis pela preservação da soberania nacional, enquanto que os militares estaduais e aqueles que integram a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal são os responsáveis pela preservação da integridade física e patrimonial dos administrados.

Desta forma, em atendimento ao princípio da legalidade que se aplica ao direito administrativo militar, os militares federais devem ser regidos por regulamentos disciplinares editados pelo Congresso Nacional e os militares estaduais devem ser regidos por regulamentos disciplinares editados pelas Assembléias Legislativas Estaduais. Essa opinião é compartilhada por Eliezer Pereira Martins, Ana Clara Victor da Paixão, Márcio Luís Chila Freyesleben, entre outros.

O Estado de São Paulo, que possui uma Polícia Militar com mais de cem mil homens, por meio da *Lei Complementar nº 893 de 09 de março de 2001*, e o Estado de Minas Gerais por meio da *Lei nº 14.310 de 19 de junho de 2002*, deram cumprimento ao disposto no art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal. O exemplo dos Estados-membros mencionados deve ser seguido pelos demais Estados da Federação para se evitar uma argüição de inconstitucionalidade conforme demonstrado pela doutrina com fundamento nos princípios constitucionais que se aplicam à espécie.⁴

3. Conceito e alcance da Transgressão Militar de Natureza Disciplinar

A transgressão disciplinar militar ou transgressão militar se distingue do crime militar que tem por objetivo proteger os institutos que são relevantes à administração militar, como à vida do militar, o patrimônio da administração, a moral administrativa, uma vez que tutela os preceitos disciplinares que são essenciais a vida na caserna. A transgressão disciplinar para efeito de estudo e com fundamento no Regulamento Disciplinar da Marinha do Brasil pode ser comparada a uma contravenção, pois se refere exclusivamente aos preceitos de hierarquia e disciplina, obrigações e deveres militares, desde que estes não venham a constituir um crime.

Segundo o Regulamento Disciplinar da Marinha, Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, art 6º, “*Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estabelecidos 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*”.

⁴ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Regulamento Disciplinar Militar e suas inconstitucionalidades*. Revista de Direito Militar nº 29, maio/junho – 2001, p. 18.

O Decreto Federal nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, que estabeleceu o novo regulamento disciplinar do Exército Brasileiro, RDE, revogando o Decreto Federal nº 90.608, de 4 de dezembro de 1984, definiu no art. 14 o que se deve entender por transgressão disciplinar. Segundo a norma mencionada, “*Transgressão disciplinar é 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*”.

A leitura dos preceitos estabelecidos nos Regulamentos Militares evidencia que as transgressões disciplinares possuem um caráter genérico, o que fere o princípio da legalidade, conforme observa a doutrina⁵, que se aplica tanto ao Direito Penal como ao Direito Administrativo, Civil ou Militar, uma vez que o art. 5º, da Constituição Federal, ao estabelecer os direitos e as garantias fundamentais do cidadão não fez qualquer diferenciação entre os brasileiros natos ou naturalizados, civis ou militares.

Deve-se observar, que o novo regulamento Disciplinar do Exército, RDE, pela primeira vez quando se analisa as legislações anteriores estabeleceu de forma expressa no art. 6º o significado, conceito, das expressões *honra pessoal, pundonor militar e decoro da classe*, que na maioria das vezes não era definida, ficando a critério da Administração Pública Militar representada por seus administradores. O cuidado apresentado quando da elaboração do decreto proveniente do Poder Executivo não afastou a amplitude do conceito de transgressão disciplinar militar, cujas sanções podem sujeitar o militar a uma detenção disciplinar, prisão disciplinar, ou mesmo ao licenciamento e a exclusão a bem da disciplina, conforme estabelece o art. 24 do novo regulamento disciplinar do Exército Brasileiro.

4. Princípio da legalidade na transgressão disciplinar militar

A norma disciplinar assim como a norma penal fica sujeita ao princípio da legalidade, *existindo parte da doutrina que não compartilha deste entendimento*, em respeito aos princípios que foram estabelecidos na Carta de 1988, que tem por objetivo permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório, na busca de um processo que tenha como fundamento a efetiva aplicação da justiça, sem impedir a aplicação das penalidades que se fizerem necessárias ao infrator, que não respeita a hierarquia e disciplina. No caso de uma falta disciplinar grave que torne o militar infrator incompatível com a vida militar este deve ser demitido, independentemente de seu posto ou graduação.

⁵ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Princípio da Legalidade na Transgressão Disciplinar Militar*. Revista Jurídica nº 286, agosto/2001, p. 69.

