

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO SANCIONADOR
MILITAR**

MATHEUS CORRÊA DA COSTA MEIRA

Rio de Janeiro
2019 / 2º Semestre

MATHEUS CORRÊA DA COSTA MEIRA

**OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO SANCIONADOR
MILITAR**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof^a. Ms. Dr^a. Carmen Lúcia Macedo.**

**Rio de Janeiro
2019 / 2º Semestre**

CIP - Catalogação na Publicação

M5111 Meira, Matheus Corrêa da Costa
Os limites do controle jurisdicional do ato sancionador militar / Matheus Corrêa da Costa Meira. -- Rio de Janeiro, 2019.
68 f.

Orientadora: Carmen Lúcia Macedo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Ato Administrativo. 2. Função Militar. 3. Sanção Disciplinar Militar. 4. Controle Judicial. I. Macedo, Carmen Lúcia, orient. II. Título.

MATHEUS CORRÊA DA COSTA MEIRA

**OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO SANCIONADOR
MILITAR**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Prof^a. Ms. Dr^a. Carmen Lúcia Macedo**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____

Banca Examinadora:

Orientadora: Prof^a. Carmen Lúcia Macedo

Membro da Banca: Prof^a. Carmen Lúcia Macedo

Membro da Banca: Prof. Antônio Eduardo Ramires Santoro

Membro da Banca:

Rio de Janeiro
2019 / 2º Semestre

AGRADECIMENTOS

A conclusão de mais uma difícil etapa da minha formação, que abrange as mais diversas áreas da minha vida, me impõe o dever de reconhecimento da ajuda e do amparo que recebi para chegar até aqui. É nessa condição que rendo meus mais genuínos agradecimentos, primeiramente, a minha família, meu porto seguro nas horas de aflição e angústia. Dedico aos meus pais, Ebenézer e Queila, as homenagens por tudo que foi feito até aqui. Ao meu irmão Filipe pelo apoio e por vibrar em cada conquista.

Também estendo meus agradecimentos à ilustre Professora Dra. Carmen Lúcia Macedo, a quem devo o reconhecimento pelo profissionalismo e dedicação no acompanhamento e admoestação durante todo o processo de escrita e pesquisa do presente trabalho. Ainda no âmbito dos docentes da Faculdade Nacional de Direito, envio minhas homenagens e agradecimentos ao Professor Dr. Farlei Martins Riccio de Oliveira, responsável por me apresentar e fazer conhecer a importância e a fundamentalidade do direito público, em especial o direito administrativo..

Agradeço àqueles que me inspiraram e muito me ensinaram no cotidiano da prática jurídica, me influenciando profissionalmente de maneira intensa ao longo de todo o curso. Dentre os grandes profissionais a quem atribuo grande parte de minha experiência, destaco a Dra. Bárbara Devillart, minha supervisora e ensinadora em meu primeiro estágio; Dra. Joana Fonseca, Dr. Bruno Navarro e Dra. Cynthia Maria Idalgo no período em que tive o prazer de estar junto ao trabalho do setor jurídico da Área de Energia do BNDES.

Por fim, sem entanto atribuir menor importância, meu agradecimento aos meus amigos de jornada, que ao meu lado estiveram na Faculdade Nacional de Direito; aos meus irmãos da eterna EPCAr, que comigo permanecem desde então, mesmo à distância; e a todos aqueles que por mim torceram durante toda a caminhada: o meu muitíssimo obrigado.

EPÍGRAFE

*Por um mundo onde sejamos socialmente iguais,
humanamente diferentes e totalmente livres.*

Rosa Luxemburgo

RESUMO

O presente trabalho visa analisar da amplitude de atuação judicial sobre os atos emanados por autoridade administrativa militar, os quais importem em sanção disciplinar a subordinado hierárquico e, especificamente, quanto àquelas que restringem sua liberdade de locomoção. O estudo estrutura-se, inicialmente, sobre um recorte do regime jurídico a que se submete a função militar no ordenamento jurídico pátrio, em especial quanto à recepção e constitucionalidade do Estatuto dos Militares (Lei n. 6880/80) e dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Por fim, após a identificação ontológica do ilícito administrativo e do ato sancionador militar quanto espécie de ato administrativo, adentramos ao objeto da pesquisa, buscando, em meio à doutrina especializada e à jurisprudência dos Tribunais Superiores, posicionamentos quanto à possibilidade de controle judicial por meio dos principais remédios constitucionais – o *Habeas Corpus* na tutela da liberdade de locomoção e, residualmente, o Mandado de Segurança.

Palavras-chave: Ato administrativo; Função Militar; Sanção Disciplinar Militar; Controle Judicial.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the extent of judicial action on acts issued by the military administrative authority that imply disciplinary sanction to hierarchical subordinate, specifically those that restrict their freedom of movement. Initially, the study is based on a section of the legal regime to which the military function is subjected in the homeland legal system, especially regarding the reception and constitutionality of the Military Statute and the Disciplinary Regulations of the Armed Forces under the aegis of the Federal Constitution. Finally, after the ontological identification of the administrative offense and the military sanctioning act as a kind of administrative act, we entered the object of the research, seeking, through the specialized doctrine and jurisprudence of the Superior Courts, positions regarding the possibility of judicial control through the main constitutional remedies - *Habeas Corpus* in safeguarding freedom of movement and, residually, the Writ of Mandamus.

Keywords: Military Function; Administrative Act; Military Disciplinary Sanction; Judicial Review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A FUNÇÃO MILITAR: RECORTE DE SEU REGIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	12
1.1. Princípios constitucionais norteadores da sistemática jurídica militar: a hierarquia e a disciplina.....	15
1.2. O Estatuto dos Militares (Lei n. 6880/80): análise de recepção e constitucionalidade estatutária.....	19
1.3. Os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas.....	23
2. O ATO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR MILITAR	27
2.1. Os requisitos do ato administrativo.....	27
2.2. Os atributos do ato administrativo.....	36
2.3. O mérito no ato administrativo: a discricionariedade no ato disciplinar militar.....	40
2.4. Discussão ontológica do ilícito administrativo e seu regime jurídico.....	43
2.5. O regime jurídico da sanção disciplinar militar.....	46
3. O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO SANCIONADOR MILITAR	49
3.1. As prisões disciplinares militares sob a égide da Constituição Federal de 1988.....	50
3.2. Os limites do controle jurisdicional do ato sancionador militar.....	53
3.3. Meios de impugnação judicial ao ato sancionador militar que importe em restrição de liberdade.....	58
3.3.1. Do cabimento do <i>Habeas Corpus</i> em face de sanção disciplinar	58
3.3.2. O Mandado de Segurança como hipótese de meio de impugnação residual contra sanção disciplinar.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

Dentre os poderes conferidos à Administração Pública para a conservação e para a garantia do interesse público acima da coletividade de interesses privados, notadamente se manifesta o Poder Disciplinar, que confere à Administração a prerrogativa de apurar e fazer aplicar sanções disciplinares sobre seus administrados, em especial aqueles com algum nível de relação mais estreita com o Estado – mas que não se confunde com o poder punitivo penal do Estado.

Em contrapartida, pelo princípio da tripartição dos poderes¹, é possível se garantir a limitação do poder do Administrador para que se contenham possíveis arbitrariedades, exercendo o Poder Judiciário o controle sobre os atos emanados pelo executivo, sem no entanto subrogar-se de suas atribuições e prerrogativas. Ressalte-se que se exclui aqui o controle realizado pela própria Administração sobre seus atos (autotutela) e o exercido pelo Legislativo, como, por exemplo, aquele realizado pelos Tribunais de Contas.

Especificamente os atos administrativos sancionadores emanados por autoridades militares nascem do chamado poder-dever da Administração Pública em face do militar que transgride o conjunto de obrigações e deveres inerentes a sua atividade, decorrentes do fiel atendimento aos pilares axiológicos da atividade militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina.

Com efeito, este conjunto de obrigações e deveres do militar refletem-se no ordenamento jurídico, submetendo o militar a um tratamento desigual em relação aos demais administrados, como notadamente a restrição expressa do art. 142, §2º da CRFB, que, para fins de exemplo, excepciona aos militares o direito fundamental de, preventivamente ou repressivamente, relaxar prisão administrativa ordenada por superior hierárquico, quando em cumprimento de sanção disciplinar restritiva de liberdade, por meio da impetração de *habeas corpus*.

A partir disso, a presente pesquisa busca realizar: (1) um corte epistemológico da categoria jurídica do ato administrativo militar; (2) a identificação do regime jurídico da

1 O princípio da tripartição dos poderes encontra-se cristalizado entre os fundamentos da República, no Parágrafo Único do art. 1º da CRFB.

sanção disciplinar militar, realizando brevemente o debate acerca da teoria da unicidade da pretensão punitiva estatal e; (3) identificar, na atualidade, as limitações do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos disciplinares emanados por autoridade militar competente, debruçando-se com maior afinco sobre a discussão da validade da impetração do *Habeas Corpus* contra ato disciplinar que importe em pena restritiva de liberdade, além do principal meio de impugnação residual, sabidamente o Mandado de Segurança.

Os resultados da presente pesquisa tem aplicação imediata e direta no âmbito da administração das Forças Armadas. Os resultados a serem encontrados e descritos poderão auxiliar a autoridade militar na adequação da aplicação das penas decorrentes de transgressões disciplinares, no sentido de se evitar o desajuste das formalidades e, principalmente, de eventuais desproporções, imprecisões e imperfeições materiais que, futuramente, poderão dar azo à reavaliação do ato pela autoridade judiciária.

Serão analisadas, para a devida consecução dos objetos da pesquisa supra relacionados: A jurisprudência, por meio das principais decisões emanadas pelos Tribunais Regionais Federais do país, competentes para o controle e reexame dos atos administrativos disciplinares – mesmo aqueles que importem em restrição da liberdade, em atenção ao disposto nos inc. I e VII do art. 109 da CRFB, bem como dos respectivos Tribunais Superiores e; As teses e apontamentos dos principais doutrinadores que versam sobre o tema; A análise sistemática das principais legislações que regem os assuntos atinentes à pesquisa.

1. A FUNÇÃO MILITAR: RECORTE DE SEU REGIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

O esforço para se estabelecer um recorte preciso do regime jurídico ao qual os militares estão submetidos, sob a égide da nova ordem constitucional republicana de 1988, se faz premente à medida que permite delinear as peculiaridades e especificidades atinentes ao ato administrativo praticado pelo servidor desta classe. Em virtude disso, é necessário que o estudo percorra inicialmente uma definição generalizante do conceito de Administração Pública para, a partir disso, determinarmos o regime jurídico a que se submete a função militar dentro desse escopo.

