
A NECESSIDADE DE PREVISÃO EM LEI DAS TRANSGRESSÕES MILITARES QUE IMPLICAM EM CERCEAMENTO DA LIBERDADE

Laerte Bieger¹

RESUMO

O presente trabalho aborda a necessidade de haver previsão em lei de sanções disciplinares privativas de liberdade para torná-las aplicáveis enquanto sanções administrativas disciplinares militares. As instituições militares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, têm, na sua grande maioria, seus regulamentos disciplinares instituídos por decretos do Poder Executivo. A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 5º, inciso LXI, que a prisão por transgressão disciplinar será permitida para as hipóteses previstas em lei. A dúvida restou instalada em virtude desse dispositivo constitucional, tendo em vista o entendimento de que não poderia ser imposta a restrição de liberdade com supedâneo em decreto. Entretanto, segundo a maioria dos autores, a nova ordem constitucional recepcionou os regulamentos disciplinares instituídos mediante decreto como se leis ordinárias fossem, tornando-os válidos e aplicáveis, excetuando-se as regras pontuais que colidem com a carta maior. Evidentemente, parte da doutrina se opõe a esse argumento, alegando que a nova ordem constitucional não recepcionou ditos regulamentos, devendo estes ser instituídos mediante processo legislativo específico. Para dar resposta aos questionamentos, foi utilizada a pesquisa bibliográfica em livros de doutrina, artigos científicos e sites de doutrina jurídica. Quanto ao universo de métodos que proporcionam as bases lógicas de investigação científica, utilizou-se o método indutivo.

Palavras-chave: Disciplina. Militar. Tipicidade.

1 INTRODUÇÃO

As Forças Armadas e as Polícias Militares foram dotadas de regras muito específicas, estruturando-se sobre os pilares da hierarquia e disciplina. Além de normas penais especiais, historicamente os militares têm garantido a higidez de suas estruturas organizacionais pela imposição de regulamentos disciplinares que preveem, em sua grande maioria, as sanções de advertência, repreensão, detenção, prisão e prisão em separado, além do licenciamento das fileiras a bem da disciplina.

Essas reprimendas disciplinares, de cunho claramente administrativo, como bem se observa, asseguravam e ainda asseguram a regularidade da rotina na caserna, sendo

¹ Unidade de origem: 11º Batalhão de Polícia Militar – São Miguel do Oeste-SC. Formação: Bacharel em Segurança Pública pela UNIVALI, campus de Biguaçu; Bacharel em Direito pela UNOESC, campus de São Miguel do Oeste; Pós-Graduado em Direito Militar pela UNISUL, parceria com o Exército Brasileiro; Pós-Graduado em Segurança Pública pela Universidade do Contestado, campus de Concórdia. Área: Segurança Pública e Polícia Administrativa. Email: laertebieger@hotmail.com.

inclusive válido lançar mão do cerceamento da liberdade dos militares, como ocorre na hipótese da detenção e da prisão.

A quase totalidade dos Regulamentos Disciplinares das instituições militares brasileiras foi criada mediante decretos do Poder Executivo. A celeuma quanto à aplicação de sanções disciplinares restritivas de liberdade foi instaurada com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que no art. 5º, inciso LXI, estabelece que “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” (BRASIL, 1988).

O texto constitucional nos leva a entender, prima face, que a transgressão militar pode constituir razão para a imposição da privação da liberdade dos militares, desde que as hipóteses pontuais estejam subsumidas em lei. Ora, exsurge a dúvida se os regulamentos disciplinares instituídos por decretos do Poder Executivo constituem meio legítimo para tolher o direito de liberdade dos militares, frente ao mandamento constitucional acima citado.

Assim, pretende-se com o presente artigo perscrutar a legislação e a doutrina pátria para investigar se de fato há ou não necessidade de previsão em lei de sanções disciplinares privativas de liberdade.

2 HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu art. 5º, inciso LXI, que “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” (BRASIL, 1988).

Pela leitura do dispositivo constitucional observa-se que a prisão, via de regra, é admitida nos casos de flagrante delito e ordem judicial. Há, porém, exceções: transgressão militar e crime propriamente militar. Importa-nos no presente estudo aprofundar a transgressão disciplinar enquanto fato motivador da constrição da liberdade do indivíduo.

Tal possibilidade de privação da liberdade foi erigida ao patamar constitucional talvez porque o legislador da Magna Carta vislumbrou e compreendeu a real importância da manutenção da hierarquia e disciplina para o bom funcionamento das instituições militarmente organizadas, as quais, via de regra, representam o braço armado do Estado.

Os efetivos militarmente organizados submetem-se a um duplo controle de seus atos: a legislação penal militar e os Regulamentos Disciplinares. Estes permitem às autoridades militares aplicarem sanções disciplinares a seus subordinados por fatos de menor gravidade, tudo para assegurar a hierarquia e a disciplina.

Como bem ressalta Loureiro Neto (2001), a manutenção do regime disciplinar é aspecto de suma importância para as instituições militares, pois a repressão das faltas disciplinares sob o ponto de vista da eficiência das organizações castrenses traz consigo uma importância maior do que a repressão dos delitos, já que o castigo certo aplicado às faltas funcionais conduz à gradual e acentuada supressão dos ilícitos penais.

Em sede conceitual, buscando definir o que vem a ser a transgressão disciplinar, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa destaca que os policiais militares e bombeiros militares, ao desempenharem suas atribuições constitucionais, acabam por se sujeitar às responsabilidades criminal, administrativa e civil, em razão de danos que venham a causar à Administração Pública, civil ou militar, bem como à integridade física e patrimonial dos administrados (ROSA, 2009).

Continuando com seu raciocínio, o autor menciona que em se desrespeitando uma disposição prevista no regulamento disciplinar, o policial militar comete o que se denomina transgressão disciplinar militar. Para o estudioso do Direito Militar, a transgressão disciplinar pode ser entendida como “[...] toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos dos regulamentos [...]” (ROSA, 2009, p. 125).

