

SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR: A DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA PENA DE PRISÃO EM SEPARADO AOS POLICIAIS MILITARES DO RIO GRANDE DO NORTE

ADMINISTRATIVE DISCIPLINARY PENALTY: THE DISCRETIONARY IN THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND REASONABLENESS IN IMPRISONMENT SEPARATELY AMONG THE MILITARY POLICEMEN OF THE STATE OF RIO GRANDE DO NORTE, NORTHEAST BRAZIL

Charleson Alves dos Santos¹
David de Medeiros Leite²

RESUMO

O trabalho é fruto de uma revisão sistemática da literatura que teve como objetivo analisar, a partir dos conceitos de discricionariedade, se a punição disciplinar de prisão em separado encontra-se dentro dos limites dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, adequados às normas constitucionais. A Constituição Federal do Brasil prevê os casos em que pode haver o cerceamento de liberdade dos cidadãos, estabelecendo como um dos motivadores desta privação o cometimento de transgressões militares. A sanção disciplinar é uma das formas de manutenção da hierarquia e disciplina na caserna. Alguns regulamentos militares tanto das Forças Armadas, quanto das polícias militares estaduais, apresentam em seu texto a figura da prisão em separado. Outros, como o Regulamento Disciplinar do Exército, aboliram essa punição. Nesse tipo de sanção administrativa disciplinar o militar cumpre a pena confinado, isolado e fazendo suas refeições no local da prisão. Nesse caso, deve-se observar se realmente a aplicação dessa sanção é feita de forma razoável e proporcional, para que não vá de encontro aos ditames da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Disciplina. Discricionariedade. Hierarquia. Prisão. Proporcionalidade. Razoabilidade.

ABSTRACT

A systematic review of literature was conducted in order to examine, upon the conceptual framework of discretionary, whether the disciplinary punishment of imprisonment separately is into the scope of the principles of proportionality and reasonableness, according to constitutional norms. For cases of military transgression or own military crimes defined by law, there is no need of flagrant delict or written and justified order of the competent judicial authority to effect the arrest. The disciplinary sanction is one way of maintaining the hierarchy and discipline in the barracks. Some military regulations of both the Armed Forces, as well as the State Military Police present the concept of prison separately. Others like the Disciplinary Regulations of the Army abolished this kind of punishment. For this type of sanction military serves time the punishment confined, isolated and having meals in the place

¹Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte - UERN. Pós-Graduado em Perícia Criminal pela Faculdade Câmara Cascudo. Bacharel em Segurança Pública pela Academia da Polícia Militar do Rio Grande do Norte.

²Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Salamanca, Espanha (2011). Professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

of prison. Although rigorous, the prison separately is useful for safeguarding the military hierarchy, discipline and decorum of military institutions, functioning as a regulatory instrument, preventing the continued conduct of the offender to evolve into a crime. However, one must be observed whether actually implementation of this measure is taken in a reasonable and proportionate manner, not to go against the precepts of the Constitution of 1988.

Keywords: Discipline. Discretionary. Hierarchy. Prison. Proportionality. Reasonableness.

1 INTRODUÇÃO

A polícia militar é o aparelho de segurança estatal, que funciona como órgão de repressão à criminalidade, buscando garantir a segurança dos cidadãos através das suas diversas formas de policiamento. Durante o período da Ditadura Militar as Polícias Militares foram utilizadas para servir a um regime considerado extremamente abusivo, em total desacordo com a atual democracia vivida nos dias de hoje.

Diversos são os relatos de torturas, mortes, abusos e prisões ilegais patrocinadas pelo aparelho repressor do Estado. Destarte, essas instituições são estigmatizadas até hoje pelas lembranças daquele tumultuado período da história brasileira. Com o advento da Constituição de 1988 as polícias militares tiveram sua previsão legal pautada na carta magna, porém nunca conseguiram se livrar da herança “maldita” deixada pelo antigo regime.

A Polícia Militar do Rio Grande do Norte é uma instituição centenária criada no dia 27 de junho de 1834, sendo que sua organização somente se deu dois anos depois, no dia 04 de novembro de 1836, dia em que se comemora o aniversário da PM-RN. A corporação surgiu na Administração do Presidente Basílio Quaresma Torreão, com aproximadamente 40 homens, sendo seu primeiro nome Corpo de Polícia da Província.

Ao longo do tempo destacou-se por sua atuação em diversos episódios de importância em nível nacional, e alguns chegaram a ultrapassar as fronteiras do nosso país, a exemplo da Guerra do Paraguai, Guerra de Canudos, Combate à Coluna Prestes no Estado do Maranhão e a Revolução Constitucionalista no Estado de São Paulo. Participou ativamente na defesa do Estado contra a Intentona Comunista, além de se destacar, também, na luta contra os bandos de cangaceiros que atuavam no interior do Estado. Dessa época o episódio mais relevante foi no ano de 1927, quando atuou em conjunto com a população de Mossoró/RN, no episódio que culminou na expulsão do bando do cangaceiro Lampião daquela cidade.

Assim, pode-se pautar a Polícia Militar do RN como uma instituição ordeira, baseada nos pilares da hierarquia e disciplina, que são as colunas mestras de qualquer instituição militar, onde se cobra uma rigorosa subordinação entre os graus hierárquicos e uma

obediência linear às regras castrenses, e para que seus integrantes não fujam a essas regras, são eles disciplinados por Códigos e Regulamentos, com diversos tipos de sanções que vão desde as advertências até sanções extremas, como a prisão em separado, objeto desse estudo.

A prisão em separado é uma sanção administrativa disciplinar, aplicada a militares. Consiste, em casos especiais, numa forma de agravação da punição de prisão, devendo o militar punido permanecer confinado e isolado, não participando de ato de instrução e serviço, e tendo sua refeição trazida para o local de confinamento. Esse tipo de punição induz a um prejuízo enorme na reclassificação do comportamento do militar, onde decai automaticamente para o comportamento MAU, qualquer que tenha sido o seu comportamento anterior, prejudicando assim toda a sua vida na caserna.

O tema torna-se relevante, considerando que dentre o rol das sanções aplicáveis à Polícia Militar do RN, a prisão em separado tem suscitado diversos questionamentos em face das transformações sofridas pós Constituição de 1988. Observa-se que, no Brasil, a sua aplicabilidade tem sido abandonada em decorrência de flagrantes afrontas aos Princípios Constitucionais.

O instituto da Prisão em Separado é responsável por polêmicas e discussões dentro da caserna. Os detentores do Poder Disciplinar, a quem cabe julgar e aplicar as sanções disciplinares, têm agido com cautela, sobretudo quando infringem penas constrictivas aos seus subordinados. Tal fato se dá em face da necessária adequação dos códigos disciplinares aos princípios constitucionais.

Em estrita atenção aos mandamentos constitucionais, as Polícias Militares têm adaptado seus regulamentos disciplinares às novas concepções esposadas, buscando a confecção de um processo administrativo disciplinar que, fundado em normas próprias, observe os Direitos e garantias constitucionais do acusado e, ao mesmo tempo, tutele adequadamente os valores militares.