A doutrina adota como critério para a definição de Administração pública a distinção entre um conceito subjetivo e outro objetivo. Este último conceitua a Administração pública tal qual um gestor de interesses de uma coletividade, estando incluídos na execução desta gestão os diversos aparelhos estatais, personificados juridicamente através de seus órgãos e agentes. Por outro lado, o conceito subjetivo comporta a noção da generalidade de órgãos que integram as Entidades Federativas ou aquelas descentralizadas.

A respeito do conceito subjetivo, assinala OLIVEIRA (2005)² que esses órgãos “*são os denominados Órgãos da Administração Pública*”. Estes, para Hely Lopes Meirelles (2015)³

São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica.

Inserida no conceito objetivo de Administração Pública, a função militar de promover a segurança pública interna, no Brasil, é atribuição das Forças Armadas, no contexto da União, por meio do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. No âmbito dos Estados, estes operam as forças de segurança também sob o regimento da função militar, através das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.

2 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 5-7.

3 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 71.

A Constituição da República Federativa do Brasil, restringindo-se desde já o objeto do presente estudo, dedicou um capítulo exclusivo à descrição das atribuições das Forças Armadas, do regime jurídico e político a que se submetem, bem como a sua função precípua no Estado Democrático de Direito que se inaugurava naquele momento. Nesse sentido, assim dispõe o artigo 142 da CRFB, *in verbis*:

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

Entende-se por imperioso que a nação disponha de um dispositivo de segurança capaz de garantir a manutenção da ordem e da paz pública no meio de seus nacionais. E, neste condão, o dispositivo constitucional descreve como destinação das Forças Armadas a defesa da Pátria, a garantia da integridade dos Poderes constitucionais, e à manutenção da lei e da ordem pro iniciativa de qualquer um desses.

Ato contínuo, o pensamento majoritário, a cujas teses se juntam importantes doutrinadores do campo de estudos do Direito Constitucional e Administrativo Militar, tais quais Farlei Martins de Oliveira (2005)⁴ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012)⁵, é pacífico no sentido de reconhecer a destinação precípua das FFAA pela defesa externa. Secundariamente, entendem pela função de garantia dos Poderes da República e, subsidiariamente, pela manutenção da Lei e da Ordem, sob determinação de qualquer dos Poderes.

Destaque-se ainda que o dispositivo constitucional atribui às Forças Armadas as características de instituições permanentes e regulares, visando claramente garantir que os Estados, componentes da unicidade federativa, não organizem sob seu comando forças de segurança paralelamente e nos mesmos moldes. Além disso, o seu caráter permanente engloba a garantia de não supressão de nenhuma das Forças, integradas funcionalmente ao Ministério da Defesa.

Quanto a sua regularidade, a Constituição Federal tem o intuito de, nas palavras de

4 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

5 FERREIRA FILHO, M. G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209.

OLIVEIRA (2005), “*impedir que fossem assimiladas às Forças Armadas quaisquer tropas irregulares, ou seja, que não estejam previstas em seu quadro de efetivos*”. Frise-se ainda que o ordenamento jurídico brasileiro veda a organização, mesmo que supostamente lícita, de forças militarizadas paralelas às instituídas constitucionalmente, pelo que dispõe o art. 5º, inciso XVII da CRFB. Isto é, concentra-se sob a chefia estratégica, política e jurídica do Estado brasileiro a coerção irresistível armada sobre seus nacionais e, em favor destes, contra eventual ameaça externa.

Por fim, a Carta Magna confere ao Presidente da República a autoridade suprema sobre as Forças Nacionais Militares. Sabe-se que a chefia das Forças Armadas é atribuída ao chefe de governo, que engloba a sua chefia honorária e, *pari passu*, a capacidade de afetação e de disposição da mesma. Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2012)⁶ leciona que

Mais forte é a interferência do chefe de Estado sobre as Forças Armadas nos países onde perdura a lembrança do rei-guerreiro, a conduzir as tropas a vitórias e conquistas. No Brasil, porém, a Carta de 1824 já colocava em mãos do chefe do governo e não do Estado o comando das forças de terra e mar (v. art. 102). Sob a República, evidentemente às ordens do Presidente é que foram e são colocadas as Forças Armadas (art. 142)⁷.

A questão do Comando das Forças Armadas se subdivide em uma dicotomia que envolve a sua direção política e a sua direção estratégica, ou técnica, de modo que a Constituição Federal de 1988 atribuiu aquela à subordinação ao Presidente da República, e esta à direção dos Comandantes das Forças Armadas. Entretanto, os Comandos das Forças Armadas, repise-se, permanecem sob coordenação do Executivo, através do Ministério da Defesa, na forma dos dispositivos legais trazidos pela Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, pela Medida Provisória 1799-6 e pelo Decreto 3080, os dois últimos de 10 de junho de 1999.

É salutar destacar, com isso, os efeitos jurídicos decorrentes da Emenda à Constituição nº 18, de 5 de fevereiro de 1998, que desvinculou os militares, membros das Forças Armadas, do regime jurídico dos servidores públicos federais. A emenda, em que pese o tempo desde a sua promulgação pelo Congresso Nacional, representa um marco na mudança do regime jurídico constitucional dos militares, principalmente pela alteração trazido pelo seu art. 4º, que

6 FERREIRA FILHO, M. G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 210.

7 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25 de novembro de 2019

diz

Art. 4º. Acrescente-se o § 3º. ao art. 142 da Constituição:

"Art. 142 [...]

§ 3º. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes da Forças Armadas; (grifo do autor)

A alteração traz um novo recorte ao regime jurídico que passou a se impor aos militares da União – militares da ativa, em todas as suas categorias, tais quais, alunos, conscritos, etc. – bem como qualquer cidadão convocado para o serviço ativo das FA⁸, todos eles em virtude de sua condição especial de sujeição estatal. A alteração constitucional, nas palavras de Evaldo Corrêa Chaves (2002)⁹

“[...] **concedeu ao Presidente da República a iniciativa privativa de instituir um regime jurídico próprio**, bem como uma legislação complementar, dispondo sobre provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência à reserva dos militares. [...] (grifo do autor)

1.1. Princípios constitucionais norteadores da sistemática jurídica militar: a hierarquia e a disciplina

A Constituição Federal prevê expressamente, no *caput* do art. 142, a hierarquia e a disciplina como princípios basilares da estrutura organizacional, política e jurídica das Forças Armadas. O Estatuto dos Militares, por sua vez, também consubstancia entre as normas que emergem do bojo de seus artigos a fundamentalidade de ambos os princípios, que não se confundem, atribuindo ainda proporção crescente de autoridade e responsabilidade conforme a gradação dos postos e patentes, no âmbito da estrutura hierárquica militar. Assim dispõe o art. 14 da Lei 6880/80

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A

8 A sigla é oficialmente utilizada para designar o termo “Forças Armadas”, pelo que dispõe o Código de Classificação e Tabela de Temporalidade e Destinação de Documentos de Arquivo Relativos às Atividades-fim do Ministério da Defesa. Acesso em 22.06.2019. Disponível em: http://www.siga.arquivonacional.gov.br/images/codigos_tabelas/cctt_md_2013.pdf. Acesso em 22/06/2019.

9 CHAVES, Evaldo Corrêa. Hábeas-Cópus na Transgressão Disciplinar Militar. São Paulo: Editora RCN, 2002, p. 16

autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

Cabe destacar a importância em se observar que a abrangência dos princípios da hierarquia e da disciplina são mais abrangentes que o simples exercício de poder, no sentido político, de influência no círculo hierárquico. Há que se debruçar neste momento na diferenciação e identificação da influência desses princípios no contexto do poder administrativo, distintamente da mera potestade do poder político.

Com efeito, leciona Hely Lopes Meirelles (2016)¹⁰

[...] A Administração Pública é dotada de *poderes administrativos* – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros **instrumentos** de trabalho, adequação à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados poderes **instrumentais**, diversamente dos poderes políticos, que são **estruturais e orgânicos**, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional. (MEIRELLES, 2016, p. 137)

O legislador constituinte, neste condão, estruturou a totalidade do Título V da Constituição Federal sobre as bases ordenadoras da hierarquia e da disciplina, de modo a garantir a operacionalidade da defesa do Estado e das Instituições pelas Forças Armadas do Brasil.

A grande generalidade e abstração que alcança a hierarquia e a disciplina neste contexto constitucional acaba por conferir-lhes características axiológicas de princípio normativo. Nesse sentido, Farlei Martins (2005)¹¹ expõe que ambos os princípios, consubstanciados no art. 142 da CRFB, são devem ser concebidos “*pautando e balizando toda a organização , o exercício e o desenvolvimento da função militar*”.

Os parágrafos que se seguem ao *caput* do art. 14 do Estatuto dos Militares, anteriormente descrito *ipse literis*, cuidam de conceituar hierarquia e disciplina dissociadamente, a saber:

§ 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 antigüidade no posto ou na graduação. **O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de**

10 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 137.

11 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26.

acatamento à seqüência 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.

Em consonância ao disposto, leciona Oliveira (2005, p. 29)¹²

[...] o contingente de servidores militares é muito grande. As três Forças Singulares são organizadas em vários níveis de Comando e Direção, de modo que a ordenação de convivência entre os diferentes níveis hierárquicos exige o rigor, disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores. Desde o Círculo de Graduados até o Círculo de Oficiais-Generais, prevalece o signo da hierarquia e da disciplina. O respeito a tais princípios é a base de sustentação das instituições militares” (apud DUARTE, 1995, p. 142)

A subordinação hierárquica, tal qual demonstrado, como um dos pilares da função militar constitucional no Brasil, impõe ao agente público submetido a este regime o dever de obediência. Tal princípio, portanto, vincula este agente público ao acatamento de ordem emanada por superior hierárquico, bem como viabiliza o funcionamento de toda a organização administrativa pública militar.

Da necessidade de se garantir com plenitude a regular observância do dever de obediência pelos militares, foi estruturado, no âmbito da legislação penal militar, bem como nos regulamentos disciplinares específicos de cada Força Armada, um sistema preventivo-repressivo direcionado a inibir condutas que contrariem expressamente tal dever.