Ressalta Rosa (2009) que a transgressão disciplinar distingue-se do crime militar por representar ofensa mais grave a esse dever militar.

As transgressões disciplinares são conceituadas pela absoluta maioria dos regulamentos castrenses como:

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 (BRASIL, 2002).

O art. 15 do Regulamento Disciplinar do Exército estabelece que são transgressões disciplinares todas aquelas referenciadas em seu Anexo I. Cumpre registrar, neste ponto, que o regulamento disciplinar é decreto expedido pelo Poder Executivo.

Não obstante, outras instituições militarmente organizadas, como a Polícia Militar de Santa Catarina, entendem também como transgressão disciplinar todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressões do respectivo Anexo I do correspondente Regulamento, que afetem a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviços estabelecidas por autoridades competentes.

O cometimento de transgressão disciplinar tem o condão de induzir a aplicação de uma reprimenda. A grande maioria das instituições militarmente organizadas garante a

ordem disciplinar por meio de seus regulamentos disciplinares, os quais fazem previsão de, basicamente, cinco tipos de sanções disciplinares: advertência, repreensão, detenção, prisão (podendo inclusive ser em separado) e licenciamento e exclusão a bem da disciplina.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Santa Catarina (Decreto 12.112/1980) define a advertência, em seu art. 23, como a forma mais branda de punir, consistindo numa admoestação feita verbalmente ao transgressor, podendo ser em caráter particular ou ostensivamente.

O art. 24 do referido Regulamento define a repreensão como sendo uma censura enérgica ao transgressor, publicada em boletim e não privativa da liberdade do punido.

A detenção, consoante o art. 25 do citado Regulamento Disciplinar, consiste no cerceamento da liberdade do punido, o qual deve permanecer no local que lhe for determinado, normalmente o quartel, sem que fique, no entanto, confinado. O detido comparece a todos os atos de instrução e serviços. Em casos especiais, a critério da autoridade que aplicou a punição, o oficial ou aspirante-a-oficial pode ficar detido em sua residência.

O art. 26 estabelece que a prisão consiste no confinamento do punido em local próprio e designado para tal. A prisão deve ser cumprida sem prejuízo da instrução e dos serviços internos. Quando o for com prejuízo, essa condição deve ser declarada em Boletim. Em casos especiais, a punição de prisão, para praças de graduação inferior a Subtenente, pode ser agravada para “prisão em separado”, devendo o punido permanecer isolado, fazendo suas refeições no local da prisão. Esse agravamento não pode exceder à metade da punição aplicada.

Por fim, o Regulamento Disciplinar prevê ainda o licenciamento e exclusão a bem da disciplina. Consistem no afastamento, *ex officio*, do policial militar das fileiras da Corporação, conforme prescrito no Estatuto dos Policiais Militares.

Como se observa, duas das espécies estabelecidas como sanções disciplinares implicam na constrição da liberdade do militar. Por serem, na sua quase totalidade, instituídos por decretos do Poder Executivo, os Regulamentos Disciplinares estariam eivados de inconstitucionalidade por uma suposta afronta ao mandamento contido no art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, eis que o texto ordenaria, conforme o entendimento de uma parte da doutrina, na necessidade de previsão em lei (sentido estrito) das transgressões militares, coisa que decreto do Executivo não é.

3 A NECESSIDADE DE PREVISÃO EM LEI DAS TRANSGRESSÕES MILITARES QUE IMPLICAM EM CERCEAMENTO DA LIBERDADE

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tivemos inovações substanciais em decorrência da redação apresentada pelo art. 5º, inciso LXI. Com o passar do tempo o efeito do novo texto maior se espalhou, adentrando no portão das armas e tomando as casernas.

Com efeito, a Magna Carta passou a erigir a liberdade da pessoa humana como uma das pedras angulares do Estado brasileiro, admitindo exceções em casos muito específicos e aparentemente bem delineados.

Embora o teor do acima referido dispositivo constitucional aparentemente não deixe grandes margens a interpretação, é bem verdade que o assunto está longe de ser pacífico, tendo em vista interesses antagônicos estarem em choque: de um lado aparece o próprio Estado, por meio de suas Forças Armadas e auxiliares, que precisam se valer da constrição da liberdade dos militares, via regulamentos disciplinares, para garantir a higidez de suas estruturas; de outro lado, os militares estariam sofrendo um constrangimento ilegal ao terem tolhido o *status libertatis* em flagrante desrespeito ao texto constitucional, com a imposição de medidas privativas de liberdade impostas em decorrência de transgressões disciplinares, sanções estas impostas com base em regulamentos disciplinares implementados por decretos do Poder Executivo.

Passaremos, a seguir, a avaliar os argumentos dos doutrinadores do direito, com o objetivo de alcançar um posicionamento que permita responder se é ou não necessária lei em sentido estrito para aplicar a sanção disciplinar de constrição de liberdade aos militares em virtude do cometimento de transgressão militar.

3.1 Da constitucionalidade dos Regulamentos Disciplinares

Como visto acima, o art. 15 do Regulamento Disciplinar do Exército estabelece que são transgressões disciplinares todas aquelas referenciadas em seu Anexo I. Lembramos novamente que o regulamento disciplinar é decreto expedido pelo Poder Executivo.

Outras instituições militarmente organizadas, como, por exemplo, a Polícia Militar de Santa Catarina, entendem também como transgressão disciplinar todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressões do respectivo Anexo I do correspondente regulamento, que afetem a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviços estabelecidas por autoridades competentes.

Essa última concepção de transgressão disciplinar estaria, de certo modo, vilipendiando o princípio da tipicidade das transgressões. Contudo, o direito administrativo disciplinar não experimenta o mesmo rigor que o direito penal.

Acerca da necessidade de uma prévia tipificação das transgressões disciplinares, Cretella Júnior (2009) registra que a falta disciplinar é atípica, enquanto a infração penal é típica. Menciona o citado autor que a regra do *nullun crimen, nulla pena sine lege* não encontra amparo no âmbito do direito disciplinar.

