

PRISÃO PREVENTIVA DISCIPLINAR MILITAR

WALTER SANTOS PENICHE

Oficial da Ativa do Quadro Técnico do Corpo Auxiliar da Marinha, Bacharel em Direito e Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal e em Direito Militar pela Universidade Gama Filho, Assessor Jurídico na Marinha.

RESUMO

O presente estudo tem o propósito de analisar a existência da prisão preventiva disciplinar na Marinha e confirmá-la como instituto de salvaguarda da hierarquia e da disciplina, elencando a legislação aplicável e os pressupostos práticos, sob os fundamentos de validade expressos no inciso LXI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, nos arts. 42 e 47 do Estatuto dos Militares, nos arts. 40 e 41 do Regulamento Disciplinar para a Marinha e no art. 4-1-17 da Ordenança Geral para o Serviço da Armada.

Rio de Janeiro, RJ., 12 de novembro de 2009

1. INTRODUÇÃO

A prisão disciplinar de militar consiste num dos tipos de prisão administrativa que ainda causa espécie para alguns, seja pelo desconhecimento do instituto, seja pela leitura açodada do inciso LXI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil ou por relegarem a importância da manutenção da ordem disciplinar nas Forças Armadas.

Por óbvio que a liberdade do cidadão impera como regra no Estado brasileiro, sendo direito garantido na Constituição.

Entretanto, observa-se também que as Forças Armadas e demais instituições que integram a nação, recebem igualmente a proteção constitucional, mormente aquelas imprescindíveis à soberania e à existência dos Poderes Democráticos.

As Forças Armadas são instituições que têm como missão assegurar a perenidade do próprio Estado, de modo que a Constituição cuidou de preservar as bases das forças militares, em razão da importância desse mister constitucionalmente atribuído.

Da mesma forma com que a Constituição garantiu a liberdade do cidadão, só violada nos casos de flagrante delito ou por ordem judicial, também reservou às transgressões disciplinares um regime jurídico específico, onde não exigiu a flagrância, não a proibiu, nem estabeleceu como necessária a ordem judicial para validar a prisão disciplinar militar.

Esse regime diferenciado, fixado na Constituição, tem o condão de resguardar a ordem disciplinar na caserna, pois de nada valeria organizá-la com fundamento na hierarquia e na disciplina (art.142), se não houvesse meio de garantir a efetividade desses institutos.

O tema sob análise será verificado apenas no contexto da Marinha do Brasil, mas a abrangência alcança as demais instituições militares federais, visto que o maior fundamento de validade é conferido pela Constituição e pelo Estatuto dos Militares.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DISCIPLINAR

A tese que reclama a inconstitucionalidade da prisão preventiva disciplinar é a mesma que tende a anular o regime jurídico disciplinar militar como um todo. Segundo essa teoria, os regulamentos disciplinares militares são instrumentos normativos editados por decretos, atos administrativos provenientes do Poder Executivo, enquanto

que a atual Constituição exigiria que esses regulamentos fossem estabelecidos por lei em sentido estrito, votada no Poder Legislativo, nos termos da arquitetura do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal.

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.**

Assim, esses argumentos devem ser analisados sob os aspectos do Princípio da Reserva Legal e da Teoria da Recepção das normas anteriores à nova ordem constitucional e, em consequência, se verificará a existência pretérita da “definição legal” aventada.

2.1. Princípio da Reserva Legal e Teoria da Recepção das Normas Anteriores à Nova Ordem Constitucional

A fundamentação que enseja a inconstitucionalidade da prisão administrativa disciplinar, fixa que o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal exige uma **definição legal** das transgressões, por isso faz referência ao Princípio da Reserva Legal.

Esse argumento está sedimentado no fato de que os regulamentos disciplinares foram editados por Decretos, e que, além de não serem originalmente leis votadas no Poder Legislativo, são anteriores à nova ordem constitucional e não definem tecnicamente as transgressões.

Supõe, então, a ocorrência de vício de forma, onde a Constituição exigiria a edição de instrumento normativo mediante lei em sentido estrito e a situação anterior à nova Constituição vinha regulada por instrumento jurídico diverso, por exemplo, ato administrativo do Poder Executivo, como são os regulamentos disciplinares das Forças Armadas.

Nesse caso, pela teoria da recepção, essas normas são consideradas como recepcionadas na forma estabelecida pela nova Constituição. Assim, não há óbice quanto às regras editadas por meio de decreto, pois a partir da Carta Política são tratadas como se fossem leis *stricto sensu*, já que essa é a exigência da nova ordem, operando-se o fenômeno da recepção das normas existentes, naquilo que não conflitar com as regras constitucionais vigentes.

O que importa, com a edição de nova Constituição é a compatibilidade de conteúdo, não de forma. Dessa maneira, se o conteúdo da matéria tratada nos

decretos recepcionados como lei não contrariar as bases fundamentais das normas constitucionais são perfeitamente aplicáveis, no que couberem, e continuam sendo parte integrante do ordenamento jurídico do Estado. Entretanto, o que for incongruente com a nova Constituição considera-se revogado ou não recepcionado.

No que concerne à prisão de militares, os Regulamentos Disciplinares Militares, pela teoria da recepção das normas anteriores à nova Constituição, são compatíveis na forma (*já que assim foram recepcionados, se fosse o caso de vício de forma*) e também no conteúdo estariam acorde com a ordem política vigente (*porque o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal assim assegurou*).