De tal modo que a Codificação Penal Militar prevê expressamente, na norma que emerge do artigo 163, pena de detenção, de um a dois anos, não constituindo o fato crime mais grave, àquele, ou àquela, que “*Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução*”

Neste mesmo sentido, resguardadas as diferenças e peculiaridades ontológicas e de natureza jurídica do ilícito penal e da transgressão disciplinar no contexto do direito administrativo sancionador, a serem tratadas em capítulo próprio, os respectivos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas também descrevem, como tipos infracionais,

¹² OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

as condutas relativas à desobediência hierárquica. Todas essas constantes, respectivamente, no Anexo I do Decreto n. 4346/2002, no âmbito do Regulamento Disciplinar do Exército; no artigo 10 do Decreto 76322/75, quanto ao Regulamento Disciplinar da Aeronáutica e; no artigo 7º do Decreto 88545/83, quanto ao Regulamento Disciplinar da Marinha.

Cumpramos observarmos, nesta toada, que a obediência hierárquica decorre do dever de obediência do agente público *lato sensu*, ou seja, aos servidores públicos civis também é imposto o acatamento às ordens legais de seus superiores, bem como sua fiel execução. Entretanto, no caso específico dos militares, conforme preceitua Alexandre Henriques da Costa (2011)¹³

[...] constata-se que na Administração Pública Militar o sistema hierárquico é garantido em muito maior grau do que na Administração Pública em geral, pois naquela não se determina ao não cumprimento de uma ordem superior apenas uma sanção disciplinar delimitada pela Lei do Funcionalismo Público comum, mas a possibilidade de restringir ao militar do Estado sua liberdade, isto tanto pelo Código Penal Militar quanto pelo próprio Regimento Disciplinar da Polícia Militar.

Em que pese o objeto de estudo da obra do Autor se restrinja, fazendo menção expressa ao Regimento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, é possível que façamos uma leitura mais ampliada e, por simetria, que englobe os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas. Isto porque se dá, de maneira semelhante, a aplicação das cominações legais do Código Penal Militar sobre os militares dos Estados e da União e, quantos aos Regulamentos Disciplinares, em sua totalidade, há a previsão da sanção disciplinar restritiva de liberdade.

Neste condão, Damásio Evangelista de Jesus (2001)¹⁴ estabelece uma espécie de distinção entre o regime de obediência hierárquica a que se submetem os agentes públicos em geral e os militares, no que tange a possibilidade da realização, antes da execução de uma ordem emanada de autoridade competente a que estejam subordinados, de uma avaliação pessoal quanto à legalidade desta, bem como da necessidade ou não de fazer cumprir essa mesma ordem.

13 COSTA, A. H. A Obediência Hierárquica e o Direito Militar. Direito Militar: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 434.

14 *Código Penal Anotado*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 97 *apud* COSTA, A. H. A Obediência Hierárquica e o Direito Militar. Direito Militar: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 434.

O Autor estabelece que, quanto ao agente público em geral, não é mais cabível no nosso atual ordenamento jurídico atribuir a ele a obrigação pelo cumprimento de uma ordem manifestamente ilegal. Isto é, este mesmo agente, inferior hierárquico, poderá realizar uma autoanálise quanto à legalidade dos elementos da ordem emanada, avaliando sua legalidade, sem entretanto subverter a ordem hierárquica que estrutura o bom funcionamento da máquina pública. Nesse caso, o autor descreve que há de se realizar, nesse caso, uma apreciação relativa da ordem emanada.

Já em relação aos militares, não há que se falar em eventual análise prévia e pessoal de legalidade realizada pelo servidor dessa categoria especial de agente público. Há a necessidade premente de fiel execução da ordem emanada, decorrente, segundo o autor, do dever de obediência absoluta, e, havendo ilegalidade na ordem emanada pela autoridade superior, eiva-se de vício de ilegalidade também a sua execução. Não haverá que se aventar, entretanto, a discussão sobre sua legalidade, à medida que se passa admitir a excludente de antijuricidade por estrito cumprimento do dever).

1.2. O Estatuto dos Militares (Lei n. 6880/80): análise de recepção e constitucionalidade estatutária

O Estatuto dos Militares (Lei n. 6880/80), legislação específica com ampla gama de disposições legislativas relativas ao regime jurídico dos militares das Forças Armadas, seus regulamentos, entre outros, é objeto de discussão sobre a constitucionalidade ou recepção, parcial ou total, de seus artigos, uma vez promulgada a nova Constituição Federal, em 1988.

A esse respeito, leciona o professor Farlei Martins Ricio (2005)¹⁵

As leis anteriores à Constituição Federal foram recepcionadas naquilo que lhe é compatível. Assim, a Lei nº 6880/80 (Estatuto dos Militares) foi também recepcionada pelo atual ordenamento Constitucional, cabendo a esse diploma legal regular a situação, obrigações, deveres e direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas.

Neste sentido, a melhor doutrina e o pensamento majoritário dos doutrinadores também

15 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

concordam pela recepção da *retro* legislação, entretanto tecem ressalvas quanto àquelas disposições que vão de encontro aos preceitos fundamentais constitucionais. Em consonância a esse entendimento, Evaldo Corrêa Chaves (2002) destaca algumas das determinações legais trazidas originariamente pela Lei 6880/80, cuja incompatibilidade com o novo ordenamento constitucional impossibilitou sua recepção, como, por exemplo, a restrição ao militar de poder ingressar em juízo sem a prévia autorização de superior hierárquico.

A restrição impunha premente violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁶, de modo a dificultar e, por vezes, impedir, a tutela jurisdicional, capaz de afastar ou impedir eventual lesão a direito. A restrição, cabe ressaltar, poderia ainda ser fator propulsor de outras violações, em última instância, a outros princípios fundamentais. Isto é, a necessidade de autorização de superior hierárquico para ingressar demanda no poder judiciário daria azo a práticas autoritárias, de abuso de autoridade, que violam a garantia à proteção da dignidade da pessoa humana, inerente a todos os cidadãos brasileiros, inclusive militares.

Restringindo-se o objeto da discussão para o dispositivo da lei que diz respeito ao regime jurídico sancionador, e que por conseguinte rege os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, discute-se, há algum tempo, na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores, quanto à constitucionalidade ou recepção do art. 47, em especial em relação ao seu *caput*, disposto na Seção III do Estatuto. *In verbis*:

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

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

§ 2º À praça especial aplicam-se, também, as disposições disciplinares previstas no regulamento do estabelecimento de ensino onde estiver matriculada.

A disposição do *caput* do referido artigo confere às Forças Armadas a competência para especificar e classificar as transgressões disciplinares, e a forma de aplicação, amplitude e outras disposições atinentes às sanções administrativas, inclusive quanto àquelas que importam em restrição da liberdade do transgressor, como a detenção e a prisão.

O disposto abre discussão para o conflito aparente com a norma de direito

16 Art. 5º, inc. XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil.

fundamental trazida pelo inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, que assim determina:

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

LXI - **ninguém será preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar** ou crime propriamente militar, **definidos em lei**; (grifo do autor)

Há que se destacar que, reflexamente e em virtude da inobservância do inciso supracitado, também se discute sobre a violação do princípio constitucional da legalidade na Administração Pública, consubstanciado no art. 37, caput da Constituição Federal. Militando, portanto, no sentido de reconhecer-se pela não recepção do art. 47 e indo de encontro ao pensamento majoritário doutrinário, cuja controvérsia tem por pacificada no sentido de normalidade legal e consonância ao preceito fundamental trazido pelo inciso XLI do art. 5º da CRFB, CHAVES (2002)¹⁷ destaca que

É sabido que o art. 84, IV da CF determina que regulamento deve ser expedido para fiel execução da lei. E somente através desta (discutida, votada e aprovada no Congresso Nacional ou nas Assembleias Legislativas) é que o Poder Executivo pode impor direitos e obrigações.

Resta, assim, que só é constitucional a imposição de determinados tipos de conduta, que, se infringidos, poderão resultar em infração disciplinar, se expressos em Lei. Cabe somente à lei impor determinadas conduta, mesmo ao militar. Relação esse em cláusula fechada, sem outras cogitações, com a cominação expressa da pena a ser imposta, para também atender ao princípio da reserva legal.

Com isso, a hipótese a ser aventada corretamente é de não recepção da norma que emerge do art. 47 da Lei 6880/80, não havendo que se falar em sua inconstitucionalidade, uma vez que a incompatibilidade com a norma constitucional se deu de maneira superveniente – a Constituição Federal anterior, de 1967, admitia a hipótese prevista no referido artigo. Para tanto, haveria que se arguir pelo descumprimento de preceito fundamental do *retro* artigo, nos termos do inciso primeiro do art. 1º, parágrafo único da Lei 9882/99¹⁸, não sendo cabível, portanto, eventual arguição de inconstitucionalidade da mesma.

17 CHAVES, Evaldo Corrêa. *Hábeas-Cópus na Transgressão Disciplinar Militar*. São Paulo: Editora RCN, 2002, p. 20

18 Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais¹⁹ e o STF tem entendido pela recepção do art. 47 do Estatuto dos Militares e, conseqüentemente, pela recepção constitucional dos Decretos Presidenciais que disciplinam os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas. O dispositivo a seguir, extraído do Acórdão exarado, em sede de julgamento da Apelação Criminal nº 2004.71.13.001803-8/RS²⁰, pelo TRF-4, demonstra um exemplo de orientação jurisprudencial acerca da controvérsia que chega ao Judiciário. Senão, vejamos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRANSGRESSÃO MILITAR. PRISÃO CABIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OBEDIÊNCIA. 1. **A teor do que dispõe o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, as sanções previstas para a transgressão disciplinar estão definidas na Lei nº 6.880, limitando-se o Decreto nº 4.346/2002 somente a especificá-las.** 2. O Comandante militar respeitou a legislação vigente para a aplicação da punição disciplinar, o que demonstra a legalidade do ato impugnado. (TRF 4ª R., ACR nº 2004.71.13.001803-8/RS, Des. Fed. NÉFI CORDEIRO, 7ª T., un. DJ nº 16/11/2005, p. 1002).

Neste sentido, a jurisprudência tem se posicionado reconhecendo que os respectivos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, ao descreverem condutas puníveis, na forma de transgressões disciplinares, bem como a conseqüente penalidade administrativa das respectivas infrações administrativas militares, restritiva ou não de liberdade, não atuam inovando legislativamente, como veda tacitamente o inciso XLI do art. 5º da CRFB. Isto é, quem o faz, ou seja, quem cria a norma legislativa fundamentada na reserva legal do referido inciso é o próprio art. 47, do Estatuto dos Militares, tendo os Regulamentos apenas se limitado a regulá-las, especificando-as.