Nesse sentido o presente trabalho teve por objetivo analisar o instituto da sanção administrativa, tendo por base a discricionariedade na aplicação da pena de prisão em separado, compreendendo a natureza jurídica da sanção disciplinar, em especial a prisão em separado, sob a óptica dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade.

2 SANÇÕES DISCIPLINARES – CONTEXTUALIZAÇÃO

O policial militar desempenha uma função de grande importância frente ao Estado e à sociedade, principalmente, quando está fardado, pois ele deve estar sempre pronto para

tomar decisões, cumprir ordens, salvar vidas e proteger o patrimônio do Estado que estiver sob a sua guarda. Para melhor desempenhar suas funções ele deve possuir atributos éticos, físicos, intelectuais, técnico-profissionais e, principalmente, de cunho moral, buscando sempre atuar conforme o princípio da legalidade, conforme ressalta VASCONCELOS (2010, p. 33):

A carreira militar é pautada por uma série de exigências legais. Especialmente no que concerne aos deveres e obrigações. Ao se aceitar voluntariamente ingressar mediante concurso público em um dos Quadros da Corporação, automaticamente passa a se submeter aos regramentos estatutários próprios, além de outras normas infraconstitucionais de cunho administrativo disciplinar.

Assim, quando presta seu compromisso de honra, previsto no Estatuto da corporação, o militar compromete-se em aceitar os valores profissionais, os deveres éticos, a honra militar, o sentimento do dever, o pundonor, o decoro da classe, sempre com disposição para fazer o seu melhor.

Os regulamentos disciplinares existem para garantir esses requisitos, atendendo aos princípios constitucionais vigentes, assegurando a efetividade da hierarquia e disciplina e impondo sanções em caso de descumprimento de normas militares.

Dessa forma, os códigos e regulamentos militares preveem a existência de sanções disciplinares para garantir os pilares das instituições castrenses, ou seja, a hierarquia e a disciplina. A preservação deles se dá através das sanções disciplinares. Desse modo, é importante observar o conteúdo do artigo 1º, do decreto nº 8.336, de 12 de fevereiro de 1982, Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte – RDPM/RN (RIO GRANDE DO NORTE, 1982, p. 02):

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte tem por finalidade especificar e classificar as transgressões disciplinares, estabelecer normas relativas à amplitude e à aplicação das punições disciplinares, à classificação do comportamento policial-militar das praças e à interposição de recursos contra a aplicação das punições.

A noção de ilicitude, para os militares, nasce a partir do descumprimento das normas da caserna. O RDPM/RN estabelece, em seu artigo 23, uma gradação de sanções disciplinares, sujeitando o policial desde uma advertência à exclusão das fileiras da corporação (RIO GRANDE DO NORTE, 1982, p. 09).

As punições disciplinares a que estão sujeitos os policiais militares, segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, são as seguintes, em ordem de gravidade crescente:

I- Advertência.

II- Repreensão.

III- Detenção.

IV- Prisão e prisão em separado.

V- Licenciamento e exclusão a bem da disciplina.

Essas sanções servem como instrumento hábil de manutenção de regras de comportamento. É evidente que sem um mecanismo repressivo disciplinar efetivo, a manutenção da hierarquia e disciplina na caserna seria uma missão, demasiadamente, difícil de cumprir.

2.1 REGULAMENTOS DISCIPLINARES

Em relação aos Regulamentos Disciplinares, pode-se dizer que eles foram criados para estabelecer o direcionamento e controle da conduta dos militares. No seu arcabouço há disposições sobre a conceituação e as especificações dos diversos tipos de transgressão disciplinar, assim como, eles mostram, também, a competência para apurar a infração disciplinar, a forma de apuração das punições e os recursos cabíveis a essas condutas.

As Forças Armadas têm seu regulamento disciplinar próprio, de acordo com as peculiaridades de cada força. Todos são efetivados por meio de decretos, Em linhas gerais, esses regulamentos disciplinares são muito semelhantes.

As Polícias e Bombeiros Militares também têm seus regulamentos disciplinares, inerentes às peculiaridades de cada Estado da Federação. As sanções disciplinares previstas nesses regulamentos servem como instrumentos, imprescindíveis, para a manutenção da Hierarquia e Disciplina dentro e fora dos muros da caserna. O poder discricionário dos comandantes na aplicação do Regulamento Disciplinar é o que assegura o controle e a organização da tropa. Sem ele, manter a Hierarquia e Disciplina nos quartéis seria uma tarefa, praticamente impossível.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram diversas garantias aplicadas aos civis e aos militares, tais como, os princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Referindo-se aos crimes militares e às transgressões disciplinares em seu art. 5.º, inciso LXI, a CF/88 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, s/n).

Assim, a Carta Magna de 1988 deu nova roupagem ao Direito militar, pois extinguiu os castigos corporais e abrandou as medidas restritivas de liberdade aplicadas a militares. Percebe-se que, apesar de não apresentar modificações em termos legislativos, a nova Constituição trouxe ao ordenamento jurídico militar novos conceitos que, até o momento, não existiam. Nesse sentido, vê-se a possibilidade de utilização dos preceitos da ampla defesa e do contraditório nos processos disciplinares, até mesmo a aplicação de normas constitucionais aplicadas aos militares transgressores em época de paz.

Dessa forma, anteriormente à norma constitucional, algumas polícias militares eram regidas pelo Regulamento Disciplinar do Exército - RDE, sendo que, paulatinamente, as corporações milicianas dos Estados, calcadas na necessidade de um mecanismo repressivo disciplinar diferente do código disciplinar aplicado ao Exército Brasileiro, foram substituindo o RDE por regulamento disciplinar próprio.

É cediço que após o advento da Constituição de 1988, a missão das forças armadas e das policiais militares ficou mais bem definida. Enquanto uma é responsável pela ordem e defesa territorial frente aos estados estrangeiros, a outra é responsável pela preservação da ordem interna. Com isso, a necessidade de se ter códigos disciplinares distintos era mais que evidente.

Nesse prisma a diferenciação normativa surgiu como um contraponto na estruturação das unidades/forças policiais. Importante ressaltar que a normalização militar disciplinar possui por objeto a manutenção e preservação de aspectos essenciais nas forças militares, ou seja, hierarquia e disciplina.

2.2 HIERARQUIA E DISCIPLINA

A hierarquia e a disciplina são os princípios fundamentais que regem as instituições militares. Esses pilares sustentam a vida castrense, devido as suas características e atributos peculiares para as funções exercidas por aqueles que escolheram seguir a vida na caserna.

Hierarquia pode ser entendida como o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior. As Forças Armadas, de acordo com Silva (1998, p.738) têm sua organização baseada na hierarquia sob a autoridade suprema do Presidente da República, dessa forma além da relação hierárquica interna, entre cada uma das armas, elas estão subordinadas em conjunto ao Chefe do Executivo Federal, que delas é comandante supremo.