Obviamente, alguns dispositivos não possuem a mesma força de aplicação, não tendo sido recepcionados, mas não é o caso das prisões disciplinares militares por transgressões, cuja ressalva foi expressa de forma Constitucionalmente luculenta.

2.2. Definição Legalmente Estabelecida

Ainda que a tese da recepção não fosse aceita, o dispositivo constitucional (inciso LXI do art. 5º) estabelece apenas a necessidade da lei (*stricto sensu*) para **definir as transgressões militares**. Não se trata de exigência de tipificação de condutas, nem de relacionar taxativamente as hipóteses por meio de instrumento legal. Definir consiste em estabelecer os parâmetros jurídicos dos institutos, não significa elencar as situações de sua incidência, até porque não há como o legislador prever todas as condutas possíveis, por isso se faz necessário estabelecer um conceito, traçando definição jurídica do que deve ser entendido como transgressão disciplinar militar.

Nessa vertente, o requisito “definição por meio de lei” já teria sido satisfeito, uma vez que o Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Lei Ordinária votada pelo Poder Legislativo), que consiste no regime jurídico dos militares das Forças Armadas, **define** objetivamente o que deve ser considerado com transgressão disciplinar, fixando que consiste na violação das obrigações e dos deveres militares (art. 42).¹ Então, as hipóteses transgressórias, para as suas caracterizações, devem ser analisadas no contexto das obrigações e deveres militares, também previstos em lei, arts. 27 a 41 do Estatuto dos Militares.

As obrigações são manifestações essenciais do valor e da ética militares. Os deveres militares insculpidos no Estatuto dos Militares são considerados essenciais

para os organismos militares, em razão do liame que formam entre o militar e a Nação (Pátria).

O art. 31 relaciona aqueles deveres tidos como essenciais, e, em seu inciso IV, confirma a imprescindibilidade da disciplina, corroborando o que dispõe o mandamento constitucional do art. 142.

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

...

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

...

Assim, vemos que a prisão preventiva disciplinar encontra fundamento de validade na Constituição Federal, no Estatuto dos Militares e nos Regulamentos Disciplinares, seja porque a prisão está prevista nos regulamentos recepcionados na forma de lei; seja pelo seu conteúdo compatível com a Constituição vigente; seja porque o Estatuto dos Militares, lei *stricto sensu*, no art. 42 definiu o que deve ser considerado como transgressão disciplinar; e, ainda, porque o art. 47 desse diploma legal delegou aos Regulamentos Disciplinares o estabelecimento do regime processual para o julgamento das transgressões disciplinares militares.

Os militares prestam compromisso de **honra**, afirmando a aceitação desses deveres e manifestam a firme disposição de bem cumpri-los (art. 32 do Estatuto dos Militares).

De toda sorte, a necessidade de reprimir a prática da indisciplina impõe à autoridade militar a adoção de medidas incisivas, em benefício da ordem disciplinar, que, por dever de ofício, tem que preservar.

Os regulamentos militares mesmo definindo também as transgressões, não passam de repetições do que consta fixado na lei, hierarquicamente superior, que consiste no Estatuto dos Militares. Esses regulamentos tratam da especificação, da classificação e da processualística, que deve a ser empregada na apuração e no julgamento das infrações, com fundamento no art. 47 da Lei nº 6.880/1980, elencando, exemplificativamente, algumas hipóteses de incidência, não podendo se confundir com tipificação ou definição do signo jurídico “transgressão disciplinar militar”.

Os regulamentos disciplinares não podem servir de referência para a discussão quanto à constitucionalidade da prisão disciplinar militar, uma vez que a definição legal exigida pelo inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal se encontra no

art. 42 da Lei nº 6.880/1980, diploma legal que submetido ao crivo da teoria da recepção das normas anteriores à nova ordem constitucional, continuou integrando o ordenamento jurídico pátrio.

2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.340-9/DF Contra o Regulamento Disciplinar do Exército

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.340-9/DF, proposta com a finalidade de julgar inconstitucional o Decreto nº 4.346/2002, que aprovou o Regulamento Disciplinar do Exército, não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A despeito de a ADI nº 3.340-9/DF não ter sido conhecida porque o requerente não demonstrou, no mérito, cada um dos casos de violação da Constituição, sendo julgada incabível a análise tão-somente do vício formal, impende ressaltar os votos do Ministro Marco Aurélio e da Ministra Ellen Gracie, em que ambos revelam o entendimento de que a expressão “definidos em lei”, constante no inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, diz respeito apenas ao crime propriamente militar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - ... A transgressão militar circunscreve-se ao campo administrativo das Forças Armadas, decorrendo da hierarquia e da disciplina que qualificam esse segmento da Administração Pública. Vale dizer que a versatilidade e a dinâmica da vida militar direcionam a ter-se o trato da matéria via regulamento, via ato circunscrito ao comando cabível e previsto constitucionalmente – inciso XIII do artigo 84 da Constituição Federal. Ao Chefe do Poder Executivo cumpre a fixação das balizas definidoras do comportamento do cidadão ou cidadã enquanto integrantes das Forças Armadas, enquadrando certos atos como transgressões militares e impondo punição ante o desvio de conduta no dia-a-dia da atividade específica, peculiar, que é a militar. A garantia constitucional está na necessidade de previsão e esta não exige disciplina rígida como é a estritamente legal, podendo decorrer de texto de regulamento.