As decisões dos Tribunais Regionais Federais e do próprio Supremo Tribunal Federal se orientam pelo entendimento firmado em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3340, cuja improcedência deu pelo não conhecimento da Ação, sendo votos vencidos os dos Ministros Marco Aurélio, Relator, Ellen Gracie e Carlos Peluzo, em 2005²¹. A ADIn, requerida pela PGR, versava pela inconstitucionalidade do Decreto nº

19 O controle jurisdicional exercido sobre os atos disciplinadores exarados por autoridade militar em desfavor de subordinado hierárquico, como nos casos de imposição de penalidade por transgressão disciplinar, é exercido pela Justiça Federal, em virtude do vínculo funcional com a União, conforme disposto no art. 109, I da CRFB.

20 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308599969&ext=.pdf>. Acesso em 22/06/2019.

21 Em apertada síntese, a maioria dos Ministros decidiu pelo não conhecimento da ADIn 3340 seguindo a orientação do Ministro Relator para o Acórdão Gilmar Mendes, que encaminhou o voto nesse sentido em virtude de a Procuradoria Geral da República não haver especificado quais artigos do Regulamento do Exército seriam objeto, especificamente, do pedido de declaração de inconstitucionalidade, conforme determina o artigo 3º, inciso I da Lei 9868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

4346/2002, que disciplina o Regulamento Disciplinar do Exército, tendo como fundamento justamente a violação ao art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal, alegando ainda que a Carta Magna de 1988 não recepcionara o art. 47 da Lei 6880/80.

1.3. Os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas

Para que seja possível realizar um estudo mais aprofundado sobre os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, principais fontes normativas dos procedimentos administrativos disciplinares, é fundamental delinear, inicialmente, os contornos formais e materiais dos chamados regulamentos.

Os regulamentos, que, quanto a sua natureza jurídica, figuram no ordenamento jurídico brasileiro como espécie do gênero ato administrativo, não devem, entretanto, ser igualados aos decretos. Segundo MEIRELLES (2016, p. 205)²², eles não devem ser confundidos à medida que são atos que operacionalizam aqueles, ou seja, os decretos atuam sobre os regulamentos de modo a torná-los vigentes, produzindo seus efeitos na amplitude de sua eficácia.

Entretanto, para Carvalho Filho (2015, p. 137)²³, há que se observar a coexistência de uma diversidade de espécies de decretos, e não somente uma única espécie regulatória. Para ele, os regulamentos

A despeito de serem exteriorizados através de forma própria, constituem apêndices de outros atos, mais comumente os decretos (embora nem sempre). Esses atos é que os colocam em vigência. Trata-se, no entanto, de diversos – um é o regulamento e outro é o ato administrativo que o põe em vigor no mundo jurídico. No que concerne à função regulamentadora, no entanto, o objeto (ou conteúdo) de decretos regulamentares e regulamentos mostra-se idêntico, isto é, destinam-se aos mesmos fins. Observe-se, porém, que, pela diversidade de objetos, são atos distintos o decreto regulamentar e o decreto que põe o regulamento em vigor: aquele visa à função regulamentar, enquanto este se dedica tão somente a conferir vigência ao regulamento.

Tomando pela função regulamentadora dos decretos que põem em vigência os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, se insurgem os principais pedidos de declaração de inconstitucionalidade dos mesmos, tal como visto anteriormente em face do Decreto 4346/2002. Este operacionaliza o Regulamento Disciplinar do Exército, tornando-o

22 MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 205.

23 CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 137.

vigente.

É sabido: o referido Decreto, exarado pelo Presidente da República, no uso de suas atribuições, conferidas constitucionalmente pelo art. 84, IV da Constituição Federal, aparentemente extrapola a reserva legal consubstanciada no art. 142, X da CRFB, que dispõe que “*a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres...*” (grifo do autor).

Ato contínuo, o referido Decreto, repise-se, aparenta confrontar diretamente a garantia constitucional cristalizada pela Constituição Federal, nos termos do art. 5º, LXI, de não ter, o militar, sua prisão decretada, em virtude de transgressão disciplinar, antes que a Lei disponha das condutas puníveis e suas consequentes sanções administrativas.

E ainda, se o decreto anterior²⁴ que disciplinava o então Regulamento Disciplinar do Exército, decretado em conformidade com a então vigente Constituição Federal de 1967, adentrou à nova ordem constitucional, sendo recepcionado materialmente como lei ordinária, caberia à mesma espécie de lei revogá-la, mas jamais mediante novo decreto²⁵.

A esse respeito, leciona Arruda (2007)²⁶ se posicionando contrariamente à validade destes decretos e repisando a necessidade da observância da reserva legal para a previsão de sanção disciplinar militar privativa de liberdade. Argumenta ainda que é largamente defendido na doutrina a recepção dos referidos Decretos anteriores à promulgação da CRFB ainda na vigência das Constituições anteriores, o que se configura um equívoco à medida que estas também vedavam outra forma de se legislar sobre a matéria que não fosse diretamente pelo Congresso Nacional.

24 Decreto n. 90.608/84

25 Anote-se a doutrina de José Santos Carvalho Filho acerca do tema: “Sob a égide da Constituição de 1967, sustentava-se a existência de regulamentos autônomos pela circunstância de se conferir ao Presidente da República competência para dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal.60 A vigente Constituição, entretanto, teve dicção diferente, atribuindo competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal “*na forma da lei*”, insinuando a supressão de qualquer autonomia normativa para o Presidente da República” (*Manual de Direito Administrativo*, p. 64).

26 ARRUDA, João Rodrigues (2007). O Uso político das Forças Armadas e outras questões militares. 1. ed. Rio de Janeiro. Mauad X, 2007. p. 48.

Em contrapartida, Rafael Munhoz Neto (2001)²⁷ argumenta em favor da possibilidade da existência de leis que prescrevam os ilícitos administrativos militares sem a devida precisão, dando espaço para a definição mais precisa em sede de Regulamentos, tal qual a realidade do nosso ordenamento jurídico, em virtude de o princípio da legalidade no campo das relações especiais de sujeição estatal sofrer uma necessária relativização.

Tomando, nesse contexto, o Regulamento Disciplinar do Exército para a presente análise, temos que o Decreto 4346/2002, o único sob a nova égide constitucional, de 1988, dispõe sobre o regimento disciplinar, especificamente incidente sobre os militares desta FA, em virtude de suas peculiaridades operacionais, de atuação em terra e que refletem, inclusive, sobre a conduta de seus militares.

Acerca do *retro* regulamento, assim leciona Evaldo Chaves Corrêa (2002, p. 20)²⁸

Exsurge, assim, que as pessoas sabem que o Exército Brasileiro tem, em terra firme, suas atividades principais: exercitar a guerra em tempo de paz, tanto no interior dos quartéis, como em campos de instrução; e por diferir da Marinha, da Aeronáutica e das Forças Auxiliares, a conduta de seus integrantes foi normatizada por um regulamento específico, conhecido por RDE.

Em observância às especificidades da atividade exercida pela Marinha do Brasil, tem-se vigente o Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM), aprovado pelo Decreto n. 88.545/83. A diversidade operacional exercida pela Força Naval impôs um novo tipo de regulamento disciplinar, capaz de atender às peculiaridades, por exemplo, dos expedientes em navios de guerra, exercidos pelos marinheiros e fuzileiros navais a bordo dessas naus.

As atividades de Marinha, em que pese serem executadas tanto em terra quanto no mar, são voltadas para o suporte e a garantia logística no teatro de operações marítimo, e dos navios envolvidos nas operações. Ao regulamento impôs-se, portanto, a necessidade de se descrever as condutas típicas de transgressão disciplinar observando as especificidades das atividades dos marinheiros, fuzileiros navais e outros militares de marinha.

Por fim, o Regulamento Disciplinar da Força Aérea Brasileira (RDAEr), sob condições

27 MELLO, Rafael Munhoz de (2001). Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.), Devido Processo Legal na Administração Pública. São Paulo. Max Limonad. p. 117.

28 CHAVES, Evaldo Corrêa. Hábeas-Cópus na Transgressão Disciplinar Militar. São Paulo: Editora RCN, 2002, p. 20.

jurídicas e constitucionais²⁹ praticamente similares às conformidades da época em que se disciplinou o Regulamento Disciplinar da Marinha, foi aprovado pelo Decreto n. 76.322/75, sendo recepcionado, da mesma forma que o RDM, pela Constituição Cidadã de 1988.

Ademais, em que pese a Aeronáutica atue não somente sobre o espaço aéreo, mas também em exercícios terrestres, o RDAEr foi assim disciplinado com independência material e formal, em relação aos outros regulamentos, em virtude das peculiaridades das atividades da Força Armada a que se vincula, em que as condutas a serem tipificadas como transgressões disciplinares estariam predominantemente relacionadas à atividade aeronáutica, no âmbito de bases aéreas, a bordo de aeronaves etc.

29 O ato normativo foi editado conforme a amplitude de poder regulamentar conferido ao Executivo pela Constituição Federal de 1967.

2. O ATO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR MILITAR

A análise a partir deste ponto se atém aos requisitos do ato administrativo comum, seus atributos, bem como ao estudo do mérito administrativo. O estudo então prossegue para a identificação do ato sancionador militar como espécie da modalidade comum, a discussão acerca de sua classificação ontológica, uma breve discussão acerca transgressão disciplinar como espécie do gênero ilícito administrativo, para, por fim, se suceda ao estudo da amplitude do controle judicial sobre esses atos.

2.1. Os requisitos do ato administrativo

O estudo do ato administrativo tem caráter fundamental, desde a sua classificação e diferenciação dos principais institutos de Direito que a ele se assemelham, bem como sua identificação como manifestação da vontade administrativa, para o posterior estudo de seu controle judicial na condição de espécie de ato administrativo sancionador militar.

A principal discussão doutrinária existente se dá sobre a diferenciação dos atos administrativos e de outros institutos existentes no ordenamento jurídico, tais quais os fatos administrativos e os atos da administração, respectivamente. Segundo DI PIETRO (2017, p. 270)

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado fato jurídico e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.³⁰

Ainda segundo a autora,

Partindo-se da ideia da divisão de funções entre os três Poderes do Estado, pode-se dizer, em sentido amplo, que todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração. Essa expressão – ato da Administração – tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.