Em relação à disciplina, Silva (1998, p. 738) atenta que ela é o poder que os superiores hierárquicos têm de impor condutas e dar ordens aos seus subordinados, ou

melhor, significa o dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores. Dizer que as Forças Armadas são organizadas com base na disciplina é o mesmo que declarar que elas são essencialmente obedientes, dentro dos limites da lei, a seus superiores hierárquicos.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988, s/nº) define que as Forças Armadas formadas pela Marinha, Exército e Aeronáutica são instituições nacionais permanentes e regulares. Sua organização é baseada na hierarquia e disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República. Elas se destinam à defesa da Pátria, garantindo os poderes constitucionais, a lei e a ordem.

As Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros são instituições públicas também regidas por esses princípios basilares. Em seu art. 42, a Carta Magna dispõe que “Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (BRASIL, 1988, s/n).

Esses alicerces constam expressamente do texto constitucional e encontram definição legal no art. 14 do Estatuto dos Militares, (BRASIL, 1980, s/n):

A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Os regulamentos disciplinares também dão sua parcela de contribuição para a manutenção dos pilares basilares da vida castrense. A hierarquia, dentro da estrutura das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, é a ordenação da autoridade em diferentes níveis, organizada por postos e graduações, obedecendo ao disposto no Estatuto dos Policiais Militares. A disciplina policial militar, de acordo com o RDPM (RIO GRANDE DO NORTE, 1982, s/n), rege-se pela rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamento, normas e disposições, traduzindo-se no perfeito cumprimento do dever por parte de todos os membros da corporação.

Aos militares são exigidas condutas exemplares em todas as circunstâncias da vida, ante a particularidade do seu mister. É certo que esse comportamento exemplar nem sempre é conseguido com a simples orientação do comando. Por essa razão, foram criadas sanções disciplinares militares como um instrumento para a manutenção da conduta almejada nos quartéis.

3 DISCRICIONARIEDADE: aspectos conceituais e contextualização

A Administração pública busca sempre preservar os interesses da coletividade. Para tanto se utiliza de instrumentos previstos no ordenamento jurídico, conhecidos como poderes da Administração, eles são um poder-dever do Estado, somente através deles o ente administrativo consegue preservar o interesse da sociedade como um todo. Porém deve-se lembrar que a Administração só pode utilizar esses poderes de forma legal, ou seja, dentro da legalidade, não podendo causar excessos e ultrapassar limites. Se isso vier a ocorrer estará configurado o chamado abuso de autoridade ou desvio de finalidades, que são tipos de ilegalidades previstos no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido Marinela (2007, p. 151) nos ensina que:

Dentre as prerrogativas estabelecidas para a Administração Pública, encontram-se os poderes administrativos, elementos indispensáveis para a persecução do interesse público. Surgem como instrumentos ou mecanismos por meio dos quais o Poder Público deve perseguir esse interesse. São servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Portanto, é possível conceituá-los como o conjunto de prerrogativas ou de competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de permitir a aplicação do interesse público e a realização do bem comum.

Dessa lição podemos retirar o conceito de Poderes Administrativos como sendo as prerrogativas conferidas à Administração Pública com o intuito de aplicar a supremacia do interesse público buscando a satisfação do bem comum. Para Mello (2013, p. 70), essa supremacia é pressuposto de uma ordem social estável, em que todo e qualquer cidadão possa sentir-se garantido e resguardado.

Sempre é bom lembrar que existem limites a esses poderes para que não haja abuso de poder e desvio de finalidade. Dessa forma, a Administração só pode utilizar os poderes que estejam previsto em lei, respeitando, assim, o Princípio da legalidade. Caso haja um desrespeito a esse princípio a Administração, de acordo com a Súmula 473 do STF, pode anular seus atos, ficando sujeita a um controle, que pode ser tanto administrativo, quando

houver a autotutela, ou judicial que poderá se materializar mediante anulação dos atos da administração, pelo Poder Judiciário, através do chamado controle de legalidade.

Nesse sentido, a partir do momento que o militar ingressa na corporação, ele está sujeito às normas militares e a seus regulamentos. Como foi enfatizado, a sua formação deverá estar pautada no bem servir à sociedade. Por sua vez, o militar aprende que a Administração Pública só pode agir dentro da legalidade, utilizando seus Poderes Administrativos, embora dentro da caserna existam alguns mecanismos para mantê-lo sempre na esteira da Hierarquia e Disciplina. Nesse sentido Vasconcelos (2010, p. 39) afirma que:

As normas disciplinares são adotadas pelo estado administração com o fim de obrigar os militares estaduais a cumprirem os seus deveres. Daí a necessidade de atuação de forma disciplinada e disciplinadora, respeitando-se mutuamente superiores e subordinados.

As normas disciplinares militares são regras de condutas impostas aos subordinados pelos superiores com o intuito de manter sempre a tropa em uniformidade, porém a sua aplicação na maioria das vezes não segue parâmetros, ficando a critério da Discricionariedade do aplicador da Sanção Disciplinar, muitas vezes de forma desproporcional e desarrazoada. Para entende melhor como funciona a aplicação dessas normas é interessante conhecer um pouco mais sobre o que vem a ser Discricionariedade, que na lição de Carvalho Filho (2010, p. 54) é a prerrogativa que é dada aos agentes da administração de elegerem entre várias condutas possíveis, a mais conveniente e oportuna ao serviço público. Para Mello (2013, p. 988-989):

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis, perante cada caso concreto, afim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Em relação ao tema Meirelles (2008, p. 120) discorre que a Discricionariedade é o poder que é concedido à Administração para praticar atos administrativos, de forma implícita ou explícita, tendo liberdade na escolha da conveniência, oportunidade e conteúdo, não se confundindo com o poder arbitrário.

Dessa forma, pode-se entender que a discricionariedade nada mais é do que a liberdade que o administrador tem de fazer uma escolha de forma equilibrada, que deve ser

feita da melhor forma possível, buscando a solução mais adequada e conveniente para o serviço público.

3.1 PODER VINCULADO E PODER DISCRICIONÁRIO

A Administração pública tem sua base nos Poderes Administrativos, sem os quais o Estado não pode alcançar o tão almejado interesse público, pois representam instrumentos que, usados isolados ou conjuntamente, permitem à administração cumprir sua finalidade. Logo, são poderes instrumentais, o que de acordo com Meirelles (2008, p. 119) “são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas”. Existem diversos Poderes Administrativos, porém, é interessante para esse trabalho que se conheça um pouco mais sobre o Poder Vinculado e o Poder Discricionário.

O Poder vinculado está totalmente ligado ao que prevê a legislação. No entendimento de Carvalho Filho (2010, p. 56), as atividades vinculadas são atividades administrativas cuja execução está inteiramente definida em lei, onde se tem tudo a respeito dos atos que serão praticados pelos agentes administrativos, assim, quanto à atividade que será desempenhada, pautando-se na observância do que está previsto na legislação.

Sobre o tema Di Pietro (2013, p. 90-91) tem um dos conceitos mais completos sobre Poder Vinculado, para ela:

O chamado “poder vinculado”, na realidade, não encerra “prerrogativa” do Poder Público, mas ao contrário, dá a ideia de **restrição**, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita a lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-los, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos previamente valorados pelo legislador.