Nesse sentido também conduzem os ensinamentos de Meirelles (2003), ao afirmar que uma das características do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição sobre a infração funcional e a respectiva sanção, não se aplicando, por isso mesmo, o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal.

Loureiro Neto (2001) ressalta que não só os delitos militares contidos no Código Penal Militar atentam contra o ordenamento jurídico militar, mas também as transgressões militares contidas nos Regulamentos Militares. Conforme o citado autor, isso se deve ao fato de que os militares estão sujeitos a indeterminado número de deveres que servirão de arcabouço à disciplina militar, sendo que tais deveres têm origem na lei, nos regulamentos e nas ordens superiores de caráter geral.

Conforme Loureiro Neto (2001), como o crime pressupõe a violação de uma norma legal em virtude de sua gravidade, a infração disciplinar, menos grave, pressupõe a violação de um regulamento militar.

Nessa esteira, ensina Loureiro Neto (2001, p. 25) que “[...] o crime militar contém no preceito sancionador uma pena determinada pelo legislador, ao passo que infração disciplinar contém uma sanção sujeita a uma faculdade discricionária da autoridade militar [...]”. E, complementando, o autor assim se manifesta:

[...] Justifica-se pois o princípio do *nullum crimen, sine lege*; perfeitamente aplicável ao direito penal como dogma, inexistente quando se trata de aplicação de sanções disciplinares, pois podem existir outras faltas não tipificadas. Assim, exemplificando, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo dispõe em seu artigo 12, parágrafo único, que são transgressões:

“a).....
b) todas as ações ou omissões não especificadas neste Regulamento, nem qualificadas como crime nas leis penais militares, praticadas contra a Bandeira, o Hino, o Escudo, e as Armas Nacionais, símbolos patrióticos e instituições nacionais; contra a honra, o pundonor individual militar; contra o decoro da classe; contra os preceitos de subordinação, regras e ordens de serviço estabelecidas nas leis ou regulamentos, ou prescritas por autoridades competentes.”

Outro exemplo: o Regulamento Disciplinar não previu a situação do militar que é surpreendido em seu posto dormindo. Entretanto, **como o princípio da reserva legal não vige para o Direito Disciplinar, o militar deverá ser punido em outros termos adequados à sua falta. O que não se justifica é deixar de puni-lo por falta de previsão legal.** (LOUREIRO NETO, 2001, p. 25-26, grifo nosso)

Assis (2010), ao analisar o princípio da tipicidade no processo administrativo disciplinar, revela que a tipicidade relaciona-se intimamente com o direito penal, possuindo base constitucional no art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, segundo a qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Trata-se, segundo o citado autor, da famosa reserva legal, que não encontra similitude na Constituição Federal em face da transgressão disciplinar militar.

Salienta Assis (2010) que administrativistas tradicionais rechaçam a existência de um princípio da tipicidade em sede de direito administrativo e, por via de consequência, no direito disciplinar, em razão do que se poderia falar em verdadeira atipicidade administrativa.

Valendo-se dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Assis (2010) leciona que, ao contrário do que se verifica no direito penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, no direito administrativo prevalece a atipicidade. Poucas são as infrações descritas em lei, como ocorre com o abandono do cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto, cabendo à autoridade julgadora enquadrar o ilícito como falta grave, procedimento irregular, ineficiência do serviço, incontinência pública, ou outras infrações previstas inespecificamente na legislação estatutária. Para tal fim, segundo a autora, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público (DI PIETRO *apud* ASSIS, 2010).

Para Farlei Martins de Oliveira, não seria medida adequada a absoluta atipicidade do direito administrativo, tendo em vista os preceitos da Constituição Federal de 1988. Contudo, na opinião do autor, admite-se um abrandamento do tipo administrativo em razão da natureza do vínculo que une a Administração Pública ao servidor público. Nesse sentido, entende o autor que

[...] a tipicidade da transgressão e da sanção militar comporta legítima outorga legislativa explícita ou implícita, de certa parcela de discricionariedade, manifestada por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, conferindo amplos espaços à autoridade julgadora. Nessa medida, os regulamentos funcionariam como atos integradores das “normas em branco”, permitindo à autoridade administrativa uma dinâmica própria. [...] (OLIVEIRA, *apud* ASSIS, 2010, p. 205)

Concluindo seu raciocínio, Farlei Martins de Oliveira assevera que no “[...] âmbito da especial sujeição estatal em que se encontram os militares, admite-se uma tipicidade proibitiva mais ampla e genérica para a infração e sanção disciplinar [...]”. Segundo esse mesmo autor, o erro é tratado de forma mitigada, sem que isso importe em violação do seu núcleo básico. Em razão disso, destaca, é que a relativização do alcance da reserva da lei em matéria disciplinar militar encontra-se justificada (OLIVEIRA *apud* ASSIS, 2010, p. 205).

Assis (2010) menciona que a análise perfunctória dos regulamentos disciplinares militares do Brasil permitirá verificar a vigência dessa **tipicidade mitigada**, ou, em outras

palavras, do abrandamento do princípio do tipo administrativo. Sobre o assunto, o autor assim esclarece:

Essa tipicidade mitigada apresenta-se em uma fórmula peculiar prevista na maioria dos regulamentos disciplinares militares, v. g., “são transgressões (contravenções) disciplinares”, que precede um rol detalhado daquelas condutas elencadas como infrações disciplinares, estando presente no art. 7º do Regulamento da Marinha; no art. 10 do Regulamento da Aeronáutica; no art. 15 do Regulamento do Exército; no parágrafo único do art. 13 do Regulamento Disciplinar da PM de São Paulo; no § 2º do art. 7º do Regulamento da Brigada militar gaúcha; no inc. II do art. 27 do Regulamento da PM de Alagoas; nos arts. 13, 14 e 15 do Regulamento da PM de Minas Gerais, e assim por diante. (ASSIS, 2010, p. 205)

Não obstante, menciona o autor que a chamada tipicidade mitigada se verifica, pelo menos, de três maneiras distintas nos diversos regulamentos militares. A primeira, denominada de **cláusula reserva discricionária da autoridade militar**, comumente encontrada nos regulamentos disciplinares, a exemplo do Regulamento Disciplinar da Marinha, do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, do Regulamento Disciplinar da PMSP, entre outros, estabelece que:

Também serão consideradas contravenções ou transgressões disciplinares todas as omissões do dever militar, ainda que não especificadas expressamente nos artigos específicos, desde que não sejam qualificadas como crime e sejam cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviços estabelecidas nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes. (ASSIS, 2010, p. 206)

Segundo Assis (2010), por esta cláusula de reserva será a autoridade militar competente quem irá decidir, ao seu arbítrio, se determinado fato, cuja hipótese não foi prevista no rol taxativo das transgressões disciplinares do respectivo regulamento, será ou não infração a ser punida, desde que, por evidente, ofenda os princípios militares referidos anteriormente.