Notadamente, a respeitadíssima autora discerne o fato administrativo pela subsunção de determinado fato a uma norma existente de direito administrativo, com efeitos dentro deste

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

campo. Em contrapartida Carvalho Filho³¹ entende o fato administrativo numa concepção mais abrangente, ligado à existência de um fenômeno que reverbere seus efeitos no âmbito da administração pública.

Ao discorrer sobre uma definição do que seria fato administrativo, o autor ensina que

a noção indica tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração, um movimento na ação administrativa. Significa dizer que a noção de fato administrativo é mais ampla que a de fato jurídico, uma vez que, além deste, engloba também os fatos simples, ou seja, aqueles que não repercutem na esfera de direitos, mas estampam evento material ocorrido no seio da Administração.

Em contrapartida, o autor possui definição parecida àquela oferecida por Maria Sylvia Zinella Di Pietro sobre os atos da administração, a saber:

A expressão *atos da Administração* traduz sentido amplo e indica todo e qualquer ato que se origine dos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo em qualquer dos Poderes. O emprego da expressão não leva em conta a natureza deste ou daquele ato. Significa apenas que a Administração Pública se exprime, na maioria das vezes, por meio de atos, de forma que, ao fazê-lo, pratica o que se denomina de *atos da Administração*. O critério identificativo, portanto, reside na *origem* da manifestação de vontade.

Os atos administrativos, portanto, abrangem determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa, constituindo espécie do gênero ato da administração. A conceituação de ato administrativo, nesse condão, visa reunir sobre esta única espécie o conjunto de atos da administração com as mesmas características, e sujeitos ao mesmo regime jurídico.

Como conjunto de características individualizadoras deste ato, que consubstancia a vontade administrativa, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 173), que diferencia essencialmente o ato administrativo do ato jurídico, oriundo do direito civil e manifestamente comum ao direito privado, pela finalidade pública, assim conceitua

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

31 CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 167.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro³², por sua vez, destaca a existência de uma definição mais analítica acerca dos atos administrativos, conceituando-os de acordo com critérios objetivos e subjetivos. Este diz respeito a quem o pratica, sendo ato administrativo aquele ditado por órgão administrativo.

Esta definição é criticada pela doutrina à medida que exclui os atos emanados pelo legislativo, judiciário e por entes de idêntico regime jurídico, somente pelo fato de não estarem incluídos naquele. A crítica, dessa forma, atribui falta de rigor científico à definição. O segundo critério abordado por Di Pietro (2017, p. 273) é o objetivo, que individualiza um ato da administração como um ato administrativo se *“praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.”*

Para CARVALHO FILHO³³, o ato administrativo se caracteriza a partir de três pressupostos fundamentais, a saber

Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

O autor esclarece a necessidade de o agente público, ao praticar o ato administrativo e, com isso, manifestar a vontade administrativa, para que seja caracterizado o ato como tal, aquele deve estar no exercício de função pública ou a pretexto de exercê-la. Com isso, conceitua o ato administrativo como sendo *“a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”*.

Havendo realizado o recorte do ato administrativo, reunindo as principais posições de doutrinadores acerca de suas características individualizadoras no ordenamento jurídico, cumpre observarmos os principais requisitos formadores desses atos, que compõem a sua infraestrutura.

Tradicionalmente, a doutrina administrativista atribui ao ato administrativo cinco

32 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 272.

33 CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 170 -171.

principais requisitos para sua validade, sendo eles requisitos fundamentais e inerentes a quaisquer espécies de ato administrativo, e nele se inclui o ato disciplinar, mais ainda o emanado por autoridade militar.

O requisito da competência para a válida emanção do ato administrativo tem significado mais amplo que o instituto de direito civil da *capacidade*, que diz respeito à possibilidade de a alguém ser atribuída a titularidade de determinada relação jurídica. Mais amplo no sentido de que a competência administrativa vincula o agente público à estrita e prévia determinação legal, além dos requisitos supramencionados da capacidade.

É o que preleciona CARVALHO FILHO³⁴, segundo o qual como “*o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente*”. A competência, portanto, constitui requisito de validade *prima facie*. Ou seja, o ato administrativo praticado por agente público cuja competência não haja sido pré estabelecida pelas normas constitucionais, ou pelas normas administrativas, bem como extrapolando competência legal, é ato inválido.

Maria Sylvia Zinella Di Pietro (2017, p. 283) denomina de *sujeito* “*aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato*”. Em consonância com o lecionado pelo professor Carvalho Filho, trata-se de instituto mais amplo que a capacidade, oriunda do direito civil e segundo o qual o sujeito é titular de direito de obrigações jurídicas, haja vista que aquele que pratica o ato administrativo deve ser, além de capaz, competente.

Leciona Hely Lopes Meirelles (2016, p. 175) que

“A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, entretanto, ser delegada e avocada, desde que permitam as normas reguladoras da administração. Sem que a lei faculte essa deslocação de função, não é possível a modificação discricionária da competência, porque ela é elemento vinculado de todo ato administrativo, e, pois, insuscetível de ser fixada ou alterada ao nuto do administrador e ao arripio da lei.”

Em paralelo especificamente ao ato administrativo militar, o requisito da competência é igualmente necessário para sua legalidade e validade no ordenamento jurídico. As principais

³⁴ CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 107.

normas definidoras de competência dentro da esfera da Administração Militar Federal são a Lei 13.844/2019, que estabelece a organização básica da Presidência da República e dos Ministérios; o Decreto 9.570/2018, que aprova a estrutura regimental do Ministério da Defesa, dentre outras.

Notadamente, os Regulamentos Disciplinares, objeto de análise da presente pesquisa, delimitam e vinculam o ato sancionador militar das respectivas Forças Armadas. Neste condão, exemplifica Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2010, p. 93) que

um tenente-coronel da Aeronáutica, comandante de unidade aérea, é competente para aplicar punição disciplinar a todos os militares que servirem sob seu comando 11 . Assim, se um sargento “A” , sem estabilidade assegurada, pertencente ao efetivo desta unidade aérea, pratica uma determinada transgressão disciplinar, caberá ao aludido oficial aplicar-lhe, discricionariamente, a punição disciplinar que melhor se adequar ao caso concreto. Se optar pela pena de prisão, não poderá ultrapassar o limite máximo contido no anexo II do RDAer, quadro de punições máximas, que, neste caso, são 20 (vinte) dias. Todavia, se este teto for ultrapassado, o ato será ilegal, em decorrência da extrapolação da competência a ele atribuída por lei.

Outro requisito inerente ao ato administrativo é a forma e, diferentemente do ato jurídico privado em que a forma constitui elemento prescindível e onde a vontade das partes manifesta-se livremente, no direito público a forma constitui elemento vinculado à validade do ato. Segundo Hely Lopes Meirelles (2016, p. 176)

Todo ato administrativo é em princípio formal. E compreende-se essa exigência pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, frequentemente, pela própria administração e até pelo judiciário, para verificação de sua validade.

A vinculação à forma, entretanto, se dará em maior ou menor grau a depender, principalmente, da possibilidade de violação ou afetação de direitos dos administrados. Isso importa em dizer que a forma escrita dos atos administrativos se darão, em regra, sem entretanto estar a Administração Pública impedida de praticar determinado ato administrativo da forma que lhe parecer mais viável ou adequada.

Nesse condão, a lei 9784/99, que regulamento o Processo Administrativo Federal, consagra uma forte desvinculação da forma, trazendo no bojo de sua legislação a opção legislativa pelo informalismo. Notadamente, o *caput* do artigo 22 da referida lei determina que “*os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando*

a lei expressamente a exigir”³⁵.

Ademais, os parágrafos do referido artigo exigem minimamente a vinculação formal desses atos, a saber, no parágrafo primeiro; que o sejam por escrito, em vernáculo, informados a data e o local de sua realização e assinatura da autoridade responsável; no parágrafo 2º, que seja exigido o reconhecimento de firma somente em havendo dúvida acerca da autenticidade da assinatura, salvo imposição legal e; que ao órgão administrativo é permitido realizar a autenticação de cópias de documentos exigidos, conforme determina o parágrafo terceiro do referido artigo.

Por fim, o ato administrativo pode assumir formas distintas da convencional, e a que ordinariamente está vinculado. Conforme leciona DI PIETRO (2017, p. 288) “*Excepcionalmente, admitem-se ordens verbais, gestos, apitos, sinais luminosos; lembrem-se as hipóteses do superior dando ordens ao seu subordinado ou do policial dirigindo o trânsito.*” Na prática da função militar, esses atos com forma distinta da ordinária são extremamente comuns.

Entretanto, em consonância com o objeto de estudo deste trabalho, vamos nos ater à forma ordinária que vincula os atos administrativos em geral, e em especial aqueles que importam em sanção disciplinar emanadas por autoridade militar. Isto é, o exercício do ato sancionador militar no âmbito das Forças Armadas segue a forma de seus Regulamentos Disciplinares específicos.

O artigo 36 do Decreto 76.322/1975 regulamenta, para os militares da Força Aérea Brasileira, a aplicação de sanção disciplinar, sendo obrigatoriamente publicada em boletim, preenchidos os requisitos de conteúdo material da publicação nos termos do referido artigo. Nesse mesmo sentido prescrevem a forma dessa espécie de ato o artigo 21 do Decreto 88.545/1983, Regulamento Disciplinar da Marinha e no artigo 34 do Decreto 4.346/2002, o Regulamento Disciplinar do Exército.

Já o objeto do ato administrativo constitui o seu conteúdo, englobando a manifestação de vontade da administração pública ou declarando e reconhecendo fato previamente existente. Segundo Hely Lopes Meirelles (2017, p. 177) “*Todo ato administrativo tem por objeto a*

35 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em 25 de novembro de 2019.

criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.”

Régis Fernandes de Oliveira³⁶ aponta ainda uma distinção entre objeto e conteúdo do ato administrativo, em que aquele se trata da coisa, relação ou atividade sobre a qual irá recair o conteúdo do ato. O ato sancionador militar portanto tem por conteúdo a aplicação de uma penalidade, recaindo sobre o objeto do ato, o qual seria o ilícito administrativo, a transgressão disciplinar.

Consta observar que para o presente estudo nos importa entender o objeto do ato administrativo segundo seus efeitos jurídicos ou, conforme a segunda característica, quanto ao conteúdo do ato. Nesse condão, o ato administrativo válido tem em si próprio um objeto lícito. A licitude do objeto é portanto requisito de validade.