Daí a improcedência do pedido formulado, não cabendo adentrar questão que não se faz em jogo, ou seja, a recepção, ou não, como lei, do decreto anterior à Carta de 1988.

A Senhora Ministra Ellen Gracie: ...Entendo que se trata de um decreto editado na forma autorizada pelo artigo 47 da Lei nº 6.880/90, que foi recepcionado pela Constituição Federal e que é, também, a fonte normativa desse Decreto, agora impugnado, o de nº 4.346/2002.

A expressão ‘definidos em lei’, contida no artigo 5º, inciso LXI, refere-se aos crimes militares, não às transgressões militares.

Com essas razões, acompanho integralmente o voto do Relator.²

Os votos acima estão afinados com a salvaguarda da hierarquia e da disciplina, fundamentos maiores das Forças Armadas, além de confirmarem o exercício do Comando Supremo das Forças Armadas pelo Presidente da República, nos termos do inciso XIII do art. 84 da Constituição Federal, em consonância com o inciso LXI do

art. 5º e §2º e *caput* do art. 142 da Lei Maior.

3. PRISÃO PREVENTIVA DISCIPLINAR NA MARINHA

O inciso LXI do art. 5º da Constituição deve ser entendido como norma de garantia da hierarquia e da disciplina. Esse dispositivo, além de assegurar direitos aos cidadãos, também confere **legitimidade** à prisão disciplinar, confirmando a importância do princípio da autoridade, da subordinação e da obediência, aspectos nucleares daqueles institutos.

Os instrumentos de tutela da ordem disciplinar que constituem o Devido Processo Legal das infrações disciplinares para a Marinha estão previstos na Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), Lei nº 5.836/72 (Conselho de Justificação), Decreto nº 71.500/72 (Conselho de Disciplina), Decreto nº 88.545/83 (RDM), e Decreto nº 95.480/87 (OGSA).

Os Conselhos de Justificação e de Disciplina não serão comentados porque fogem ao escopo do estudo, visto que têm o propósito de avaliar a incapacidade dos militares estabilizados de permanecerem na situação de atividade ou inatividade, em razão da conduta praticada, o que pode culminar até com as suas exclusões do serviço, se for decidido pela perda do posto ou da graduação. Entretanto, mesmo sendo possível concluir pela ocorrência de infração disciplinar, as normas desses processos administrativos não tratam especificamente de prisão preventiva.

A Prisão Preventiva Disciplinar consiste numa das maneiras de assegurar a regularidade das forças militares, quando a manutenção da disciplina for posta a risco.

A disciplina deve ser mantida em todas as circunstâncias da vida dos militares da ativa, da reserva remunerada e dos reformados (§§2º e 3º, do art. 14, da Lei nº 6.880/80).³

Nesse desiderato a prisão preventiva se constitui no meio legal, aplicável ao restabelecimento, manutenção e preservação da ordem disciplinar, de forma imediata e instantânea.

Assim, faz-se mister o resguardo do instituto basilar da disciplina, com o objetivo de reprimir prontamente as transgressões, cujas circunstâncias com que forem praticadas, apresentem potencial risco à ordem disciplinar.

A constrição cautelar visa manter a unidade e a coesão da tropa ou da tripulação. Do contrário, uma conduta não reprimida pode desencadear uma seqüência de descumprimento generalizado.

Os militares são os agentes autorizados e especializados no uso de armas, o que, aliando-se à indisciplina, pode transformar o quartel num campo de guerra ou numa desordem total, transformando-se em bandos armados, com reflexos imensuráveis para a ordem disciplinar e para a sociedade.

A importância da hierarquia e da disciplina está vinculada à necessidade de manter o controle sobre aqueles que têm como profissão o uso da força, que dispõem dos conhecimentos técnicos, fruto da competência funcional, que são capazes de infligir grave sofrimento aos cidadãos, pelo emprego dos meios e métodos de combate em conflitos armados.

O uso das armas pelos militares, considerando a letalidade dos apetrechos bélicos, deve ter o máximo da gestão do Comando, sendo que, as técnicas, planejamentos, estratégias, meios e métodos de combate ou de defesa, em razão do risco da atividade e das consequências inerentes, são também empregadas como ordem de profissionalismo, com rígidas regras de comportamento, conforme se verifica na regras do Direito Internacional Humanitário, também conhecido como Direito da Guerra.

Ademais, nenhuma outra profissão exige o sacrifício da vida em benefício do próximo.

A exigência constante de se conduzir conforme a regra revela o pendor para atividade militar ao mesmo tempo em que condiciona o comportamento, sendo que, dessa forma, as regras são inculcadas na rotina dos militares.

A compreensão quanto à importância das Forças Armadas para a sociedade, com a nítida consciência, numa avaliação mais profunda, que da hierarquia e da disciplina pode depender a existência do Estado e, ainda, que a prática profissional representa um grave risco à própria vida e a de outras pessoas, justifica o controle e a rigidez das regras de conduta dos militares.

Dada relevância da preservação da disciplina para os organismos militares, visto que a hierarquia e a disciplina constituem elementos *sine qua non* de suas existências, vislumbra-se no nosso ordenamento jurídico militar, como já mencionado (*Constituição Federal, Estatuto dos Militares, RDM e OGSA*) a possibilidade de se efetuar a prisão disciplinar de forma preventiva, uma vez que as infrações graves, dependendo da ofensividade ou do grau de reprovabilidade da conduta, tanto afetam a ordem disciplinar como podem tangenciar a esfera penal.