A cláusula reserva discricionária se justificaria em decorrência da própria característica das instituições militares e do especialíssimo regime disciplinar que elas mantêm. Além disso, não se pode olvidar que o Estatuto dos Militares também parte de um conceito amplo de transgressão ao prescrever, em seu art. 42, que a violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação específica (ASSIS, 2010).

A segunda maneira em que se encontra a tipicidade mitigada é na presença de elementos normativos no julgamento da infração disciplinar, o que acaba exigindo valoração do julgador, tanto na classificação da intensidade como na própria caracterização da transgressão disciplinar, quando a ação do militar infrator afete a honra, o pundonor militar e o decoro da classe, tudo conforme o art. 22 do Regulamento Disciplinar do Exército, que acaba sendo repetido pela maioria dos regulamentos disciplinares em vigor (ASSIS, 2010).

A terceira maneira reside no seguinte: na maioria dos regulamentos disciplinares, a classificação da transgressão em leve, média ou grave compete à própria autoridade competente para aplicação da punição, o que importa em maior poder discricionário da autoridade militar competente para a apuração e punição daquela transgressão (ASSIS, 2010).

Esse mesmo autor salienta que, de forma diversa, há outros regulamentos disciplinares que acabam por classificar a intensidade da transgressão no próprio texto regulamentar, não permitindo valoração individual da autoridade competente para a apuração, a exemplo do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de São Paulo e do Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais.

Embora diversos doutrinadores entendam não prevalecer o princípio da tipicidade em seara administrativa disciplinar, não podemos olvidar que a quase totalidade desses autores trata da administração pública civil, a qual não conhece a imposição de reprimendas privativas de liberdade para as transgressões disciplinares apuradas, diferentemente do que ocorre no interior dos quartéis, em que os regulamentos disciplinares estabelecem como forma de punição a advertência, a repreensão, a detenção, a prisão e a prisão em separado, e a exclusão a bem da disciplina.

Como se observa, das espécies de reprimendas existentes, duas delas importam no cerceamento da liberdade do transgressor da disciplina. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXI, estabelece que “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**” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Da leitura do texto constitucional e do posicionamento dos doutrinadores do direito administrativo, conclui-se que o princípio da atipicidade da transgressão disciplinar não encontra plena aplicabilidade no direito administrativo disciplinar militar, tendo em vista a Carta Maior determinar que para imposição de prisão deverá a hipótese permissiva do cerceamento da liberdade constar em lei. Assim, não haverá a necessidade de prévia previsão das condutas que importem aplicação de sanções de advertência e repreensão, contudo, em se tratando de detenção e prisão, necessariamente a conduta deverá estar preestabelecida.

Acerca do assunto, Francisco (2009) assim se manifesta:

[...] para a aplicação de sanções de natureza não restritiva de liberdade, vislumbra-se, ainda que não definitivamente, a aplicabilidade do princípio da atipicidade. Entretanto, para a aplicação de qualquer sanção de natureza restritiva de liberdade, haveria a necessidade de prévia tipificação da conduta a ser sancionada, com base nos dizeres constitucionais do art. 5º, inciso LXI.

Assis (2010) não interpreta os ditames do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988 dessa forma. O autor sugere uma análise mais ampla do texto constitucional, lembrando que a Carta Maior, ao estabelecer a reserva legal dos crimes propriamente militares, não o faz unicamente no dispositivo acima aludido, eis que tem espaço em outro ponto do mesmo art. 5º.

Nesse diapasão, destaca o autor que, em relação aos crimes propriamente militares, o texto constitucional acabou por lhes proporcionar suporte em outro tópico do art. 5º, muito mais abrangente, que é o inciso XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

A partir desse dispositivo o estudioso do direito administrativo disciplinar questiona em que ponto do texto constitucional existe princípio similar que dê suporte à pretensão de se admitir apenas transgressões disciplinares estabelecidas em lei, “[...] ou seja, seria em um arremedo do dispositivo anteriormente citado, algo como: *não há transgressão disciplinar sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (ASSIS, 2010, p. 95).

Assis (2010) destaca que em momento algum ele possui a pretensão de afrontar o dispositivo constitucional do art. 5º, inciso LXI, mas tão somente chegar a uma conclusão sobre qual seria a sua melhor interpretação, sempre levando em consideração qual a finalidade das Forças Armadas e Auxiliares, bem como dos instrumentos de garantia da regularidade de suas funções, que são os regulamentos disciplinares.

O constituinte originário, com vistas a fortalecer a hierarquia e a disciplina, vigas mestras das instituições militarmente organizadas, acabou por vedar o *habeas corpus* nas hipóteses contempladas pelo art. 5º, inciso LXI (ASSIS, 2010).

O acima citado autor, com o escopo de defender seu ponto de vista, sugere uma análise do dispositivo constitucional espanhol. Destaca o estudioso que o artigo 25.1 da Constituição da Espanha assim prevê o princípio da legalidade dos delitos e das penas, bem como das infrações e sanções administrativas: “*Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente naquele momento*” (ASSIS, 2010, p. 96).

Não obstante, para José Luiz Rodrigues-Villasante y Prieto, o direito disciplinar espanhol está sujeito à reserva legal, aspecto que não exclui a possibilidade de que as leis contenham remissões a normas regulamentares e não impede a colaboração regulamentar da norma sancionada (RODRIGUES-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, 2000, *apud* ASSIS, 2010).