Analisando-se esses conceitos, chega-se ao entendimento que o Poder vinculado é aquele em que o administrador está totalmente algemado ao que prevê a lei, ou melhor, em situações concretas, há ausência de juízo de valor, não se podendo emitir um juízo de conveniência e oportunidade, assim, deve-se adotar, unicamente, o que a lei estabelece.

O Poder Discricionário se difere do Poder Vinculado em alguns pontos, sendo ele o poder em que o agente administrativo tem certa liberdade de atuação. Segundo Gasparini (2012, p. 149), isso se dá por que a Administração Pública deve agir dentro da lei, escolhendo

um comportamento que valorize a oportunidade e conveniência do ato, podendo ainda escolher dentro dos limites legais, o seu conteúdo.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 980):

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. A inteligência dos homens falece ao poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjetable, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal.

Ainda nessa matéria, Meirelles (2008, p. 120) afirma que Poder Discricionário é o poder concedido ao ente administrativo, para que de modo implícito ou explícito, pratique atos administrativos com liberdade para a escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Dessa forma, pode-se entender que tanto no Poder discricionário como no Poder Vinculado, o Administrador está condicionado à lei, porém o que vai diferenciá-los é a liberdade para formar um juízo de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, Di Pietro (2013, p. 91) enfatiza que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não, pelo legislador à Administração Pública.

3.2 DISCRICIONARIEDADE NO PODER DE POLÍCIA

O Poder de Polícia é um dos poderes inerentes ao Estado o qual visa garantir a ordem social, limitando o a liberdade individual em benefício da coletividade. Sobre ele Marinela (2007, p. 164) diz que é um instrumento conferido ao administrador que lhe permite condicionar, restringir ou frear o exercício de atividade, o uso e gozo dos bens e direitos pelos particulares, em nome do interesse da coletividade.

O conceito de Poder de Polícia encontrado no Art. 78, da Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966, s/n) dispõe que:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Para Di Pietro (2013, p. 123), a razão de o Código Tributário Nacional dar o conceito de poder de polícia decorre do fato de constituir o exercício desse poder um dos fatos geradores de taxas. Assim, pode-se depreender através do CTN o conceito de poder de Polícia para efeitos tributários e para o Direito Administrativo. A autora ainda explica que o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Nessa linha Gasparini (2012, p. 179) afirma que esse poder está fundamentado em um vínculo geral entre a Administração pública e os seus administrados, autorizando assim o uso, gozo e disposições de propriedade em liberdade e em prol de um interesse social. Dessa forma a Administração Pública usa o Poder de Polícia para, na forma da lei, condicionar ou restringir o uso de bens, o exercício de direitos e a prática de atividades privadas, visando proteger os interesses gerais da coletividade. Assim, fica claro que o interesse social é a razão da existência do Poder de Polícia, e ele tem como finalidade proteger o interesse da coletividade.

Alguns autores como Di Pietro (2013, p.125) e Carvalho Filho (2010, p. 94, 95, 98) classificam como atributos do Poder de Polícia: a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade. No entanto, outros autores divergem dessa classificação e consideram apenas a discricionariedade e a executoriedade. Nesse contexto, o fato é que para esse estudo interessa que um dos atributos do Poder de Polícia é a discricionariedade.

Nesse sentido Di Pietro (2013, p. 125) ensina que:

Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quanto a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, **qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário (grifo nosso).**

Segundo Gasparini (2012, p. 183) a atividade policial é inconstante, ora é discricionária, ora é vinculada, ela tem discricionariedade quando a Administração dá poderes a alguém para portar arma de fogo, sendo que esse poder não é arbitrário, pois está sujeito a regras ou regulamentos dentro de certos limites, e caso seja extrapolado é cabível o controle

judicial. Destarte, o poder de polícia dispõe de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência de sua prática, estabelecer o motivo e escolher, dentro dos limites legais, seu conteúdo.

Assim, pode-se entender que o poder de polícia visa proteger o interesse da coletividade e que a lei em certos casos deixa uma liberdade de escolha para o administrador. Nesse sentido ele pode exercer o seu poder discricionário, como no caso de aplicação de sanções disciplinares, ou no caso da prisão em separado, objeto desse estudo.

4 ORDEM CONCEITUAL DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NOS PROCESSOS DISCIPLINARES

Os processos Disciplinares têm por substrato a aplicação de sanções administrativas aos servidores que venham a infringir condutas previstas na legislação pertinente. Elas devem ser analisadas como uma forma de repulsa a uma conduta não devida e, portanto, nessa linha é imperioso tecer critérios diferenciadores entre os tipos de sanção: sanções administrativas e sanções penais. Primeiramente tenta-se fazer essa distinção pelo grau de maior ou menor periculosidade do ato, ou seja, atribuindo à sanção penal toda repulsa de um ato de maior gravame, enquanto que a administrativa seria a repulsa de um ato de menor potencialidade.

No magistério de Di Pietro (2013, p. 673, 674) o servidor responde administrativamente quando cometer um ilícito definido na legislação estatutária, que contenha os elementos: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano, dessa forma para haver a responsabilidade administrativa devem se observados esses elementos, sendo que a infração será apurada pela Administração Pública, através de um procedimento administrativo adequado. Di Pietro (2013, p. 675) ainda ensina que a responsabilidade penal do servidor se dá quando ele pratica crime ou contravenção, dessa forma, pode-se considerar que atribuir maior ou menor grau de potencialidade a um ato administrativo, observando o fato de ser penal ou administrativo pode comprometer a essencialidade da punição, quando se analisa, somente, aspectos relativos ao objeto ou bem jurídicos violados.

A sanção administrativa é uma resposta que a administração pública dá a um fato ou ato que violem preceitos normativos estatuídos por um poder regulador. Carvalho Filho (2010, p. 825) afirma com maior veemência que a relação estatutária admite que o servidor público seja responsabilizado pela Administração, em certas situações. Ainda, para Carvalho Filho (2010, p. 827, 826), a responsabilidade penal se dá quando o servidor realiza uma conduta que a lei penal tipifica como infração penal, e a responsabilidade administrativa

quando ele pratica um ilícito administrativo, que pode ser comissivo ou omissivo desde que previstos na legislação estatutária.

Na temática da sanção como forma de externar o Poder da Administração, toma-se por base a obediência de Princípios constitucionais, uma vez que são eles que garantem a executoriedade do ato administrativo. Temos, pois, que a norma constitucional com o advento da Constituição de 1988 teve como premissa o estabelecimento, como regra constitucional, de conteúdo principiológico para a garantia de aplicação plena de princípios, como razoabilidade e proporcionalidade ao processo administrativo *lato sensu*.

Tais princípios, implícitos no art. 128, da Lei Federal nº 8.112/90, exercem especial relevo no julgamento das faltas disciplinares e estão presentes nos regulamentos castrenses e em diversas legislações civis que regulam o processo disciplinar. Têm-se, à guisa de exemplo, que na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, além das circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais (BRASIL, 1990, s/n).

A Administração Pública está sujeita a observar quando da condução de processos apuratórios, no âmbito federal, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (BRASIL, 1999, s/n).