Farlei Martins de Oliveira, a respeito da presunção de legitimidade do ato

administrativo militar, menciona que: “...a *presunção de legitimidade do ato administrativo, especialmente do ato sancionador, é mais contundente nos aspectos da veracidade dos fatos e da prova, uma vez que o ordenamento jurídico acrescenta a esses aspectos a preservação da disciplina, da hierarquia e decoro da instituição.*”⁴

O autor, reportando-se à prisão preventiva, aduz sobre a legalidade da cautelar, os seguintes ensinamentos:⁵ “Com efeito na aplicação de uma sanção restritiva de liberdade, os regulamentos disciplinares conferem aos fatos ensejadores do ilícito administrativo uma **presunção de veracidade em favor da Administração Militar**, capaz de determinar a **imediate prisão do militar transgressor, independente da posterior abertura de sindicância ou processo administrativo-disciplinar**. A esse respeito, observe-se o comando estatuído no artigo 12 do Regulamento Disciplinar do Exército que disciplina a concessão da denominada “parte”. Por esse preceito regulamentar, todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina deverá participá-lo ao seu chefe imediato, por escrito. De acordo com o parágrafo 2º do mesmo artigo, quando para preservação da disciplina e do decoro da Instituição a ocorrência exigir pronta intervenção, mesmo sem possuir ascendência funcional sobre o transgressor, a autoridade militar de maior antigüidade que presenciar ou tiver conhecimento do fato deverá tomar providências imediatas e enérgicas, inclusive prendê-lo “em nome da autoridade competente”, dando ciência a esta, pelo meio mais rápido, da ocorrência e das providências em seu nome tomadas. Essa **presunção de veracidade típica do ato disciplinar militar legítima, ainda, a medida prevista no parágrafo 3º do artigo 35 do Regulamento Disciplinar do Exército, que **faculta à autoridade militar a prisão do transgressor, por prazo que não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou houver necessidade de pronta intervenção.****”

Semelhante previsão se encontra no art. 40 e 41 do Regulamento Disciplinar para a Marinha, conforme visto acima.

No mesmo sentido, Jorge César de Assis, elenca os pressupostos da prisão preventiva, acrescentando que a constrição ficará passível de apreciação do Judiciário, que verificará a existência desses pressupostos, que, se não estiverem presentes, tornarão a prisão arbitrária, mas ressalva que: “...o sistema jurídico militar brasileiro pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando do Comandante (conferido pela lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos que lhe são subordinados.”.

Os pressupostos mencionados pelo autor são os seguintes: a) ocorrência de transgressão disciplinar de natureza grave; b) necessidade de preservação da disciplina e do decoro da instituição militar; c) exigência de pronta intervenção; d) o dever de ofício da autoridade militar de maior antiguidade que presenciar ou tiver tomado conhecimento do fato, de adotar providências enérgicas e imediatas; e) a prisão do infrator é feita em nome da autoridade competente; e, f) tal restrição da liberdade do infrator antecede a solução da comunicação da transgressão cometida.⁶

O mesmo autor, ainda estabelece duas razões para fundamentar a prisão preventiva disciplinar militar: *“A primeira, segundo a qual a medida cautelar encontra amparo constitucional, exatamente no art. 5º, LXI, que excepciona da exigência do estado de flagrância e da ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, os casos de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, definidos em lei. A Segunda, porque a medida se insere dentro do poder disciplinar que é comum às instituições militares e, do dever de ofício que as autoridades militares que presenciam ou tomam conhecimento de infração disciplinar de natureza grave têm, de intervir prontamente e de forma enérgica.”*⁷

Menciona também a abordagem de Luiz Augusto de Santana, sobre ocorrência em que um militar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, buscou apoio do Ministério Público, alegando constrangimento ilegal, em razão de ter sido submetido à prisão preventiva.

Luiz Augusto de Santana, segundo descreve Jorge Cesar de Assis, analisou a prisão preventiva da seguinte forma:

Em suporte à sua posição pela validade da ordem de detenção à disposição do comandante, Luiz Augusto de Santana lembra, referindo-se ao art. 5º, LXI, da Carta magna, que dito dispositivo procurou preservar as corporações militares,

*e que tal entendimento vem da certeza de que, se o objetivo da Carta Magna foi acabar com as detenções para averiguação, ou correicionais que as autoridades policiais praticavam a torto e a direito e que agora constituem, no mínimo, crime de abuso de autoridade, **quando o assunto for o exercício do poder disciplinar em corporação militar** e a apuração de delitos de natureza militar própria, **entenderam os constituintes pátrios que a questão merece maior cuidado**, independentemente do fato de que, para aplicação de qualquer sanção disciplinar, o único meio possível é o processo disciplinar onde sejam assegurados ao infrator a mais ampla defesa e o contraditório, garantias essas, entretanto que **comportam exceções quando o fato exige a ação imediata da autoridade**, não sendo por isso absoluta, e nem poderiam ser; exceto, se se tratar a ressalva constitucional de norma sem sentido, fato inaceitável*

*em qualquer Estado que se diga legal e democrático de direito.*⁸

Para ou autor, as exceções aventadas seriam as detenções cautelares de indiciados investigados por crimes militares próprios e as próprias **detenções prévias de transgressores da disciplina militar**, quando se apresentem como imprescindível sua manutenção nas dependências do quartel até uma avaliação pessoal e preliminar pelo seu comandante daquela conduta contrária aos regulamentos disciplinares.⁹ (grifos nossos)

De todo exposto, verifica-se a legalidade de realização da prisão preventiva por infração disciplinar de natureza grave, para resguardar, preservar e manter a ordem disciplinar militar, estatuída na Constituição da República, art. 142; na Lei n.º 6880/80, art. 14 e 42; no RDM, art. 40 e 41; e na OGSA, art. 4-1-17; em consonância com o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, principal base de sustentação da prisão disciplinar militar.

4. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A Carta Constitucional dispõe que a disciplina consiste numa das bases das instituições militares (art. 142), consagrando a hierarquia e a disciplina como os primeiros valores das Forças Armadas, estatuinto regras específicas para a preservação desses institutos, dada a sua fundamental importância para as organizações castrenses, em razão da missão que lhes são atribuídas.

Tal é a relevância, que a Constituição vedou a impetração de *habeas corpus* para as infrações disciplinares (§2º - *não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*).¹⁰

O Estatuto dos Militares no art. 42, conforme já esclarecido, define transgressão disciplinar como sendo a violação das obrigações e dos deveres militares. As obrigações correspondem aos valores e à ética militar, estabelecidos nos arts. 27 a 41. O art. 31, desse diploma, além dos deveres elencados, reconhece o compromisso, o comando e a subordinação como atributos relevantes para a disciplina.

O art. 47 delega o regime processual de apuração das transgressões aos Regulamentos Disciplinares.

O RDM, no Parágrafo único do art. 2º, fixa que a disciplina manifesta-se basicamente pela obediência pronta às ordens do superior, pela utilização total das energias em prol do serviço, pela correção de atitudes e pela cooperação espontânea em benefício da disciplina coletiva e da eficiência da instituição.

A Marinha, seguindo a tradição portuguesa, adota a Ordenança Geral para o Serviço da Armada (OGSA)¹¹ como norma singular de organização das Forças e Estabelecimentos Navais, regulamentando deveres específicos do seu pessoal. Esse instrumento também tem o propósito de conduzir as atividades rotineiras, preservando valores e cristalizando as tradições e costumes da Armada.

A Constituição de 1824, em seu art. 150, previa como regime administrativo “Uma **Ordenança especial** para regular a organização da Marinha e do Exército.”.

A OGSA complementa o Estatuto dos Militares e, além de estabelecer normas de cunho operacional e de administração, traça regras de conduta, referindo-se também à prisão preventiva disciplinar, conforme veremos adiante. A despeito de sua edição por meio de decreto de 1987, sob o prisma da recepção das normas anteriores à Constituição, considera-se como sendo um instrumento formalmente estabelecido na ordem atual e, como foi esclarecido acima, conserva a sua aplicabilidade plena, estando, pois, em vigor no ordenamento jurídico.

Transcrevem-se os dispositivos que fundamentam a prisão disciplinar:

OGSA

Art. 4-1-17- Todo **Oficial ou Praça pode, sempre que for conveniente à ordem, à disciplina ou à normalidade do serviço, prender** à sua ordem ou à de autoridade competente, quem tiver antigüidade inferior à sua.

§1º- ...

§2º- Em qualquer caso, quem efetuar a prisão dará logo parte circunstanciada, por escrito e por intermédio do próprio Comandante, à autoridade a que o preso estiver diretamente subordinado.

RDM

Art. 41 – O superior **deverá** também **dar voz de prisão imediata** ao contraventor e fazê-lo recolher-se à sua Organização Militar **quando** a contravenção ou suas **circunstâncias assim o exigirem**, a bem da ordem pública, da **disciplina** ou regularidade do serviço.

....

Art. 44 – **Esta prisão, de caráter preventivo**, será cumprida como determina o artigo 24. (grifos nossos)

A expressão “**Todo Oficial ou Praça pode**”, constante no art. 4-1-17, supra, na realidade quer significar um dever de ofício de efetuar a prisão disciplinar, conforme legalmente estabelecida, em virtude do indisponível e estrito acatamento dos deveres militares, em especial, **a preservação da disciplina**, que cabe a todo militar.

O art. 41, do RDM, confirma essa assertiva, quando define que “**O superior deverá também dar voz de prisão imediata ao contraventor**”, o que caracteriza um proceder fundamentado no dever jurídico de agir.

O art. 44 estabeleceu nitidamente o caráter preventivo dessa prisão, que deve ser executada como prisão simples, fora do cárcere, o preso fica restrito aos limites da Organização Militar.¹²

Verifica-se, então, a sujeição das condutas transgressoras de natureza grave aos procedimentos de tutela da disciplina previstos na Constituição Federal, no Estatuto dos Militares, no Regulamento Disciplinar para a Marinha e na Ordenança Geral para o Serviço da Armada, que em conjunto formam o ordenamento jurídico militar aplicável à prisão preventiva disciplinar na Marinha.

5. PRESSUPOSTOS PRÁTICOS DE VALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DISCIPLINAR

Para que a prisão disciplinar seja revestida de legalidade faz-se mister, entretanto, observar alguns pressupostos, a seguir elencados:

5.1. Contravenção de Natureza Grave

As infrações de natureza grave são aquelas que atentam diretamente contra a subordinação, a autoridade e ao serviço.

A **insubordinação** pode configurar crime militar ou descumprimento de ordem, se analisada sob o prisma disciplinar.