Assim, entende Assis (2010) que, ao contrário do direito constitucional espanhol, o direito constitucional brasileiro não abarcou o princípio da legalidade estrita da infração

administrativa, ao aceitar apenas regulamentos disciplinares com base em lei formal resultante do devido processo legislativo brasileiro, situado a partir do art. 59 da Constituição Federal de 1988, ainda que se possa buscar identificá-lo no referido art. 5º, inciso LXI.

Nessa senda, ensina Assis (2010) que se teria no Brasil um princípio da legalidade ampla, a aceitar os regulamentos que especificam infrações e penas administrativas também por decretos, a exemplo da Espanha, onde o princípio da legalidade da infração e da pena administrativa está expressamente previsto na Constituição, admitindo-se, ainda assim, a existência e vigência de leis que contenham remissões a normas regulamentares.

Com entendimento contrário nesse ponto específico, Rosa (2009, p. 112) assevera que a liberdade é um bem sagrado e tutelado pela Constituição Federal, a qual, em seu art. 5º, *caput*, assegura que todos são iguais perante a lei, não sendo permitido que normas de caráter geral, que não estejam previamente previstas, acabem por cercear o *jus libertatis* de uma pessoa, no caso, o militar. Segundo o autor, “[...] as normas desta espécie, previstas nos regulamentos disciplinares militares, são inconstitucionais, pois permitem a existência do livre-arbítrio, que pode levar ao abuso e excesso de poder [...]”.

Com efeito, por força do vigente texto constitucional, no Brasil ninguém pode ser punido sem que exista uma lei anterior que defina a conduta como ilícito (civil, criminal ou administrativo), sob pena de violação das garantias constitucionais e da Convenção Americana de Direitos Humanos (ROSA, 2009).

Valendo-se do magistério de Luiz Flávio Gomes, o referido autor registra que “não existe diferença ontológica entre crime e infração administrativa ou entre sanção penal e sanção administrativa” (GOMES, Luiz Flávio, 1995, *apud* ROSA, 2009).

Por tal razão o processo administrativo, civil ou militar, deve respeitar os princípios constitucionais, e todas as garantias do Direito Penal devem valer para as infrações administrativas, e os princípios, como o da legalidade, da tipicidade, da proibição da retroatividade, da analogia, do *non bis in idem*, da proporcionalidade, da culpabilidade, etc, valem integralmente, inclusive no âmbito administrativo. Muito embora o Direito Militar (penal ou disciplinar) seja um ramo especial de Ciência Jurídica, tendo princípios e particularidades próprias, em momento algum ele deixa de se sujeitar às normas constitucionais (ROSA, 2009).

Segundo Rosa (2009), por força da Constituição Federal de 1988, não se permite que uma norma infraconstitucional se sobreponha ao texto fundamental. Os regulamentos disciplinares foram impostos por meio de decretos expedidos pelo Poder Executivo, não podendo sobrepor-se à Constituição Federal em respeito à hierarquia das leis.

Registra o citado autor que as autoridades administrativas militares ainda não aceitam como regra a aplicação do princípio da legalidade na transgressão disciplinar militar, pois entendem que a discricionariedade é necessária para a manutenção do respeito

às instituições militares. Entretanto, na opinião do doutrinador, a observância da hierarquia e da disciplina não pressupõe o descumprimento dos direitos fundamentais assegurados ao cidadão. Nesse ponto, a Constituição Federal em nenhum momento diferenciou o cidadão militar do civil no tocante às garantias fundamentais (ROSA, 2009).

A não observância destes princípios significa o desrespeito às regras do jogo, *rules of the game*, que em um Estado Democrático de Direito, como observa Luiz Flávio Gomes, é previamente estabelecido e se aplica a todos os cidadãos, sejam eles civis ou militares, tanto na esfera judicial como administrativa. (ROSA, 2009, p. 113)

Para Rosa (2009), o processo administrativo disciplinar, após 1988, passou a ter todas as garantias previstas para o processo judicial, em atendimento ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, aspecto que não impede a existência de procedimentos sumários destinados às transgressões disciplinares de natureza leve e média. Nesse contexto, para que a ampla defesa e o contraditório possam ser exercidos plenamente, é preciso que o acusado tenha conhecimento do ilícito que em tese tenha violado e que este já se encontre previsto em norma anterior de forma específica (ROSA, 2009).

3.1.1 Os Regulamentos Disciplinares Face à Constituição de 1988

A grande controvérsia que se instalou em razão da necessidade de estar as transgressões disciplinares previstas em lei para o caso de sanções que importem em restrição da liberdade é o fato de a maioria esmagadora das instituições militarmente organizadas terem seus regulamentos instituídos por decretos do Poder Executivo. Seria então constitucional aplicar uma sanção disciplinar privativa de liberdade com fundamento em regras e condutas previstas em decreto, quando a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXI, expressamente menciona que a prisão por transgressão militar somente será admissível quando estiver definida em lei? Tal questionamento simplesmente coloca em xeque os regulamentos disciplinares, sendo, por isso, questionável a sua validade.

Francisco (2009), ao abordar a questão, assevera que a corrente minoritária entende que os regulamentos disciplinares instituídos por decretos do Poder Executivo não foram recepcionados pela Constituição vigente, tendo em vista a expressão **lei** ter sido empregada no sentido *stricto sensu*, ao passo que o assunto tutelado naquele inciso pelo Texto Maior refere-se a direito indisponível, qual seja, o direito de locomoção. Por tal razão, não se poderia confundir decreto com lei.

Não obstante, ainda segundo o referido autor, outra corrente, majoritária, posiciona-se no sentido de que os decretos já em vigor antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, e que na época tinham força de lei, foram recepcionados pela nova ordem constitucional como se Leis Ordinárias fossem.