Ainda segundo José dos Santos Carvalho Filho³⁷

A licitude é, pois, o requisito fundamental de validade do objeto, exigível, como é natural, também para o ato jurídico. O Código Civil em vigor foi mais preciso no que toca a tais requisitos de validade, exigindo que, além de lícito e possível, o objeto deve ser também determinado ou determinável(art. 104, II).

O motivo compõe requisito do ato administrativo de forma a autorizar ou determinar sua realização. Como requisito do ato administrativo perfeito, ganhou carga axiológica por força legal o artigo 50, *caput*, da Lei 9784/1999, se manifestando através da necessidade, em regra, da exposição de fatos e fundamentos jurídicos quando emanados. O referido dispositivo tem o condão de descrever os atos cuja vinculação a um motivo é obrigatória.

Leciona Hely Lopes Meirelles (2017, p. 178) que

Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), a motivação é, em regra obrigatória. Só não o será quando a lei a dispensar ou se a natureza do ato for com ela incompatível.

36 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. apud DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

37 CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 180.

É portanto inerente aos atos discricionários ou vinculados a necessidade da existência de motivo que fundamente a prática do ato administrativo. Não havendo disposição legal que o exija, será da plena discricionariedade da Administração Pública praticá-lo tendo por fundamento determinado motivo. Tendo-o atribuído, fica vinculada a Administração aos mesmo motivos aduzidos, se incumbindo da comprovação de sua existência e, sendo falsos ou inexistentes, invalidam o ato, em consonância com a chamada Teoria dos Motivos Determinantes.

Cumpre destacarmos a distinção entre motivo e motivação que a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 290) realiza. A autora leciona que os motivos se depreendem do próprio fato que enseja a prática do ato administrativo, são preexistentes a eles. A motivação, nesse condão, reúne o conjunto de motivos e se materializa sob a forma de parecer, laudo, considerandas. Isto é, a motivação compõe a exposição de motivos do ato administrativo.

No ato sancionador militar, notadamente, a Administração Pública Militar deverá, para que seja possível a aplicação da punição, demonstrar cabalmente a existência do fato que o motivou. É certo que as motivações do ato deverão constar no processo disciplinar a se instaurar previamente, sob pena de nulidade ou invalidação da sanção disciplinar.

Isto também porque, para além da possibilidade de nulidade ou invalidação do ato por inexistência de motivo, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 189), faltará ao ato sancionador a necessária congruência entre o motivo e o resultado do ato. A este respeito, prescreve o autor

Sendo um elemento calcado em situação anterior à prática do ato, o motivo deve sempre ser ajustado ao resultado do ato, ou seja, aos fins a que se destina. Impõe-se, desse modo, uma *relação de congruência* entre o motivo, de um lado, e o objeto e a finalidade, de outro. [...] Encontra-se a exigência dessa compatibilidade na própria lei. A Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular, depois de considerar nulos os atos que tenham o vício da inexistência de motivos (art. 2º, “d”), procura definir o que significa tal distorção: “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” (art. 2º, parágrafo único, “d”).

Finalmente, a finalidade, como requisito do ato administrativo, orienta-la-á à

consecução da satisfação do interesse público, em detrimento do interesse privado. Nessa toada, o motivo, que direciona a prática do ato, caminha em direção à finalidade, qual seja o atendimento ao interesse público.

O atendimento ao interesse público se dá pela vinculação dos atos administrativos aos princípios da moralidade e da impessoalidade, consubstanciados no dispositivo do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Notadamente, o não atendimento ao interesse público constitui desvio de finalidade, violando os princípios supracitados, e tornando nulo o ato administrativo, ou invalidando-o.

A definição de desvio de finalidade tem previsão legal na alínea “e” do Parágrafo Único do artigo 2º da Lei 4717/1965³⁸, a Lei da Ação Popular, *in verbis*

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Majoritariamente os doutrinadores realizam a inteligência do referido artigo de forma a atribuir um caráter indissociável de correlação entre finalidade e competência, seja em relação aos atos administrativos vinculados ou àqueles cuja prática do ato pelo agente público se oriente de forma discricionária.

Essa posição traz também o entendimento de que a lei, simultaneamente, ao definir a competência e a amplitude das atribuições do agente público, também o vincula automaticamente à finalidade a ser perseguida pelo agente. Donde decorre que, incorre em desvio de poder, o exercício das atribuições, e por conseguinte da competência de determinado agente público, de forma distinta daquela a que foi vinculado legislativamente.³⁹

Cumprido destacar que finalidade e objeto, enquanto requisitos do ato administrativo perfeito, distinguem-se essencialmente quanto ao resultado ou aos seus efeitos.

³⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm. Acesso em 25 de novembro de 2019.
³⁹ CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 191.

Manifestamente, o objeto do ato administrativo representa seu fim imediato, concretizando-se pela execução de determinado fim prático, de caráter variável. Diferentemente da finalidade que representa um fim mediato to ato administrativo, e invariável, estando vinculado ao atendimento do interesse público.

Nesse condão, o ato sancionador militar, por ser espécie do gênero ato administrativo, assume prerrogativas semelhantes àquelas presentes nos requisitos do ato administrativo comum. A finalidade da sanção disciplinar militar busca atingir o interesse público, de forma mediata, garantindo a prevalência do interesse da Administração Militar em detrimento dos interesses do militar que comete transgressão disciplinar⁴⁰.

2.2. Os atributos do ato administrativo

Conhecidos os requisitos doutrinariamente construídos e legalmente atribuídos ao gênero ato administrativo e que, numa análise posterior, irá permitir identificar a atuação judicial sobre os vícios de legalidade que recaem sobre eles, passamos a analisar os principais atributos do ato administrativo e que, fundamentalmente, o distingue dos atos jurídicos privados.

O primeiro atributo trazido à análise é o da presunção de legitimidade que, invariavelmente, seja em virtude da espécie ou do grau de vinculação do ato administrativo, é reconhecido para os seus fins de direito. A presunção de legitimidade nasce do princípio da legalidade na Administração Pública, consubstanciado no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A presunção de legitimidade portanto terá o condão de permitir que o ato praticado tenha a plena execução de seus efeitos imediatamente após sua emanção, independentemente de eventual existência de vício que o macule. A cessação de seus efeitos, ou a sua suspensão, portanto, em virtude da existência de eventual vício, será feita apenas após o pronunciamento

40 PINHEIRO, M. F. T. O Ato Punitivo Disciplinar à Luz da Teoria do Ato Administrativo. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 415.

de sua nulidade, seja a própria Administração Pública no exercício da autotutela, seja pela interpelação da via judicial.

Cuide-se saber também que eventual arguição de vício ou defeito do ato praticado por agente público terá por efeito a atribuição do ônus da prova a quem o invoca. Isto é, a eficácia do ato impugnado não cessará seus efeitos até que aquele que arguiu nulidade ou defeito do ato administrativo possa prová-lo cabalmente.⁴¹

A inversão do ônus da prova para arguição da nulidade do ato impugnado decorre de presunção *ius tantum* da legitimidade e da veracidade do ato. Isto é, o ato emanado segue surtindo seus efeitos até que se prove sua ilegalidade, não estando portanto revestido de presunção absoluta de legitimidade, o que afastaria eventual controle de legalidade externa à Administração Pública.

Outro efeito diretamente observado da presunção da legitimidade, ou da veracidade, do ato administrativo emanado por agente público é a sua consequente autoexecutoriedade, a ser tratada ulteriormente.

Há entretanto que se destacar a análise crítica de Gordillo⁴², para quem o ato administrativo manifestamente nulo, ou eivado de vício, não deve ter a ampla presunção de legitimidade, como é ordinariamente atribuído a todos os atos. Por conseguinte não haveria necessariamente a inversão do ônus da prova, se limitando às situações de comprovação fática, e não ocorrendo nas situações de mera confrontação com o ordenamento jurídico. Segundo ele

Admitir la presunción de legitimidad em forma amplia, como lo hizo la Corte Suprema em el pasado, lleva a la consecuencia de proteger la arbitrariedad administrativa, facilitar el exceso, dificultar la efectiva vigencia de los derechos de los individuos

41 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 183.

42 GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 3: El Acto Administrativo. 10 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011. p. V-14.

Não encontra entretanto, no nosso ordenamento jurídico, guarida a crítica de Gordillo, em especial quanto aos atos administrativos emanados por autoridade militar. Isto porque são atos submetidos a um regime jurídico mais contundente, sendo fortemente influenciados pelos princípios da hierarquia e da disciplina, mormente os atos sancionadores militares.

Temos, portanto, que o ato sancionador militar presume-se, da mesma forma, condizente com a previsão legal que o regula ao ser emanado, presumindo-se ainda a existência de transgressão disciplinar por parte do militar que sofre a sanção – presunção acerca da motivação do ato.⁴³

O maior grau de presunção de legitimidade do ato disciplinar militar é muito bem demonstrado pela análise do artigo 12, *caput*, conjugado com a leitura de seu parágrafo 2º, do Regulamento Disciplinar do Exército, *in verbis*

Art. 12. Todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina, deverá participá-lo ao seu chefe imediato, por escrito.

§ 2º Quando, para preservação da disciplina e do decoro da Instituição, a ocorrência exigir pronta intervenção, mesmo sem possuir ascendência funcional sobre o transgressor, a autoridade militar de maior antigüidade que presenciar ou tiver conhecimento do fato deverá tomar providências imediatas e enérgicas, inclusive prendê-lo "em nome da autoridade competente", dando ciência a esta, pelo meio mais rápido, da ocorrência e das providências em seu nome tomadas.

Do artigo se extrai o que é denominado, no meio militar, de “parte”, em que todo militar que tem conhecimento de fato contrário à disciplina deve participá-lo ao seu chefe imediato. A partir disso, e da leitura do parágrafo segundo do mesmo artigo, observa-se a autorização regulamentar para a autoridade de maior antigüidade a presenciar fato que exige pronta intervenção, e para a preservação da disciplina, tomar providências enérgicas em nome da autoridade competente – inclusive ordenando prisão.

43 PINHEIRO, M. F. T. O Ato Punitivo Disciplinar à Luz da Teoria do Ato Administrativo. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 416.

Em síntese, a atribuição de presunção de legitimidade ao ato sancionador de superior que se arroga das prerrogativas de determinada autoridade competente, aplicando sanção de prisão, por prazo não maior que 72 horas – pela inteligência do parágrafo terceiro do mesmo artigo – tem claramente amplitude maior e mais premente que ordinariamente se atribui aos atos administrativos comuns.