A **autoridade** afrontada revela a quebra de hierarquia.

A **regularidade do serviço** pode se referir ao serviço militar em sentido amplo, como também, ao serviço ordinário, serviço realizado na própria Organização Militar, que tem como escopo a vigilância, a segurança e a manutenção das atividades básicas e contínuas do órgão.

As infrações graves que ferem o serviço militar são aquelas que se insurgem contra o princípio da autoridade e da obediência.

As transgressões praticadas durante o serviço ordinário ou com o seu prejuízo são as ocorridas quando o militar, após designado, assume um posto de serviço, diferente das suas funções rotineiras, mas exercidas em benefício da segurança ou da prontidão da Unidade. Esse serviço, quando posto em risco, afeta a eficiência e o aprestamento da força ou a regularidade e a continuidade dos serviços da organização, podendo interferir na segurança orgânica, que envolve a integridade do pessoal, do material e da missão principal da instituição militar. Por isso se

considera grave qualquer infração que atente contra a regularidade do serviço, inclusive a alínea f do art. 10 do RDM, fixa como circunstância agravante, a infração cometida com prejuízo do serviço.

5.2. Parte de Ocorrência

A Parte de Ocorrência lavrada pelo superior que proferiu a voz de prisão consiste no ato administrativo onde deve constar o relato, o enquadramento legal da infração, a transcrição da prisão preventiva, além da ciência do acusado, quanto à imputação e quanto aos seus direitos, fim possibilitar o exercício do direito de defesa.

Cumprido ressaltar, que a prisão disciplinar, como qualquer outra, deve ser informada ao preso, expondo os seus motivos e revelando qual autoridade a está efetuando ou sob as ordens de qual autoridade está sendo feita (inciso LXII, do art. 5º, da CF/88).

O infrator preso deve ser apresentado à autoridade (o Comandante ou o Oficial de Serviço, por exemplo) junto com a Parte de Ocorrência.

5.3. Autoridade Competente para Efetuar a Prisão

A prisão deve ser efetuada por qualquer superior (art. 41 do RDM). O superior será sempre o de grau hierárquico mais elevado ou se no mesmo grau, o mais antigo. Não se trata de superior apenas por ascendência funcional, mas sim de superioridade hierárquica referente aos postos e graduações.

Aqui deve se pontuar diferença da Prisão em Flagrante Delito, que se opera por obrigação legal (art. 243 do CPPM), mesmo sendo o infrator hierarquicamente superior. Na hipótese de transgressão disciplinar cabe ao inferior oferecer à Autoridade Competente uma Representação contra o superior. A autoridade efetuará a prisão preventiva disciplinar, se entender necessária.

5.4. Oitiva do Infrator

O infrator deve ser ouvido no momento da prisão, sobre o fato imputado, para assegurar o contraditório e a defesa, além de subsidiar a análise da autoridade, quanto à viabilidade da prisão. Entretanto, o preso deve ser notificado quanto ao direito de permanecer calado (inciso LXII, do art. 5º, da CF/88).

5.5. Comunicação da Prisão à Autoridade Competente

A comunicação da prisão preventiva à autoridade competente deve ser imediata, para que esta avalie a regularidade e a conveniência da restrição da liberdade. São competentes: o Comandante ou o agente a quem for delegada a competência para o julgamento das infrações disciplinares, conforme dispõe o art. 19 do RDM; o Imediato, ou funções correspondentes, e o Oficial de Serviço, visto que essas autoridades, além de substituírem o Comandante, ainda são responsáveis pela disciplina e segurança da organização, nos termos da OGSA (arts. 6-3-1, 6-3-4, 7-1-4 e 7-1-6).

A comunicação normalmente é realizada com a apresentação da própria parte de ocorrência à autoridade, onde foi registrado o fato contravençional e a prisão, nos termos do art. 4-1-17, da OGSA c/c art. 41, do RDM.

Observa-se que tanto na OGSA, como no RDM, a emissão da “*Parte de Ocorrência*” também deve ser imediata. Isto se faz com o lançamento no Livro de Registro de Contravenções Disciplinares, para as Praças de graduação igual ou inferior a Primeiro-Sargento; e, com a Parte de Ocorrência, endereçada ao Imediato ou ao Comandante, para Oficiais e Suboficiais.

5.6. Revogação da Prisão

Depois de transcorridos o prazo de 48 horas, lapso estabelecido por norma interna¹³ para a defesa escrita, caso não seja realizado o julgamento da transgressão, a prisão deve ser revogada.

Apesar de o RDM determinar o julgamento imediato da infração, vemos que o julgamento expedito, não possibilita um tempo adequando à elaboração da defesa. Assim, entendemos que não sendo possível a realização do julgamento depois de 48 horas, a preventiva deve ser revogada, a fim de não manter por muito tempo o cerceamento da liberdade sem julgamento da infração.

No Regulamento Disciplinar do Exército essa prisão se faz por 72 (setenta e duas) horas. Todavia, o julgamento **quanto à regularidade da preventiva** deve ser imediato, a fim de não manter o militar preso desnecessariamente.

5.7. Comunicação da Prisão à Família e Direito à Assistência de Advogado

A comunicação da prisão à família consiste num direito constitucional do preso. A Constituição Federal estabelece o dever de comunicar à família do preso ou à pessoa por ele indicada, sobre a prisão e o local onde o preso se encontra (inciso LXII,

art. 5º).