A questão passaria a ser resolvida pelo sistema de recepção de normas, admitindo-se que a ordem normativa anterior perde seu antigo fundamento de validade, ganhando um novo suporte e, ao ser recebida, ganha a natureza que a Constituição nova atribuiu a atos regentes de certas matérias. Em razão disso é que leis anteriores tidas por ordinárias podem passar a complementares; decretos-leis podem passar a ter natureza de leis ordinárias; decretos podem obter características de leis ordinárias (TEMER, 1993, *apud* FRANCISCO, 2009).

Esse, inclusive, é o entendimento de Freyesleben, ao posicionar-se que os regulamentos disciplinares foram recepcionados pela nova ordem constitucional e sofreram o efeito da novação, tornando-se leis ordinárias para todos os efeitos (FREYESLEBEN, 1997, *apud* FRANCISCO, 2009).

Rosa (2009) possui entendimento similar, destacando que os regulamentos disciplinares aprovados por meio de decretos, em atendimento ao princípio da recepção, foram recebidos pela nova ordem constitucional, tal qual ocorreu com o Código Penal, Código de Processo Penal, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar e outros diplomas legais. Entretanto, salienta o autor que o fato de terem sido os referidos diplomas legais recepcionados não significa que possam ser modificados ao arpejo dos procedimentos definidos na Constituição Federal de 1988.

Para o autor, em decorrência dos comandos oriundos do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, os regulamentos disciplinares somente podem ser modificados por meio de lei, no seu aspecto técnico, ou seja, por intermédio de norma elaborada pelo Poder Legislativo. Segundo o magistério do mencionado doutrinador, “[...] Negar esta interpretação seria o mesmo que negar a existência do Estado Democrático de Direito, ou retirar do cidadão o direito de voto, ou o direito de ir, vir e permanecer [...]” (ROSA, 2009, p. 127).

Esse entendimento, de acordo com Rosa (2009), fica muito bem evidenciado ao se analisar as modificações que ocorreram na lei penal. O Código Penal foi posto em vigência mediante um Decreto-Lei, o qual não é lei no sentido técnico da palavra, mas que foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. No entanto, qualquer modificação dependerá de lei federal aprovada pelo Congresso Nacional, e não por decreto, medida provisória, lei delegada ou qualquer outro instrumento previsto na Carta Magna.

Com esse raciocínio, Rosa (2009) afirma que o Regulamento Disciplinar do Estado do Rio de Janeiro é inconstitucional e, em razão disso, deve ser afastado por meio de decisão do Poder Judiciário, mediante provocação de pessoa interessada. O mesmo procedimento deveria ser aplicado ao Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, após 5 de outubro de 1988, bem como todos os Regulamentos Disciplinares das Polícias Militares dos Estados que sofreram modificações por meio de decretos

expedidos pelos respectivos poderes executivos após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Nessa senda, Márcio Luis Chila Freyesleben assim se posicionou ao comentar as modificações ocorridas no regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais:

À guisa de especulações, o Decreto nº 88.545/83, RDM, sofreu alterações de alguns de seus dispositivos, provocadas pelo Decreto nº 1.011, de 22 de dezembro de 1993. Com efeito, após a CF/88, o RDM passou a ter força e natureza de lei ordinária, não sendo admissível que uma lei venha a ser modificada por um decreto. É inconstitucional. (FREYESLEBEN, 1997, apud ROSA, 2009, p. 128)

Assis (2010) menciona que o ajuizamento, no final de 2004, de ação declaratória de inconstitucionalidade contra o Regulamento Disciplinar do Exército, proposta pelo Procurador-Geral da República, e o não conhecimento da indigitada ação por parte do Supremo Tribunal Federal, sugerem a necessidade de uma profunda reflexão sobre o tema, especialmente em virtude de uma série de decisões em sentidos opostos que ocorreram na Justiça Federal.

Conforme o autor, os regulamentos disciplinares têm, de forma indireta, uma previsão constitucional alicerçada no art. 5º, inciso LXI, pois ao referir-se à transgressão militar o dispositivo constitucional está admitindo a existência de um Regulamento Disciplinar, já que são exatamente os regulamentos que contêm o rol das transgressões disciplinares militares (ASSIS, 2010).

Antônio Pereira Duarte registra que os regulamentos disciplinares ordenam e classificam as transgressões disciplinares, estabelecendo ainda as penas disciplinares e os recursos cabíveis contra as punições impostas (DUARTE, 1995, *apud* ASSIS, 2010).

Segundo Assis (2010), cada Força singular possui seu regulamento, no qual restam delineadas as sanções disciplinares e modos de aplicação. Ao seu turno, o estatuto dos militares impõe como limite às sanções disciplinares de impedimento, detenção ou prisão o prazo máximo de trinta dias.

3.2 Da inconstitucionalidade dos Regulamentos Disciplinares

Ao analisar a questão relacionada aos Regulamentos Disciplinares, João Rodrigues Arruda salienta que uma das dificuldades enfrentadas pelos altos escalões militares reside no fato de os subordinados frequentemente acionarem o Poder Judiciário para socorrerem-se de decisões internas que julgam ilegais (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009).

Segundo o referido autor, a primeira providência adotada pelo Exército para reduzir os revezes que se multiplicavam nas varas federais foi a expressa introdução, em 2000, por intermédio das Instruções Gerais para Elaboração de Sindicâncias, do contraditório e ampla defesa (Portaria n. 202, de 26 de abril de 2000). O direito de defesa, por se tratar de princípio de direito natural e essência do Estado de Direito, não poderia continuar fora do alcance dos militares.

Já em 2002 foi instituído, por meio do Decreto n. 4.346, de 26 de agosto de 2002, o Regulamento Disciplinar do Exército. Segundo João Rodrigues Arruda, tratou-se de uma “[...] iniciativa no mínimo temerária, pois ainda que recomende, o respeito aos direitos dos militares passou a ter a constitucionalidade discutida”. No entender do autor, apesar das boas intenções, já nasceu ilegal (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 168).