A imperatividade por sua vez é a característica inerente a uma parcela dos atos administrativos que impõe coercibilidade ao seu cumprimento ou a sua execução. Diz-se que apenas uma parcela dos atos possuem este atributo à medida que outros atos, tais quais os enunciativos, bem como os negociais, o dispensam⁴⁴

Diferentemente destas últimas espécies de atos administrativos, os atos disciplinares possuem como atributo inerente a sua estrutura a imperatividade, revestindo-se de força impositiva própria do Poder Público. A imperatividade desses atos obrigam a fiel execução pelo administrado, ou particular, sob pena de execução forçada, em virtude de outro atributo do ato sancionado, a saber, sua autoexecutoriedade.

O princípio da supremacia do interesse público garante ao ato administrativo a coercibilidade necessária para a execução dos atos administrativos por particulares, em detrimento de seus interesses privados. Não podendo o particular se opor ao cumprimento ou à fiel execução do ato administrativo emanado em conformidade com a lei, decorre por consequência a sua exigibilidade pela própria imperatividade do ato⁴⁵.

Quanto aos atos emanados por autoridade competente militar, observa-se também, e da mesma forma que ocorre quanto a presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo no regime jurídico militar, a incidência em maior amplitude da imperatividade e coercibilidade em sua execução. Notadamente, esses atos, e neles se incluem aqueles que aplicam sanção administrativa, necessitam de maior coercibilidade para operacionalização do

44 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 186.

45 CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 192.

cumprimento da função institucional das Forças Armadas, como a defesa do território nacional, a garantia da lei e da ordem, etc.

Por fim, a autoexecutoriedade, atributo mais importante atribuído aos atos administrativos, garante à Administração Pública a execução e o cumprimento de seus atos sem a necessidade de intervenção ou fazer cumprir seus atos por intermédio de outros poderes. A autoexecutoriedade portanto tem o condão de permitir ao ato administrativo que, a partir de seus efeitos, crie direitos e obrigações, submetendo a todos que se situem sobre a sua órbita de incidência⁴⁶

Sobre o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, leciona Carvalho Filho

A vigente Constituição instituiu linhas mais restritivas à autoexecutoriedade dos atos da Administração. Conforme o disposto no art. 5º, LV, da Lei Maior, em todo processo administrativo que tenha a presença de litigantes, ou aqueles de natureza acusatória, não de ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes a tais garantias. A regra, como é fácil notar, estabelece alguns limites ao princípio de executoriedade, impedindo uma atuação exclusiva do administrador.

Transpondo-se a análise para o objeto da pesquisa, observa-se que, no regime jurídico militar, a autoexecutoriedade da sanção disciplinar é atributo que compõe sua estrutura obrigatoriamente, sendo notadamente manifesto, principalmente, nas hipóteses de sanção disciplinar que importe na restrição de liberdade do militar. Isto é, a autoexecutoriedade dos atos sancionadores militares permite a aplicação de penalidade sem a necessidade de intervenção ou permissão judicial.

2.3. O mérito no ato administrativo: a discricionariedade no ato disciplinar militar.

O mérito do ato administrativo passa então a ser estudado em sessão distinta dos atributos e dos requisitos do ato, conquanto não necessariamente compõe a sua formação e a sua estrutura. O mérito do ato administrativo, conceitua-se, diz respeito à valoração dos

46 VEDEL, Georges. *Droit administratif*, Paris, Presses Univ. de France, 1976. *apud* CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 193.

motivos e à escolha do objeto do ato, estando a Administração incumbida de sua prática, de modo que caberá a ela valorar internamente as consequências ou vantagens de sua emanção e execução⁴⁷.

Segundo Carvalho Filho⁴⁸, o mérito do ato administrativo não permite, para além da ponderação de conveniência e oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato, que seja realizada pela Administração Pública a avaliação de outros requisitos do ato administrativo, tais quais a competência, ou sujeito, tão pouco quanto a sua forma. Destaque-se ainda que a própria ponderação de motivo e objeto do ato também não pode suplantar o atendimento à supremacia do interesse público, requisito finalístico do ato.

Prosseguindo, podemos constatar também quanto ao mérito administrativo, conforme indicado anteriormente, não está presente na totalidade dos atos administrativos, não constituindo portanto requisito de sua formação tão pouco atributo necessariamente existente em sua totalidade de espécies.

Há que se destacar que à Administração Pública resta adstrita a ponderação de oportunidade e conveniência apenas daqueles atos cuja emanção se dá no exercício da competência discricionária.

Neste condão, estando inteiramente ligado apenas aos requisitos não vinculados do ato administrativo, tais quais a oportunidade, conveniência, eficiência etc., e portanto não se verificando juntos aos atos ditos vinculados, em que inexistente a possibilidade de escolha pelo administrador – que se limita à análise dos pressupostos de direito e de fato do ato – o mérito administrativo não está submetido à correção judicial.

47 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 179.

48 CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 194.

Excetuam-se nesses casos aqueles atos administrativos que, emanados sob o fundamento da discricionariedade inerente ao ato, à oportunidade e conveniência conferidas à Administração Pública, configurem na prática atos de abuso ou desvio de poder.⁴⁹

Preconiza-se por discricionariedade, manifestada no exercício da competência dos atos administrativos, conforme entendimento majoritário da doutrina pátria⁵⁰, entende-se como “*uma liberdade de ação administrativa, rigorosamente dentro dos limites permitidos pela norma jurídica, sob pena de se tornar um ato arbitrário*”.

Em contrapartida, divergem alguns doutrinadores sobre a existência efetiva de atos que se digam totalmente discricionários, optando pelo entendimento que a discricionariedade do ato incide apenas sobre alguns de seus aspectos, ligados à ponderação de motivo e objeto do ato.

O poder discricionário, conforme leciona Vladimir da Rocha França⁵¹ está fortemente limitado à severa obediência dos ditames legais que o regulam, presumindo a correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei. Isto é, há uma limitação que torna parcial, e não total, a amplitude da permissão legislativa ao juízo subjetivo do administrador, no exercício da competência discricionária do ato administrativo.

O fato é que, quanto às sanções disciplinares militares, o que se observa, e que notadamente diferencia esta espécie dos atos administrativos comuns, é a maior amplitude de incidência da discricionariedade conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Destaque-se⁵² que às autoridades militares foi conferida em maior amplitude ao exercício da competência discricionária nos atos sancionadores militares.

49 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 179.

50 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54.

51 FRANÇA, V. R. Vinculação e Discricionariedade nos atos administrativos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 222, out/dez. p. 101.

52 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54.

A fonte dessa mais ampla discricionariedade são os conceitos jurídicos indeterminados altamente valorativos de transgressão disciplinar, descritos pelos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas. Para Farlei Martins de Oliveira (2005, p. 62) a existência de tipificações infracionais de transgressões disciplinares militares com alto grau de indeterminação, atribuindo portando à autoridade militar maior grau de subjetivismo na aplicação da sanção disciplinar, atende perfeitamente ao sistema normativo.

2.4. Discussão ontológica do ilícito administrativo e seu regime jurídico

Outra importante discussão que se faz necessário trazer ao bojo da pesquisa diz respeito ao entendimento doutrinário e dos principais pensadores do direito administrativo sancionador acerca da unicidade ou da existência autônoma de ilícitos, penal e administrativo, no ordenamento jurídico. O debate acerca desta temática tem o importante condão de se identificar, posteriormente, sob qual regime jurídico está submetido o ato disciplinar, cujo objeto terá por incidência a transgressão disciplinar, e, por consequência, aquele praticado por autoridade militar.

Quanto ao ilícito administrativo, há um pensamento majoritário, cujo posicionamento de Nelson Hungria⁵³ consubstancia com propriedade a teoria da unicidade dos ilícitos administrativo e penal. O autor leciona pela unicidade dos ilícitos penal e administrativo no ordenamento jurídico, em virtude de nele se inserirem da mesma forma: como uma violação de dever jurídico.

Ainda segundo ele, trata-se de um equívoco falar sobre alguma diferença ontológica entre os ilícitos, à medida que o único critério diferenciador que paira sobre as suas naturezas jurídicas diz respeito à separação entre ambos atendendo a critérios de conveniência e oportunidade, destinados ao atendimento do interesse público, e que sofre variação no tempo e no espaço.

53 HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 01, p. 24.

Deste entendimento, de que o único critério de separação entre ilícito penal e administrativo se dá pelo critério da oportunidade e conveniência de atuação Estatal, retomamos rapidamente a discussão acerca da discricionariedade no ato sancionador em geral. Como tratado anteriormente, foi observado que as normas que prescrevem os ilícitos administrativos militares, as chamadas transgressões disciplinares, são prescritas por normas indeterminadas, de caráter altamente valorativo, submetidas, no ato de aplicação da sanção disciplinar, a um exercício de subjetividade de maior amplitude da autoridade competente.

Em virtude desta característica, extrai-se da prestigiada doutrina, a exemplo da ilustre administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, ao realizar um paralelo diferenciador entre os ilícitos penais e administrativos, ainda dentro da tese da unicidade dos ilícitos – pelo que o único critério diferenciador entre ambos se daria sobre a oportunidade e conveniência de atuação do Estado – constatamos que, diferentemente do direito penal, onde a tipicidade constitui princípio estruturante da existência do ilícito penal, no ilícito administrativo, figura a atipicidade das transgressões⁵⁴.

Há entretanto entendimento divergente quanto ao que a doutra doutrinadora identifica como atipicidade do ilícito administrativo. Segundo leciona Cícero Robson Coimbra Neves⁵⁵ torna-se notadamente mais apropriado atribuir ao ilícito administrativo um caráter do que ele denomina de tipicidade mitigada, ou em outras palavras, uma espécie de tipicidade moderada. Fundamenta sua divergência na previsão de condutas trazidas pelos Regulamentos Disciplinares Militares, sendo portando inaplicável a tese da atipicidade a todas as espécies de transgressões disciplinares.

Os doutrinadores, entretanto, postulam pelo entendimento de que, não obstante os ilícitos se insiram no ordenamento jurídico com natureza jurídica similar, se diferenciarão, por sua vez, pelo regime jurídico a que estão submetidos. Neste sentido, Daniel Ferreira⁵⁶ leciona que os ilícitos podem ser diferenciados pelo regime jurídico a que se subordina a sanção

54 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 515.

55 NEVES. Cícero Robson Coimbra. *Teoria Geral do Ilícito Disciplinar: um Ensaio Analítico*. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 461.