O direito quanto à assistência da família e de advogado não pode ser suprimido, sob alegação de tratar-se de contravenção disciplinar, infração disciplinar.

Assim, pode ser franqueado o uso do aparelho telefônico, para possibilitar o exercício desses direitos, se for do interesse do preso.

Caso o preso se abstenha de comunicar a prisão à sua família, deve prestar declaração formal a respeito. Na falta da declaração, a autoridade deve realizar obrigatoriamente a comunicação à família, utilizando-se dos dados existentes nos assentamentos ou noutro sistema de dados de pessoal do órgão.

5.8. Prisão Simples

A constrição tem caráter de **prisão simples**, ou seja, não há recolhimento ao bailéu.¹⁴ O infrator fica restrito aos limites da Organização Militar, sem prejuízo da realização das suas funções (art. 43 c/c art. 24, do RDM).

6. JULGAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA E DA CONTRAVENÇÃO DISCIPLINAR

Impende diferenciar a análise da **prisão preventiva** da fase do julgamento do ato **contravencional**. Inicialmente a autoridade deve analisar a prisão preventiva, posteriormente, nos autos do processo regularmente constituído, disponibilizada a ampla defesa e o contraditório, julgará a contravenção.

A decisão quanto à manutenção ou não da prisão preventiva deve ser expedida imediatamente, pela autoridade competente. O art. 42, do RDM, indica que essa providência deve ser adotada dentro dos prazos previstos. Esse dispositivo refere-se à solução da Parte de Ocorrência, que pode ter atinência tanto quanto ao julgamento da prisão, como quanto ao mérito da contravenção, visto que a Parte de Ocorrência trás em seu bojo as duas situações.

A decisão quanto à prisão preventiva disciplinar deve acontecer no momento em que a autoridade toma conhecimento da parte.

Normalmente, o julgamento da **contravenção** deve acontecer no prazo de 48 horas (§1º, art. 26, do RDM), contados do **conhecimento** da contravenção pela autoridade competente.

A Publicação DGPM-315 estabelece o prazo mínimo de 48 horas para o acusado oferecer a sua Defesa Escrita. Contudo, não há obrigatoriedade da

manutenção da prisão durante esse prazo, apenas sob o fundamento de aguardar o oferecimento da defesa. A prisão pode e deve ser revogada, antes da apresentação da defesa, se a autoridade entender que não há motivos relevantes para manter a prisão.

O termo inicial para contagem do prazo para o julgamento da contravenção começa a correr **a partir do conhecimento da prisão preventiva**, pois é nesse momento que a autoridade toma ciência da infração que está sendo imputada ao militar.

Exige-se, portanto, julgamento o mais expedito quando possível, se o infrator **se encontrar preso** preventivamente. Todavia, o julgamento da contravenção deve sempre ocorrer depois de transcorrido o prazo mínimo estabelecido para a defesa escrita. Havendo impossibilidade de julgamento do ato transgressional no primeiro momento, a prisão deve ser revogada,¹⁵ *in continenti*, sob pena de tornar-se ilegal.

Cabe, ainda, esclarecer que o prazo de 48 horas não constitui prazo decadencial para o julgamento, até porque só pode ser considerado se estivermos numa situação de “normalidade” de apreciação do processo disciplinar. A prisão preventiva por si já se apresenta como uma exceção, de modo que esse prazo pode não ser suficiente para o esclarecimento de todas as circunstâncias.

Havendo motivo justo e estando solto o infrator não há irregularidade no julgamento em prazo superior ao estabelecido, em razão da indisponibilidade de se resguardar a disciplina.

Ademais, o próprio regulamento sugere a instauração de Sindicância, caso necessário, para uma melhor apuração dos fatos, o que, certamente, não se concluirá em 48 horas, e, assim, se avançará no prazo, sem irregularidade (§2º do art. 26 do RDM).

O lapso de 48 horas para julgamento é prazo da Administração, cujo objetivo imediatista tem o intuito de conferir expedita reparação das condutas lesivas à disciplina. Porém, o aodamento no julgamento em nada favorece ao infrator ou à Administração, de modo que esse prazo deve ser gerenciado com cautela para não prejudicar a ampla defesa, o contraditório e o *jus puniendi*.

Na execução da pena aplicada no julgamento do mérito da infração deve ser feita a detração do tempo em que o transgressor ficou preso preventivamente, analogicamente ao que ocorre no direito penal, ou seja, se ficou preso preventivamente por dois dias, essa quantidade deve ser subtraída da pena aplicada no Processo Disciplinar.

Se a pena aplicada no mérito for de natureza diferente da prisão preventiva, que deve ser cumprida como prisão simples, a detração deve corresponder de um para um, exceto quanto à pena de repreensão, pois nesse caso não há como suprimir a penalidade.

Assim, se o infrator cumprir dois dias de prisão preventiva e ao final for aplicada a pena de quatro dias de prisão rigorosa, deverá agora cumprir apenas dois dias de prisão rigorosa.

Contudo, para fins de registros no assentamento e cômputo de pontos no comportamento devem ser considerados os quatro dias de prisão rigorosa, uma vez que a prisão preventiva só gera efeitos processuais.

7. CONCLUSÃO

Do exposto, verificou-se que os regulamentos disciplinares militares foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, formalmente como lei e materialmente se encontram acorde com a nova ordem política.