O novo Regulamento Disciplinar do Exército foi instituído por intermédio de um decreto do Poder Executivo, isso num momento em que cada vez mais os militares punidos em decorrência de transgressões disciplinares procuravam o Judiciário, encorajados pelo teor da Constituição de 1988. Sustenta o citado autor que embora tenha sido instituído para garantir a legalidade na aplicação das sanções disciplinares, em verdade acaba padecendo por vício de competência, tendo em vista o regime disciplinar ser parte integrante do regime jurídico dos servidores públicos, categoria da qual os militares fazem parte, competindo, por força constitucional, segundo o art. 61, § 1º, inciso II, letra ‘f’, da Constituição Federal de 1988, ao Congresso Nacional legislar sobre questões desse jaez, mediante a iniciativa do Presidente da República.

Arruda (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009) registra que alguns autores argumentam que os regulamentos disciplinares instituídos por decretos na vigência das constituições anteriores foram recepcionados pelo novo ordenamento constitucional. Tal interpretação seria um equívoco, pois confunde decreto com decreto-lei. O autor menciona que sempre foi competência do Congresso Nacional legislar sobre o regime jurídico dos servidores públicos, inclusive os militares, e o que era ilegal antes continuou ilegal após 1988. Historicamente, no entanto, esse problema foi esquecido por juristas e legisladores (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 169).

Nesse particular o autor lembra que, segundo os preceitos do art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘f’, da Constituição Federal de 1988, são de iniciativa do Presidente da República as leis que disponham sobre os militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009).

Outros autores, igualmente sem razão na opinião de Arruda (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009), sustentam que o Estatuto dos Militares delegou ao

Executivo a atribuição de instituir por decreto os regulamentos disciplinares, apesar de não haver qualquer referência a uma delegação legislativa, tudo conforme seria possível observar do teor do art. 47 da Lei n. 6.880/1980:

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. (BRASIL, 1980)

A título de conhecimento, o Estatuto da Polícia Militar de Santa Catarina estabelece, praticamente, a mesma redação que o Estatuto dos Militares:

Art. 47. O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar especificará e classificará as transgressões disciplinares e estabelecerá as normas relativas a aplicação das penas disciplinares, a classificação do comportamento policial-militar e a interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Arruda lembra que o acima transcrito artigo de lei menciona que os regulamentos disciplinares especificarão, mas não elege o decreto do Executivo como instrumento para tal fim. Assim, caso o entendimento fosse o de que o decreto era o instrumento legal adequado, não caberia ao Legislativo delegar ao Executivo a atribuição para expedir decretos, tendo em vista já ser essa uma atribuição do Executivo (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009).

Ainda nessa mesma senda, lembra o autor que “A delegação legislativa só faz sentido se o mecanismo considerado hábil para tratar do tema for a lei, e nesse caso a forma de delegar é outra, conforme prevê a Constituição” (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 170).

Segundo o autor, o instituto da delegação legislativa é tratado de modo bastante claro no art. 68, § 2º, da Magna Carta, consistindo numa solicitação de delegação do Presidente da República ao Congresso Nacional, que, por meio de resolução, especifica o conteúdo e os termos em que deve ser exercida.

Conforme o magistério de Arruda, o regime disciplinar dos militares faz parte do regime jurídico da categoria, somente tendo validade se for instituído por meio de lei. Lembra o autor que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União, em especial sobre a organização administrativa, inclusive o regime jurídico dos militares. Acerca do assunto o estudioso do direito disciplinar militar assim se manifesta:

Quando a Constituição diz que compete privativamente ao Presidente da República dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, mediante decreto, indica o caminho a seguir ao atribuir privativamente ao chefe do Poder Executivo a iniciativa das leis a serem votadas pelo Congresso Nacional, leis que serão regulamentadas, mediante

decreto, pelo Executivo. Um salutar exemplo do sistema de freios e contrapesos. (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 171)

Portanto, segundo Arruda, apenas o Presidente da República tem competência para apresentar projeto de lei dispendo sobre o regime disciplinar dos militares.

Arruda (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009) pontua ainda que alguns estudiosos do direito entendem que poderíamos estar diante da discutida figura do regulamento autônomo, aceito nos casos em que a ausência de lei a respeito de um assunto pontual impede o bom funcionamento da Administração. A omissão do Poder Legislativo em legislar a respeito do tema de interesse direto da Administração justificaria a utilização do regulamento autônomo por parte do Poder Executivo.

Essa teoria, conforme Arruda, deve ser afastada, pois no caso do regime disciplinar dos militares não há omissão do Poder Legislativo, já que tal assunto é matéria reservada privativamente ao Presidente da República. O Congresso Nacional, complementa o autor, resta impedido de votar um regulamento disciplinar para as Forças Armadas devido à inércia do Executivo, não podendo este utilizar uma delegação que não recebeu. “A questão se resume no princípio da legalidade inscrito na Constituição e segundo o qual ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’” (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 171).

A hipótese analisada é o que Arruda acabou por denominar de exemplo didático de abuso do poder de regulamentar por parte do Executivo. O autor destaca que a competência do Poder Executivo está restrita à regulamentação. O decreto que institui o regulamento disciplinar, na concepção do citado estudioso, descreve comportamentos que considera ilícitos e cria sanções a serem aplicadas, inclusive privativas de liberdade. Assim sendo, o decreto não regulamentou, e sim regulou. O autor assim complementa: [...] “Criou regra jurídica, invadiu a competência do legislativo, exorbitou da competência à qual estava restrito, fulminou o princípio da harmonia entre os Três Poderes consagrado na Carta Magna” (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 172).

O autor é peremptório ao afirmar que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, não se tratando de caso de flagrante delito, a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente é dispensável somente quando se tratar de transgressão militar, ou crime propriamente militar, definidos em lei. “Sabendo-se que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, a ressalva quanto às transgressões militares e os crimes propriamente militares, por ser limitadora daquele mesmo direito fundamental, tem sua eficácia condicionada à definição legislativa” (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 174).