O legislador teve a preocupação de pontuar critérios fáticos e/ou jurídicos a serem observados na condução processual-administrativa, os quais merecem destaque literal do seu parágrafo único, do art. 2º, da Lei Federal Nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (BRASIL, 1999, s/n), a saber:

Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de Direito que determinarem a decisão;
- VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos Direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos Direitos dos administrados;

X - garantia dos Direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litúgio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Observando os incisos VI, VIII e XI, percebe-se que o princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade, está contido implicitamente nessa lei, e que tanto o princípio da razoabilidade, quanto o da proporcionalidade, foram objetos de preocupação pelo legislador, eis que foram norteados parâmetros de suas aplicabilidades. Observa-se, também, que tais princípios limitam a discricionariedade do agente público na imposição de sanção disciplinar.

Segundo Di Pietro (2013, p. 81), a Lei nº 9.784/99 faz referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade separadamente, contudo, o segundo constitui um dos aspectos contido no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar

Deste modo, fica aclarado que os princípios tratados estão abarcados em nossa legislação pátria, ao ponto de inexistirem razões para o seu não reconhecimento nos processos administrativos disciplinares, em âmbito da Administração Pública Federal. De igual maneira, cabe aos Estados federados a aplicabilidade da norma supra em suas polícias militares, em razão dos processos apuratórios disciplinares instaurados em desfavor dos milicianos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 111), ao tratar sobre a razoabilidade, afirma que no exercício do poder Discricionário, ou seja, o Poder conferido à Administração para definir algo de acordo com a conveniência e oportunidade, dever-se-á obedecer aos corolários da razoabilidade, obedecendo, por conseguinte, o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Afirma o mesmo autor, que condutas inconvenientes praticadas ao arripio dos atributos das normas de prudência e sensatez devem ser consideradas ilegítimas.

É fato que existe uma similitude ou, por não dizer, uma congruência no tocante à razoabilidade e aos preceitos contidos na legalidade, visto que a razoabilidade tem como preceito normativo a utilização do bom senso na formalização do ato, que em sede de ato administrativo possui em alguns casos efeitos de ato vinculado. Neste sentido, Mello (2013, p. 112) afirma que:

[...] Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados). Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o "mérito" do ato administrativo, isto é, o campo de "liberdade" conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita "liberdade" é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

O princípio da razoabilidade funciona como um parâmetro para se evitar atos eivados de ilegalidade. Dessa forma, ele exige do comandante, chefe ou diretor capacidade de julgamento equilibrado com vistas a se ter a aceitabilidade no meio social de convivência profissional com o policial militar transgressor, visando-se evitar uma repercussão negativa no seio da tropa. Assim, pelo princípio da razoabilidade caberá à Administração, ao atuar no exercício de discricão, obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida, ou em melhores palavras, caberá à Administração, em seu mister, respeitar a dignidade da pessoa humana (administrado) de forma menos gravosa possível.

O uso descomedido do Direito de punir da administração abre espaço para que o Poder Judiciário, no exame dos atos administrativos, modifique o mérito das decisões prolatadas em sede de processo disciplinar. Por isso, a importância de que as corregedorias apliquem sem emotividade e passionalidade o exato equacionamento dosimétrico entre a gravidade e a repercussão da falta funcional de forma que a individualização e o equilíbrio da sanção ao servidor sejam preservados e abusos afastados.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Carvalho Filho (2010, p. 44) afirma que existem alguns pontos que se assemelham ao princípio da razoabilidade, considerando que ambos outorgam ao judiciário o controle sobre ato dos demais poderes, enquanto que o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisdicional anglo-saxônica, a proporcionalidade tem origem alemã.

Para Gasparini (2012, p. 79) o cerne do Princípio da Proporcionalidade está no inciso VI do parágrafo único do artigo 2º da Lei Federal n. 9.784/99, onde se declara que nos processos administrativos serão observados a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Dessa forma esse Princípio desdobra-se em

três fundamentos: adequação, pois os meios empregados deverão estar de acordo com o que se deseja alcançar; exigibilidade, pois para alcançar o fim público deve-se ter uma conduta necessária, caso não haja um modo menos grave ou oneroso para alcançar o fim público, nesse sentido, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; e a proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

4.1 A APLICAÇÃO DE SANÇÃO DISCIPLINAR DE PRISÃO EM SEPARADO NO CONTEXTO DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

As fontes do Direito Processual Penal Militar são a Constituição e o Código de Processo Penal, sendo que as normas relativas ao juiz natural ou juiz legal, à vedação da prisão pela autoridade da polícia judiciária militar, nos crimes impropriamente militares, à ação penal privada subsidiária da pública, à titularidade exclusiva do MP, para propor a ação penal pública, estão expressas na Lei Fundamental a serem observadas pela lei adjetiva castrense (LOBÃO, 2009, p. 39). A sanção disciplinar de prisão no meio militar é um tipo de prisão administrativa imposta aos membros da caserna nos casos de descumprimento das suas obrigações como militares, dependendo da gravidade da falta cometida. Está prevista nos regulamentos disciplinares em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil.

De acordo com a CF/88 os superiores hierárquicos poderão aplicar a pena de prisão administrativa aos seus subordinados, desde que essa pena esteja definida em Lei. Essa definição legal é o que leva muitos doutrinadores e estudiosos de assuntos relativos à carreira das armas, a orientarem os aplicadores de sanções no meio militar a terem, sempre, muita cautela quando da aplicação desse tipo de reprimenda, haja vista, existirem algumas opiniões com relação à inconstitucionalidade da prisão administrativa disciplinar.

Para mostrar se realmente existe uma relação de aproximação entre a Constituição Federal e os Regulamentos Disciplinares se faz necessário entender o que é crime militar e o que vem a ser transgressão ou contravenção disciplinar, e onde eles estão previstos.

Os crimes militares estão classificados e relacionados no Código Penal Militar, que também dispõe a aplicação das penas correspondentes aos crimes por eles cometidos. O Código Penal Militar prevê os crimes próprios e os impróprios dos militares. Os propriamente militares são aqueles, previstos no CPM, e que só podem ser cometidos pelos membros da caserna. Os impróprios são aqueles crimes que podem ser cometidos tanto por militares

quanto por civis desde que estejam previstos tanto no CPM quanto na lei Penal comum (BRASIL, 1969, s/n).

As Contravenções ou transgressões disciplinares estão prognosticadas nos regulamentos disciplinares, eles estabelecem 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, s/n).

A definição de transgressão disciplinar, exposta nos Regulamentos Disciplinares, normalmente expõe, ressalvadas as peculiaridades de cada Regulamento, essa contravenção da seguinte forma, com base no art. 14 do RDE, (BRASIL, 2002, s/n):

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.

Assim, percebe-se que é no Código Penal Militar onde estão explícitos os crimes militares, enquanto que a tipificação das condutas ensejadas como transgressão disciplinar está nos Regulamentos Disciplinares. A diferença básica entre eles é caracterizada pela magnitude da infração.