A transgressão militar pode levar ao cerceamento da liberdade, que é um bem fundamental do cidadão, ou mesmo a perda do posto ou da patente. Nesse sentido, as faltas disciplinares devem estar previamente previstas, estabelecidas, para que o infrator tenha conhecimento dos fatos que podem levá-lo a um julgamento perante a autoridade administrativa militar.

A defesa da legalidade não significa a busca da impunidade ou mesmo a quebra da hierarquia e da disciplina. A observância dos princípios constitucionais não impede e nunca impedirá a punição do militar infrator. Todos devem ser punidos inclusive de forma exemplar, mas em conformidade com a lei mediante o exercício da ampla defesa e do contraditório.

No processo-crime militar, as garantias constitucionais são observadas e nem por isso os acusados em regra são absolvidos. Segundo Octavio Augusto Simon de Souza, juiz do Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul, “O índice de condenações ou confirmação de condenações no Tribunal Militar estadual do Rio Grande do Sul é, **em média, de 80%** (considerado o período de 1987 a 200), embora, em primeiro grau, não seja assim, até porque a Lei n.º 9.099/95 facilitou a situação processual dos acusados na época em que vigorou na Justiça Militar por decisão do Supremo Tribunal Federal”.⁶

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da legalidade ao contrário do pretendido por uma parte da doutrina especializada, que tem se tornado minoria, possui uma efetiva aplicação nas transgressões disciplinares militares. Deve-se observar, que o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 estabeleceu de forma expressa que a administração pública, civil ou militar, fica sujeita aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que alcança as Instituições Militares da União e também as Instituições Militares dos Estados e do Distrito Federal.

Além disso, contrariando parte da doutrina que afirma que não seria cabível a ação constitucional de habeas corpus⁷, o militar que se sentir ofendido em seu direito de ir e vir desde que o ato seja efetivamente ilegal ou abusivo poderá propor por meio de advogado ou não pedido de habeas corpus para que a sua liberdade seja preservada em atendimento ao preceito constitucional estabelecido no art. 5.º, inciso LXVIII, e com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁶ SOUZA, Octavio Augusto Simon de. *A Justiça Militar Hoje*, in *Direito Militar. História e Doutrina – Artigos Inéditos*. Org. Getúlio Corrêa. Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002, p. 109, grifo nosso.

⁷ LUZ, Egberto Maia. *Sindicância e Processo Disciplinar – Teoria e Prática*. Bauru: Edipro, 1999, p. 33.

5. Inconstitucionalidade do Novo Regulamento Disciplinar do Exército

O art. 5º, inciso LXI, da CF, estabeleceu que o militar, federal ou estadual, somente poderá ter a sua liberdade cerceada no caso de prisão em flagrante ou no caso de ordem judicial proveniente de autoridade judiciária competente, excetuados os casos de crime militar ou transgressão disciplinar militar definidos em lei.

A palavra lei deve ser entendida como a norma proveniente do Poder Legislativo no exercício de sua função típica, qual seja, a elaboração de normas destinadas a reger o comportamento das pessoas que vivem em um determinado território. No caso de uma Federação, as leis podem ser provenientes da Câmara de Vereadores, Assembléia Legislativa dos Estados-membros, ou do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Os decretos expedidos pelo Poder Executivo, federal, estadual ou municipal, e as medidas provisórias, que apenas possuem força de lei enquanto não forem submetidas à apreciação do Poder Legislativo, não são leis em seu aspecto técnico, e não podem possuir o mesmo *status* das normas provenientes do legislativo no exercício de sua típica.

No Brasil, como em outros países que seguem a família romano-germânica, os crimes somente podem ser estabelecidos por meio de lei proveniente do Congresso Nacional no exercício de suas atribuições. Não se admite a definição de crimes por meio de medidas provisórias, ou mesmo por decretos sob pena de inconstitucionalidade a ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. O Código Penal Brasileiro é um decreto-lei, assim como o Código Penal Militar, mas todas as alterações que ocorreram nestes diplomas no decorrer dos anos foram estabelecidas por meio de Leis Federais provenientes do Congresso Nacional.

As transgressões disciplinares antes de 1988 poderiam ser estabelecidas por meio de Decretos provenientes do Executivo Federal ou Estadual. Os regulamentos disciplinares das forças armadas e forças auxiliares foram recepcionados pela Carta de 1988 como leis. Nesse sentido, qualquer alteração nos regulamentos anteriores a 1988 somente pode ocorrer por meio de lei proveniente do Poder Legislativo.