O problema, segundo Arruda, é que o legislador ordinário ainda não definiu, como determina a Constituição Federal, quais são as transgressões militares. O autor assim discorre sobre o assunto:

Somente se, ou quando, o Congresso Nacional se manifestar explicitamente, definindo as transgressões militares, em projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, podemos dizer que esse ou aquele comportamento se constitui em ilícito disciplinar passível de punição. (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 174)

Na sequência, o autor menciona que “outra não pode ser a conclusão se atentarmos para o princípio da reserva legal, para o qual se pode acrescentar nova leitura: ‘Não há crime (nem transgressão disciplinar) sem lei anterior que o defina’ (BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues, 2009, p. 174).

4 CONCLUSÃO

Com base nas afirmações acima lançadas, verifica-se que as instituições militarmente organizadas assentam-se sobre a hierarquia e disciplina, verdadeiros fundamentos que garantem o correto funcionamento dos órgãos encarregados de manter a segurança interna e externa da nação.

Dadas as suas particularidades, justifica-se a adoção de regulamentos disciplinares mais rígidos quando comparados a outros órgãos da administração pública, sendo razoável, inclusive, a adoção de medidas privativas de liberdade como espécies de reprimenda de cunho administrativo disciplinar, tudo para que as instituições permaneçam hígdas e os serviços sejam executados dentro do padrão esperado e estabelecido.

Não obstante, por viver-se no Brasil um Estado Democrático de Direito, todas as ações devem estar perfeitamente alinhadas com os preceitos constitucionais vigentes e demais normas legais, de sorte a afastar-se o perigo do arbítrio. Nessa senda, até mesmo os militares, que atribuem especial valor à hierarquia e à disciplina, não podem admitir condutas que venham a infringir a ordem constitucional.

Com efeito, a Carta Política de 1988, em seu art. 5º, inciso LXI, estabelece que a privação da liberdade de uma pessoa somente será permitida em caso de flagrante delito e de ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, salvo nos casos de transgressão disciplinar e crime propriamente militar definidos em lei.

Tal disposição leva ao entendimento de que as sanções que importem em privação da liberdade do militar devem ter as suas hipóteses de incidência previstas em lei, sob pena de estarem eivadas de vício. Significa, em outras palavras, que as transgressões disciplinares devem estar tipificadas em lei.

Muito embora alguns doutrinadores apontem fortes e bem elaborados argumentos no sentido de que são inválidos os regulamentos disciplinares implementados por decretos do Poder Executivo, a corrente majoritária tem se manifestado, igualmente com bons argumentos, no sentido de que ditos regulamentos vigentes anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988 foram por esta recepcionados, eis que teria se operado o efeito da novação, sendo, portanto, válidos como se leis ordinárias fossem, salvo em alguns de seus aspectos pontuais que colidem com o texto da Carta Magna.

Quanto à necessidade de expressa tipificação das transgressões disciplinares nas leis que instituem os regulamentos disciplinares, verifica-se no presente estudo que diversos doutrinadores entendem não prevalecer o princípio da tipicidade em seara administrativa disciplinar. Entretanto, há que se pontuar que a quase totalidade desses autores trata da administração pública civil, a qual não experimenta a aplicação de reprimendas privativas de liberdade para as transgressões disciplinares apuradas, diferentemente do que ocorre no interior dos quartéis, em que os regulamentos disciplinares estabelecem como forma de punição, entre outras, a detenção, a prisão e a prisão em separado, reprimendas estas que acabam cerceando a liberdade do militar.

Da detida análise e interpretação do texto constitucional, concatenado ao estudo das doutrinas existentes na área, e levando ainda em consideração o fim último das Forças Armadas e Forças Auxiliares, bem como a sua forma especial de organização, conclui-se que o princípio da atipicidade da transgressão disciplinar não encontra plena aplicabilidade no direito administrativo disciplinar militar, tendo em vista a Carta Maior determinar que para imposição de constrição de liberdade deverá a hipótese permissiva do cerceamento da liberdade constar em lei.

Assim, não haverá a necessidade de prévia previsão das condutas que importem aplicação de sanções de advertência e repreensão, contudo, em se tratando de detenção e prisão, necessariamente a conduta deverá estar preestabelecida no respectivo regulamento disciplinar.

Por derradeiro, cumpre registrar que se vislumbra um estado de tensão relativamente à aplicabilidade ou não de regulamentos disciplinares instituídos por decretos do Poder Executivo. Admitir que a principal ferramenta de controle da disciplina das forças militarmente organizadas é inválida, induziria à perda do absoluto controle sobre os membros que a compõem, aspecto que poderia ser catastrófico para a nação e para a democracia.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia Para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia Para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 4346, de 26 de agosto de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia Para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2011.

BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues. **Direito Constitucional Militar e Direito Disciplinar Militar**. Rio de Janeiro: Trompowski, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCISCO, Everson Luís. **Prisão em Flagrante nas transgressões disciplinares militares**. 2009. 57 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Itajaí-SC.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo administrativo disciplinar militar: forças estaduais e forças armadas – Aspectos legais e constitucionais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

THE NEED TO PREVIEW IN LAW MILITARY VIOLATIONS INVOLVING FREEDOM RESTRICTION

ABSTRACT

This paper approaches the need for prediction in law of freedom restriction disciplinary sanctions to make it applicable as administrative military disciplinary penalties. The military institutions, organized with basis on hierarchy and discipline, have, in its large majority, its disciplinary regulations imposed by the decrees of executive power. The 1988' Federal Constitution establishes at its article 5, LXI, that the prison for disciplinary transgression will be allowed for the hypotheses provided by law. The doubt remains installed because this constitutional structure, in view of the understanding that it could not be imposed on freedom restriction supported by a decree. However, according to most authors, the new constitutional order has approved the disciplinary regulations imposed by decrees as if were ordinary laws, making it valid and applicable, except specific rules that conflict with the

constitution. Of course, part of the doctrine opposes to this argument, claiming that the new constitutional order did not accept those regulations, which must be established through specific legislative process. To respond to questions, it was used bibliographic research in books of doctrine, scientific articles and legal doctrine sites. Regarding the universe of methods that provide the logic bases of scientific research, it was used inductive method.

Keywords: Discipline. Military. Typicality.