O Princípio da Reserva Legal inserido no texto constitucional é uma das causas determinantes do cerceamento da liberdade de alguns indivíduos. No Brasil, a sanção de prisão administrativa só pode ser decretada em conformidade com a Carta Política de 1988, mostrando assim, que a prisão é uma exceção e não uma regra.

Antes da CF/88 era comum a determinação de prisões para averiguação, muitas delas partiam de determinações ilegais, apenas para satisfazer o ego de Comandantes e Superiores Hierárquicos. Porém, a partir de 1988, foram colocados mecanismos para um maior controle dessas distorções, dentre eles podemos citar a Lei nº 8.429/92, mais precisamente no CAPUT, do seu art. 11, que define os atos de improbidade administrativa; além das indenizações por danos morais.

Como foi visto, o art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988 especifica que, para os casos de transgressão militar ou de crimes próprios dos militares, desde que estejam definidos em lei, não há a necessidade de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente para se efetuar a prisão de um membro da caserna. De acordo com o art. 18, do Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969, s/n), o militar indiciado poderá ser detido da seguinte forma:

Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.

Mas, para que isso ocorra, a prisão ou detenção de qualquer pessoa deverá ser comunicada imediatamente à autoridade judiciária competente, com a declaração do local onde a mesma se considera sob custódia e se está, ou não, incomunicável, sendo que essa autoridade ou o responsável pelo inquérito que determinar a prisão expedirá, em duas vias, o respectivo mandado. Este deverá obedecer aos seguintes requisitos: será lavrado pelo escrivão do processo ou do inquérito, sendo assinado pela autoridade que ordenar a expedição; designará a pessoa sujeita à prisão com a respectiva identificação e moradia, quando for possível; mencionará o motivo da prisão; designará o executor da prisão. Uma das vias ficará com o preso, que assinará a outra, caso não queira assinar ou não puder fazê-lo, será certificado pelo o executor do mandado, na própria via deste (BRASIL, 1969, s/n).

Existem algumas teses que sustentam a inconstitucionalidade da prisão administrativa disciplinar, isso se dá pelo fato de a Constituição Federal de 1988 informar que, para haver essa sanção, deve estar estabelecida em lei, e não em decreto dos Poderes Executivos, como é o caso dos Regulamentos Disciplinares.

Com o advento da CF/88, houve a receptividade dos decretos que não entraram em conflito com a nova Carta Magna. Eles chegaram com força de lei complementar ou de lei ordinária, isso é a grande questão, pois como foram recepcionados como lei, só poderá haver alteração, nesse caso, por outra lei hierarquicamente igual ou superior.

Uma das maiores discussões existentes sobre este tema, está posta com relação à alteração ocorrida no Regulamento Disciplinar do Exército. Ele era o decreto nº 90.608 de 12 de abril de 1984, que foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, como lei ordinária, por esse aspecto só poderia ser alterada por outra lei ordinária, porém foi modificado através do decreto 4.346, em 26 de agosto de 2002. Isso fez com que a Procuradoria Geral da República entrasse com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.340-9/DF) contra o RDE, que não teve êxito, pois não foram mostrados os casos de violação aos preceitos constitucionais.

Várias foram as alterações no novo RDE, principalmente no que diz respeito à Prisão Administrativa Disciplinar. Assis (2006, s/n – grifo nosso), em um artigo de sua autoria, mostra sua posição em relação à constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército elencando diversos motivos, que dentre eles podem se destacar:

[...]

d.3. exclusão da **prisão em separado** (art.24 do RDE revogado), a qual tendo uma conotação com procedimentos adotados em presídios comuns, como a maioria das Unidades não dispõe de instalações adequadas, a prisão em separado tinha um sentido figurativo, sendo utilizada amiúde com a finalidade de colocar a praça no mau comportamento;

Para se falar em prisão em separado, deve-se lembrar que esse tipo de sanção se dá por um agravamento da punição de prisão administrativa disciplinar. Nesses casos, o militar punido permanece confinado e isolado, e sua refeição é feita no local onde está preso. Esse tipo de prisão não pode exceder a metade da punição aplicada e deve ser cumprida na parte inicial da punição.

Como o próprio Assis (2006, s/n) explanou, a prisão em separado se confunde com os procedimentos adotados em presídios comuns; a maioria das unidades não possuem um lugar específico para o cumprimento dessa reprimenda, ficando o militar sujeito às piores condições possíveis; além, é claro, do sentido de reclassificar o militar no MAU comportamento automaticamente.

Muitas Polícias Militares no Brasil, a exemplo de Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Piauí, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima e Sergipe, seguindo o modelo do Exército Brasileiro, já extirparam esse tipo de sanção disciplinar dos seus Regulamentos. Na Polícia Militar do Pará existe a previsão da prisão domiciliar, ela pode ser aplicada em casos especiais, a critério da autoridade que aplicou a sanção.

As Polícias Militares dos Estados do: Acre, Amazonas, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Santa Catarina, e Tocantins ainda aplicam, às suas tropas, a reprimenda de prisão em separado.

Em alguns Estados, como Bahia, Ceará, Minas Gerais, Pará e Pernambuco, as condutas dos Policiais Militares são regidas por lei e não por decretos, onde os Regulamentos Disciplinares foram permutados pelos Códigos de Ética. Nota-se, com isso, que a partir do momento que se faz a opção pelo Código de Ética, várias mudanças acontecem e uma delas é o desaparecimento da figura da prisão em separado.

O Brasil é signatário de tratados internacionais, nos quais ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas através das Constituições políticas dos Estados partes, ou por leis de acordo com elas promulgadas (COSTA RICA, 1969, s/n). A prisão administrativa está prevista em tratados internacionais e

também na Carta Constitucional Brasileira. Desde que atenda aos requisitos legais é cabível esse tipo de prisão.

No que concerne à sanção disciplinar de Prisão em Separado, nota-se que ela vai de encontro ao ordenamento constitucional e ao que rege o art. 5º, do Pacto de San José da Costa Rica, (COSTA RICA, 1969, s/n), o qual define:

Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem Direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano [...].

Assim, pode se ver que esse tipo de sanção também contrária o que diz a Constituição Federal (BRASIL, 1988, s/n) no seu artigo 5º, incisos: III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; e XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Por ir contra dispositivos constitucionais e tratados internacionais a prisão em separado tende a ir sendo retirada dos ordenamentos militares, principalmente do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Rio Grande do Norte.

4.2 A APLICAÇÃO DA PRISÃO EM SEPARADO NO ÂMBITO DA PM/RN

A missão constitucional da PM/RN, assim como as demais instituições policiais militares existentes no Brasil, é a preservação da ordem pública através do policiamento ostensivo. Ela tem seu regulamento disciplinar próprio pautado na Constituição Federal de 1988, baseando sua organização nos conceitos de hierarquia e disciplina.

A segurança pública é, nos dias atuais, um grande problema que está dispensando uma melhor atenção dos governantes, uma vez que ela se tornou a principal questão governamental. O aparato da Segurança Pública busca, ao máximo, diminuir os índices de criminalidade e, portanto, essa é uma das principais metas de qualquer governo.