Segundo a doutrina, *“A inconstitucionalidade dos regulamentos disciplinares editados com fundamento em decretos foi reconhecida com base nos ensinamentos constantes no texto Regulamento disciplinar militar e a suas inconstitucionalidades”*.⁸ *Esse entendimento é compartilhado por Márcio Luís Chila Freyesleben segundo o qual, “Os Regulamentos Disciplinares das*

⁸ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Extinção da Prisão Administrativa Militar. Revista Jurídica n.º 298, agosto/2002, p. 85.

*Forças Armadas e das Forças Auxiliares tinham, por obra do ordenamento então vigente, força de lei e, ao serem recepcionados pela nova ordem constitucional, sofreram o efeito da novação, para receberem o novo fundamento de validade. Hoje, as transgressões disciplinares devem ser regulamentadas por lei ordinária (art. 5º, LXI, CF/88) e, portanto, os Regulamentos Disciplinares passaram a ter natureza de lei ordinária, sendo absolutamente correto asseverar que somente poderão ser alterados, modificados ou revogados por lei ordinária, pois é esta a sua natureza”.*⁹

O regulamento disciplinar do Exército Brasileiro no tocante a definição das transgressões militares com fundamento na Constituição Federal poderá ser considerado inconstitucional, cabendo ao Poder Judiciário a análise da matéria por meio do controle concentrado a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal. As transgressões disciplinares pós-CF/88 não podem ser definidas por meio de decreto, em respeito ao princípio do devido processo legal que se aplica tanto ao processo administrativo como ao processo judicial.

6. Considerações Finais

O direito administrativo militar fica sujeito aos princípios estabelecidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. O administrador público militar no exercício de suas funções deve se ater aos princípios estabelecidos na norma fundamental, para que o ato administrativo possa produzir todos os seus efeitos legais. O preenchimento dos requisitos estabelecidos na lei afasta a possibilidade do ato administrativo ser modificado pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que os acusados em processo judicial ou administrativo possuem as mesmas garantias, que têm como fundamento o exercício da ampla defesa e do contraditório. Os infratores devem ser punidos de forma efetiva, independentemente do posto ou graduação, inclusive com a perda dos bens ou da função, quando necessário, mas possuem o direito ao devido processo legal.

No Estado de Direito, a liberdade é a regra e a prisão uma exceção, que somente pode ser limitada com fundamento na lei e nos casos previamente estabelecidos. No caso de uma transgressão disciplinar, o art. 5º, inciso LXI, da CF, estabelece que o crime militar e a transgressão disciplinar devem estar previstos em lei.

⁹ FREYESLEBEN, A Prisão Provisória no CPPM. Belo Horizonte, 1997, p. 201-02.

A expressão lei deve ser entendida como sendo a norma proveniente do Poder Legislativo, Federal ou Estadual, no exercício de sua função típica, para que possa produzir os seus jurídicos e legais efeitos. Deve-se observar, que existe um entendimento segundo o qual o Estatuto dos Militares permitiria que as transgressões disciplinares possam ser definidas por meio de regulamentos expedidos por ato do Chefe do Poder Executivo, que é conforme o texto constitucional o Comandante Supremo das Forças Armadas.

O regulamento disciplinar do Exército no tocante a definição das transgressões militares com fundamento na Constituição Federal poderá ser considerado inconstitucional, cabendo ao Poder Judiciário a análise da matéria. A hierarquia e disciplina são essenciais as Corporações Militares, sendo certo que em nenhum momento se questiona o legítimo direito de punir por parte da Administração Militar, inclusive com a expulsão ou demissão dos infratores, uma vez que a sociedade não mais tolera a impunidade. Apenas ao militar deve ser assegurada à perda dos bens ou da liberdade mediante o devido processo legal que foi estabelecido pela Constituição Federal.

Percebe-se que a Marinha do Brasil e a Força Aérea Brasileira diversamente do procedimento que foi adotado pelo Exército preferiram manter os seus regulamentos, que foram editados por meio de decreto proveniente do Poder Executivo, Presidente da República, mas que por força do novo texto constitucional foram recepcionados na condição de lei federal. Eventuais mudanças nestes regulamentos, ou em caso de se pretender editar novos regulamentos para se evitar eventuais questionamentos estes devem ser editados por meio de lei proveniente do Poder Legislativo. No caso das Forças Armadas, a lei deverá ser proveniente do Congresso Nacional na forma dos regulamentos da casa e em atendimento a competência que se encontra estabelecida na Constituição Federal, na parte que cuida do processo legislativo.