Por outro lado, restou esclarecido que o requisito “definição legal” de transgressão disciplinar, extraído da última parte do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, para fundamentar a prisão disciplinar militar, foi satisfeito pelo art. 42 da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), que fixou a transgressão disciplinar militar a violação das obrigações e deveres militares.

Assim, confirma-se a existência no estamento militar, em particular no que se refere à Marinha do Brasil, da possibilidade de execução da prisão preventiva por infração disciplinar de natureza grave, como instrumento jurídico de preservação e manutenção da ordem disciplinar militar, com fundamento jurídico baseado na legislação aplicável e nos pressupostos para a sua efetivação, de acordo com o art. 14 e 42 do Estatuto dos Militares c/c art. 40 e 41 do Regulamento Disciplinar para a Marinha e art. 4-1-17 da Ordenança Geral para o Serviço da Armada, considerando o dever de ofício do superior de adotar providência, em benefício da disciplina, reprimindo as infrações ao regulamento disciplinar, com espeque no art. 142 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Conclui-se, então, que tal instrumento não encontra óbice de constitucionalidade, uma vez que se trata de hipótese ressalvada pelo inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal, quanto à sua existência no ordenamento jurídico brasileiro,

tendo em conta a exceção prevista na segunda parte do dispositivo, que para a prisão, estabelece “..., salvo nos casos de transgressão militar...”, o que conjugado com o art. 142, *caput*, e seu §2º, caracteriza-se como elementar instituto constitucional de preservação da ordem disciplinar, para, nesse contexto, restar salvaguardadas a hierarquia e a disciplina nos organismos militares, a fim de que sigam incólumes na sua nobre missão de proteger a nação e a existência e a convivência harmônica dos Poderes Constitucionais, observando-se os pressupostos de validade expostos, sempre que a ordem disciplinar assim o exigir, levantando, como sugestão, a adoção dos pressupostos práticos aduzidos, na condução do processo administrativo disciplinar militar.

8. NOTAS

¹ CAPÍTULO III - Da Violação das Obrigações e dos Deveres Militares - SEÇÃO I – Conceituação - **Art. 42.** A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.

² Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 11 de novembro de 2009.

³ A Súmula 54 do STF estabelece que o militar da reserva está sujeito à pena disciplinar. Já a Súmula 56 fixa que o militar reformado não está sob a mesma sujeição.

⁴ OLIVEIRA, Farlei Martins de. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional, 2005, pág. 74.

⁵ *Idem*, pág. 74 e 75.

⁶ ASSIS, Jorge Cesar de. Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo, Curitiba:Juruá, 2007, pág. 158 e 160.

⁷ *Idem* pág. 158.

⁸ SANTANA, Luiz Augusto de. Revista de Estudos e Informações, 2006, pág. 36.

⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. Curso de Direito Disciplinar Militar, 2007, pág. 159.

¹⁰ A doutrina e a jurisprudência estabelecem o cabimento do *habeas corpus* especificamente quanto ao devido processo legal, no que concerne à autoridade competente, à ampla defesa e ao contraditório; além dos requisitos de finalidade; forma; e, objeto (pena), previsto em lei. O processo estabelecido no RDM se encontra acorde com esse entendimento. Outra vertente sustenta o princípio da inafastabilidade do Judiciário, a quem cabe apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direito, nos termos do inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal. O pensamento majoritário vige no sentido de que o controle do Judiciário não pode adentrar ao mérito do ato administrativo, qual seja: o **motivo** (a justiça ou injustiça no reconhecimento da transgressão) e o **objeto** (qualidade e quantidade da pena).

¹¹ Decreto nº 95.480, de 13 de dezembro de 1987.

¹² O *nomem iuris* não parece tão apropriado à circunstância, visto que a prisão se opera no momento da ocorrência da infração, o que mais se assemelha à prisão em flagrante, sugerindo uma prisão provisória

do tipo flagrante disciplinar. Entretanto, a prevenção que se pretende diz respeito à ordem disciplinar geral, nos termos do art. 44 do RDM, o que pode justificar a nomenclatura adotada no regulamento.

¹³ **Publicação DGPM-315** - Normas sobre Justiça e Disciplina na MB – Vol. VIII - Controle das Transgressões Disciplinares – Anexo A – Modelo de Livro de Transgressões Disciplinares.

¹⁴ Bailéu. bai.léu. *sm (malaio bala)* **1. 2. 3. 4. 5. 6. 7** Cárcere de marinha. **8** *gír* Prisão, xadrez. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acessado em: 12 de novembro de 2009.

¹⁵ Não se deve confundir revogação com relaxamento de prisão. Revogação cabe quando há inconveniência da medida, enquanto que o relaxamento deve ser aplicado quando há ilegalidade.

9. REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo, Curitiba:Juruá, 2007.

_____. Cícero Robson Coimbra Neves. Fernando Luiz Cunha. Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas. 6ª Edição – Revista, Ampliada e Atualizada, Curitiba:Juruá, 2007.

_____. Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos. 2ª Edição – Revista e Ampliada, Curitiba:Juruá, 2007

MARTINS, Eliezer Pereira. Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade – Doutrina, Prática e Legislação. Editora de Direito.

OLIVEIRA, Farlei Martins de. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional, Rio de Janeiro:*Lumem Juris*, 2005.

Revista de Estudos e Informações, nº 18 – Dezembro de 2006. Revista da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

Revista de Estudos e Informações, nº 22 – Julho de 2008. Revista da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.