Todos os esforços para melhorar a Segurança Pública são viáveis, porém há de se observar que no seio da tropa existem problemas disciplinares que devem ser contidos, senão, corre-se o risco de haver uma avalanche de maus elementos usando o sistema de segurança pública em proveito próprio, objetivando fins pessoais, e isso é inadmissível.

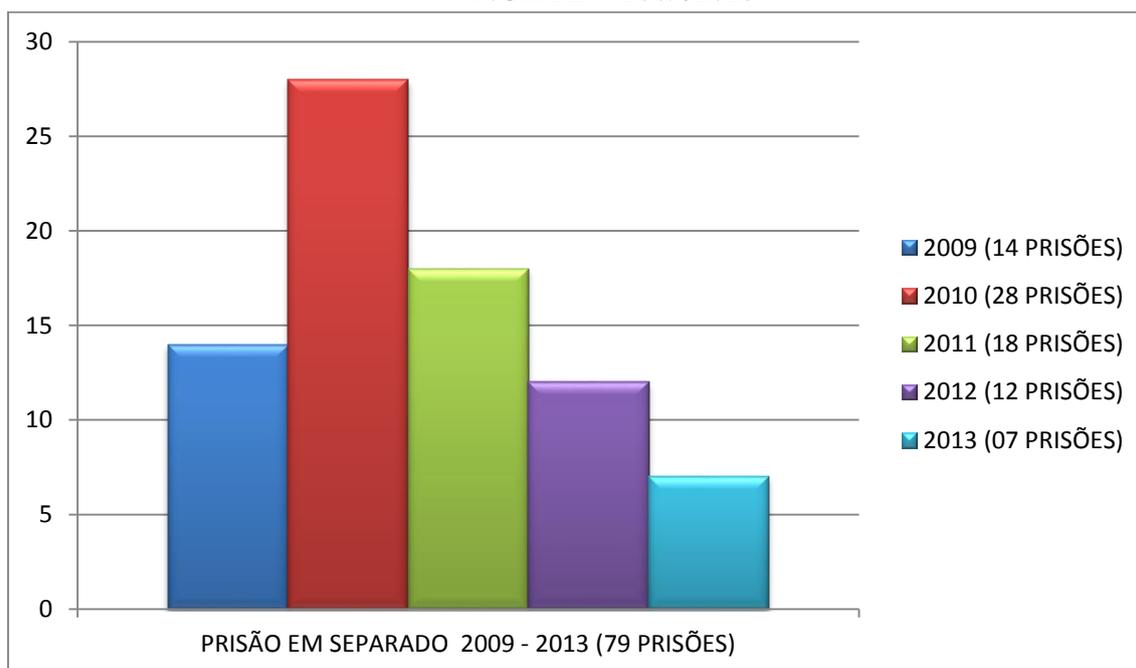
As punições devem estar de acordo com o que rezam os Regulamentos Disciplinares, contudo, há de se observar quão rigorosas serão, e se elas estão de acordo com os Princípios

da Proporcionalidade e Razoabilidade para não ferir a Constituição Federal e os tratados de Direito humanos. Por sua vez o aplicador da sanção deve se utilizar de critérios justos na sua análise discricionária para aplicação da punição. É salutar lembrar que ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes; nem nenhuma a pessoa pode ser privada de sua liberdade, devendo ser tratada com o respeito devido e a dignidade inerente ao ser humano (COSTA RICA, 1969, s/n).

No Rio Grande do Norte, dentre as formas de punição prevista no RDPM/RN, a Prisão em Separado merece especial atenção. Esse tipo de punição está sendo retirado de alguns ordenamentos militares por se entender que ela fere princípios constitucionais e Direitos humanos. O Exército Brasileiro aboliu essa sanção do seu Regulamento por entender que ela tem uma conotação muito forte com o regime prisional posto nos presídios comuns, além de servir apenas para colocar o militar no “MAU” comportamento.

Na Polícia Militar do RN com apenas um dia de punição, com prisão em separado, o miliciano ingressa no mau comportamento. No Rio Grande do Norte esse tipo de punição é uma realidade, de acordo com a Assessoria Administrativa da PM/RN entre os anos de 2009 a 2013 ocorreram no âmbito da instituição diversas punições de prisão em separado. A análise do gráfico 01 dará uma visão mais nítida de como se comportou esse tipo de sanção disciplinar nas fileiras da corporação.

GRÁFICO 01 - PRISÃO EM SEPARADO NA POLÍCIA DO RIO GRANDE DO NORTE – 2009/2013



Fonte: Assessoria Administrativa PM/RN – 2014

Percebe-se que no período compreendido entre janeiro de 2009 e dezembro de 2013 foram constatados na Polícia Militar do Rio Grande do Norte 79 (setenta e nove) casos de Prisão em Separado na PM/RN, desses 59 (cinquenta e nove) envolveram soldados, 07 (sete) foram cabos e 13 (treze) sargentos. O gráfico 01 mostra que no período de 2009 para 2010, houve um aumento de 100% no número de prisões em separado na Polícia Militar do Rio Grande do Norte, ou seja, o número saltou de 14 (quatorze) em 2009 para 28 em 2010, sendo que nos anos posteriores está havendo, conforme analisado, uma redução gradativa nesse tipo de sanção.

Deve-se ressaltar que a maioria das prisões em separado analisadas se referiam a atos transgressivos cometidos fora de atos de serviços, ou seja, a maior parte diz respeito a infrações cometidas nas relações sociais fora do ambiente de serviço policial. Verifica-se, ainda, que os atos administrativos que culminaram com este tipo de sanção foram os Conselhos de Disciplina e Processo Administrativo Disciplinar, não havendo a figura de sindicância como forma de aplicação sancionatória.

Em relação às punições aplicadas aos policiais militares, pode-se dizer que merece destaque o fato de que o princípio da razoabilidade está sendo deixado de ser aplicado, quando poderia atender a uma interpretação equivocada de alguns membros da administração pública, que mantêm uma visão ultrapassada, utilizando-se da sua discricionariedade apenas para punir, não sendo isso mais aplicável a nossa realidade.

Assim, podemos ter duas possibilidades de interpretação: ou realmente houve um crescimento nas transgressões ou estão deixando de usar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade em casos onde não seria necessária uma punição tão severa. Essa não aplicação desses princípios na PM/RN induz ao entendimento de que, uma vez o agente público tenha sido punido, este irá manter-se dentro dos padrões militares, sob pena de ter uma punição mais grave, e ser submetido a um novo processo administrativo que poderá ter como deslinde a exclusão ou licenciamento a bem da disciplina, atuando como um regulador de condutas disciplinares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa teve como escopo central analisar como se dá aplicação da discricionariedade, pelos operadores do direito militar, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na aplicação da sanção de prisão em separado, discutindo acerca da viabilidade desse tipo de medida, tanto em relação à Constituição

Federal de 1988, quanto sua aplicação no âmbito da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte. Após essa análise, chegou-se a alguns resultados e conclusões a respeito desse tipo de sanção, que serão expostos a partir deste ponto.

Os princípios constitucionais são os mandamentos nucleares dos quais emanam todo o arcabouço jurídico. Nesse aspecto, uma norma que fere os princípios da razoabilidade ou proporcionalidade é inconstitucional. Assim, o Regulamento Disciplinar castrense tem por objetivo manter os valores militares, punindo o transgressor com vistas à reeducação. No entanto, uma sanção administrativa aplicada rigorosamente com inobservância dos citados princípios, macula todo sistema lógico-jurídico.

Foi verificado que, as prisões disciplinares estão previstas no ordenamento constitucional, não havendo necessidade, nos casos de transgressão militar ou de crimes próprios dos militares definidos em lei, de flagrante delito ou ordem escrita e fundamentada de quem seja competente para que seja efetuada a prisão. São aplicadas, em geral, em caráter de sanção, com o intuito de restabelecer os valores, o dever, a hierarquia e a disciplina castrense.

Em estrita atenção aos mandamentos constitucionais, observando os direitos e garantias do acusado, diversas Polícias Militares têm elaborado códigos de conduta ética, adaptados às particularidades de cada instituição. Logo, objetiva-se atender às novas regras do ordenamento constitucional e aos tratados de direitos humanos, bem como garantir que a legalidade nos procedimentos apuratórios, no âmbito administrativo, esteja em consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito. Somente assim, pode-se melhorar a relação das instituições policiais com a sociedade e, sobretudo, afastar dos regulamentos disciplinares normas inconstitucionais e ultrapassadas.

Neste aspecto, destaca-se que a prisão em separado fere o princípio da razoabilidade e proporcionalidade no que tange à gradação das penas e os objetivos da reeducação do transgressor e a preservação dos valores militares.

Analisando o instituto da prisão em separado, objeto deste estudo, pode-se verificar, também, que ela está fadada a desaparecer, por ser um instituto excessivamente severo, que viola o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado em nossa Carta Magna de 1988 e no Pacto São José da Costa Rica, este recepcionado no Brasil pelo Decreto Federal n.º 672/92. Esse tipo sanção disciplinar já foi retirado dos códigos disciplinares de diversas polícias militares. Ele tem gerado discussões acadêmicas justamente por não demonstrar, com precisão, até que ponto a prisão em separado é razoável e em qual proporção ela pode ser aplicada.

Percebe-se que a prisão em separado é utilizada como um instrumento para manutenção da hierarquia e disciplina na caserna, ajudando a preservar o decoro e a imagem das instituições que a utilizam. Porém sua forma de aplicação e os seus desdobramentos são rígidos demais para os militares punidos, principalmente, por causa da subjetividade que permeia a discricionariedade na sua aplicação.

Verificando as prisões em separado durante o período do estudo, vê-se que muitas dessas reprimendas poderiam ter sido efetivadas de forma mais branda, o que não ocorreu, com isso os princípios da proporcionalidade e razoabilidade foram afastados.

Não se pretende criticar a existência da sanção que tenha como desdobramento a mudança de comportamento para o “mau”, entretanto, busca-se questionar a forma de aplicação. No cenário Institucional verifica-se que a aplicação da sanção em separado é mitigada, ou seja, não existe a sua efetividade sancionatória. Ao aplicar a sanção existirá a publicação em Boletim Geral Ostensivo, todavia, não haverá cumprimento da sanção, em virtude de não haver meios para a real efetividade da reprimenda disciplinar. E isto, fere o princípio da razoabilidade, pois retira a natureza jurídica da sanção.

Em outra análise, questiona a razoabilidade e proporcionalidade quando se observa casos análogos de transgressões disciplinares que são punidos de maneira diversas, não se utilizando o instituto da prisão em separado, apenas por que o aplicador da sanção usou o seu poder discricionário, garantido uma análise subjetiva a cada caso.

Como fora tratado, o ato administrativo como atributo, deve ser pautado em premissas principiológicas que harmonizam o contexto normativo. Neste sentido, o ato de punir deve ter como elemento marcante a impessoalidade que indiscutivelmente está atrelada à razoabilidade. Ao se aplicar o ato sancionatório deve-se ter por meta o sentido de equidade da sanção, devendo o aplicador da sanção motivar o ato administrativo, caso venha a aplicar de forma mais branda ou severa a sanção.

É importante afirmar que existe uma necessidade premente de mudança normativa do RDPM/RN, considerando que há uma tendência à extinção da prisão em separado no âmbito das Polícias Militares, entre as quais esta espécie de sanção administrativa vige apenas em nove estados brasileiros. Cabe ressaltar que, o Exército Brasileiro, do qual as Polícias Militares são reservas em caso de guerra declarada, extinguiu essa modalidade de reprimenda de seu Regulamento Disciplinar.

O instituto da prisão disciplinar em separado, aplicado na Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte, está em dissonância com a filosofia do tríplice fundamento, ou seja, adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito, visto que além de ser uma

medida administrativa punitiva gravosa, muitas vezes desproporcional e sem reais vantagens a serem defendidas, está claramente em desacordo aos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, levado a efeito no ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. **OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES MILITARES E SUA CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 2006. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/rdmconformcf.pdf>>. Acesso em: 07 set. 2011.

_____. **Presidência da República Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. CAPÍTULO V - Impostos Especiais - SEÇÃO II - Impostos Extraordinários - TÍTULO IV - Taxas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em 24 maio. 2013.

_____. **Presidência da República Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. DECRETO-LEI Nº 1.002, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. PARTE GERAL LIVRO ÚNICO. TÍTULO III CAPÍTULO ÚNICO DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em 07 jun. 2014.

_____. **Presidência da República Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 6.880, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1980. ESTATUTO DOS MILITARES**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acesso em 17 jun. 2014.

_____. **Presidência da República Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. TÍTULO II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 16 jun. 2014.

_____. **Presidência da República Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990. Capítulo V Das Penalidades**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 10 out. 2011.

BRASIL. **Presidência da República Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 12 out. 2011.

_____. **Presidência da República Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. DECRETO Nº 4.346, DE 26 DE AGOSTO DE 2002**. - Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R4) e dá outras providências. CAPÍTULO III. PUNIÇÕES DISCIPLINARES. Seção I Da Gradação, Conceituação e Execução. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em 16 jun. 2014.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA RICA, Pacto De San José Da. **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)**. TRATADO INTERNACIONAL. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17ª edição atualizada por Fabrício Motta. Editora Saraiva, São Paulo, 2012

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. São Paulo, MÉTODO, 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Alagoas: V. I – 3ª Ed. Edições Jus PODIVM, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

RIO GRANDE DO NORTE. DECRETO Nº 8.336, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1982. **REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PM RN**. Natal, 1982. Disponível em: <http://www.pm.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/sesed_pm/arquivos/artigos/regulamento_disciplinar_pmrn.pdf>. Acesso em 17 jun. 2014.

SILVA José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª edição revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. Editora Malheiros. Ano 1998. São Paulo-SP.

VASCONCELOS, Edson Rebouças. **Comentários ao Código Disciplinar dos Militares Estaduais: Teoria, Processo e Prática**. Fortaleza: Realce Editora e Industria Gráfica, 2010.