56 FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 60-63.

correspondente. Isto é, as penas aos ilícitos que configura delitos, e assim sucessivamente a sanção administrativa à infração que lhe é motivadora.

Acompanha o entendimento da diferenciação dos ilícitos pela identificação de seus respectivos regimes jurídicos o penalista Júlio Fabrini Mirabete⁵⁷, para quem, numa leitura extensiva, os ilícitos civil e penal apresentam, ontologicamente, semelhante natureza jurídica, à medida que ambos representam violação ao ordenamento jurídico.

Neste condão, destaca o ilustre doutrinador, eles se diferenciam à medida que o legislador opta pelo entendimento de que determinados ilícitos não atingem bens jurídicos com tanta intensidade ao ponto de merecerem ser elevados à categoria de ilícito penal e, com isso, serem reprimidos com a sanção penal. Dado sua menor intensidade de violação a bens jurídicos, serão reprimidas por meio de sanções civis, tais quais indenizações, multas civis, etc., bem como através das sanções administrativas, tais quais a suspensão, a prisão militar – quanto aos atos sancionadores internos.

A partir desta forma de diferenciação, destaca o professor Farlei Martins de Oliveira⁵⁸ que o Estatuto dos Militares (Lei 6880/1980) prevê expressamente a diferenciação entre os ilícitos penais e aqueles que constituirão o ilícito administrativo no âmbito militar, dispondo em seus artigos 42 a 45 que a violação dos deveres militares poderão constituir crime, contravenção ou transgressão disciplinar.

O douto professor conceitua as transgressões disciplinares militares como “*ilícitos administrativos praticados pelo militar e detrimento das obrigações e deveres inerentes a sua função*”, surgindo para a Administração pública o direito de punir o transgressor, de modo a inibi-lo de tornar a violar os princípios da hierarquia e da disciplina. Este último, constituindo a finalidade do ato, imutável frente a discricionariedade da sanção disciplinar.

57 MIRABETE, Júlio Fabrini. Manual de Direito Penal. Vol. 1. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 1988. p. 97.

58 Idem. p. 81-83.

Também contribui para uma definição do ilícito administrativo militar o ilustre professor Coimbra Neves⁵⁹, o fazendo da seguinte forma:

A transgressão disciplinar seria definida como conduta típica (caracterizada por uma “tipicidade mitigada”), antijurídica (não simétrica ao Direito Penal, vez que a “lei disciplinar” poderia enumerar como causas de justificação não só as excludentes de antijuridicidade reconhecidas no Direito Penal, mas também aquelas afetas à exclusão de culpabilidade) e, por fim culpável. Como culpável deve-se compreender o fato reprovável no grupo em questão – inclusive levando-se em consideração os usos e costumes daquele grupo, fator preponderante e até mesmo verdadeira fonte normativa nas instituições militares.

2.5. O regime jurídico da sanção disciplinar militar

A estrutura normativa positiva do nosso ordenamento jurídico, como é comum em todo o mundo, pressupõe a edição de normas jurídicas que prescrevam condutas sociais de imposição estatal. Norberto Bobbio⁶⁰ estrutura tais normas em normas primárias e normas secundárias. A primeira tem o condão de regulação da conduta dos cidadãos, a segunda prescreve a reação estatal correspondente ao descumprimento da norma primária.

O autor, destaque-se, adota a teoria moderna da coação estatal, entendendo, a contrassenso da teoria clássica, que a coação é objeto da norma jurídica, de modo que se destina a moderá-la conforme o caso concreto, não mais se entendendo a coação estatal como meio para a consecução da eficácia normativa.

Nesse condão, leciona o professor Farlei Martins de Oliveira⁶¹, as consequências jurídicas decorrentes dessas normas jurídicas secundárias, em Bobbio, são as denominadas sanções jurídicas. São consequências diretas da violação da norma primária, seja essa violação de natureza comissiva ou omissiva, possuindo ainda caráter retributivo e repressivo, através da restrição de direitos.

59 NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria Geral do Ilícito Disciplinar: um Ensaio Analítico. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 467.

60 BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 155-156.

61 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54.

Restringindo-se um pouco o objeto da análise do presente tópico, observamos da lição de Hely Lopes Mereilles⁶² que os chamados atos punitivos de atuação interna são aqueles que possuem por destinatários agentes públicos da estrutura administrativa pública. Possuem caráter de maior discricionariedade, quanto ao objeto e às motivações do ato, como atributo inerente ao ato, conforme analisado em tópico anterior.

Tal discricionariedade alcança ainda, segundo o autor, a escolha da administração quanto ao meio de apuração das infrações – seja por processo administrativo, seja por meio sumário – quanto à escolha das sanções, bem como de suas graduações – havendo entretanto que se garantir o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais que alcançam os procedimentos administrativos conforme literalidade do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Frise-se que o ato sancionador militar é precedido e é resultado de um procedimento administrativo disciplinar que o produza, a saber, no âmbito de cada Força Singular, por meio dos Conselhos de Justificação⁶³ e dos Conselhos de Disciplina⁶⁴ ou, quando do cometimento de transgressões disciplinares de menor gravidade, por procedimentos sumários definidos pelo Comando da Organização Militar a que o transgressor estiver vinculado. A análise mais aprofundada desses procedimentos, o estudo de seus regimes jurídicos etc., constituem objeto de pesquisa próprio, pelo que não nos ateremos a essa análise neste trabalho.

Partindo-se para a discussão do regime jurídico a que se submete a sanção disciplinar militar, temos que encontra-se superada a visão doutrinária da teoria da unidade das pretensões punitivas estatais. Nesse diapasão, leciona Fábio Medina Osório⁶⁵ que a diferença

62 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 223.

63 Os Conselhos de Justificação são destinados à apuração, processamento e julgamento de incapacidade de Oficial da ativa das Forças Armadas no âmbito do cometimento de transgressões disciplinares cuja violação ao dever de obediência à hierarquia e disciplina são mais graves. Esses Conselhos tem sua atividade regulada pela Lei nº 5.836/1972.

64 Os Conselhos de Disciplina são destinados à apuração, processamento e julgamento de incapacidade de Guardas-marinha, Aspirantes-a-oficial e demais praças com estabilidade no âmbito do cometimento de transgressões disciplinares cuja violação ao dever de obediência à hierarquia e disciplina são mais graves. Esses Conselhos tem sua atividade regulada pela Lei nº 71.500/1972.

65 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 117.

entre os regimes jurídicos que regem o *jus puniendi* penal e administrativo se manifesta formal e substancialmente. Ou seja, há uma diversidade de interpretações, nas sanções penais e administrativas, à medida que diferentes são os princípios que incidem sobre um e outro.

Esta diferença é notadamente em função da maior radicalidade do Direito Penal, prevendo a possibilidade de privar o ser humano de sua liberdade – em que pese haja a previsão da prisão administrativa, este não compõe uma política repressiva como no Direito Penal. Ainda, o princípio da intervenção mínima estatal é corolário do Direito Penal, contrastando *prima facie* com a possibilidade de maior liberdade administrativa em punir dada a discricionariedade do ato administrativo, bem como a maior incidência do interesse público no exercício desse.

3. LIMITES AO CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO SANCIONADOR MILITAR

A possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário decorre, principalmente, do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consubstanciado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Esse controle, entretanto, conforme leciona Hely Lopes Meirelles⁶⁶, encontra sua limitação no simples exame de legalidade do ato, princípio corolário dos atos da Administração Pública, sejam discricionários ou vinculados.

Cabe ressaltar que o nosso ordenamento jurídico, sob forte influência da Constituição Americana, em específico do *judicial review*, possui como princípio estruturante do Estado de Direito o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública⁶⁷. É fator de estruturação da democracia brasileira, atuando como garantidor de liberdades democráticas.

O Judiciário, portanto, diante da ordem constitucional vigente, e tendo suas atividades orientadas à concretização de garantias fundamentais, realiza a revisão desses atos da Administração de maneira ampla em face dos preceitos constitucionais supracitados. O ordenamento jurídico pátrio, nesse condão, permite o exercício desse controle por meio principalmente do exame de legalidade exercido através de Mandado de Segurança, individual ou coletivo, previsto nos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição Federal, ou do exame da lesividade do ato, por meio de Ação Popular, inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Além dos meios de revisão judicial supracitados, os atos administrativos emanados por autoridades militares, em especial aqueles cujo objeto incida na aplicação de sanção disciplinar restritiva de liberdade, recorte específico da presente pesquisa, apresentam trazem à tona um vasto debate acerca da admissibilidade da impetração de *habeas corpus* como

66 MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 223.

67 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle Jurisdicional da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, nº 6. Curitiba: Juruá, 2001. p. 15.

remédio constitucional em face das prisões e detenções administrativas militares, no uso da garantia constitucional trazida pelo artigo 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal.

Isto em virtude, como visto em capítulo próprio, da alta carga de discricionariedade do ato administrativo sancionador militar, haja vista principalmente o regime jurídico de sujeição especial estatal a que esses militares estão submetidos, bem como a incidência de princípios próprios da função militar, como a hierarquia e a disciplina. Ainda, neste contexto, passa-se a se discutir a possibilidade de impetração de *habeas corpus* em face das sanções disciplinares restritivas de liberdade, em face da proibição expressa do artigo 142, §2º da Constituição Federal.

Dado o exposto, a partir deste ponto, encaminharemos a pesquisa para a análise i. da prisão disciplinar administrativa de militares sob a égide da Constituição Federal de 1988; ii. da possibilidade e do limite de atuação judicial em face dos atos sancionadores disciplinares restritivos de liberdade no âmbito das Forças Armadas; iii. dos meios de impugnação desses atos e o posicionamento jurisprudencial acerca de suas respectivas admissibilidades (*habeas corpus* e mandado de segurança).

3.1. As prisões disciplinares militares sob a égide da Constituição Federal de 1988

A adoção das penas privativas de liberdades como modalidade de punição disciplinar no direito sancionador militar brasileiro remonta o período das ordenações do Reino de Portugal, além das penas privativas de liberdade oriundas do direito penal. Dentre as punições previstas desde essas ordenações, vigentes até a instituição dos artigos de Guerra do Conde de Lippe, em 1763, sendo sucedidas por uma série de normatizações até os dias de hoje, estão incluídas aquelas de caráter cruel, tais quais as de castigo físico, de morte, até as de privação da liberdade.

Tais penas cruéis e de morte, com exceção de crimes em tempos de guerra, foram extirpadas do ordenamento jurídico pátrio, restando as penas privativas de liberdade no

âmbito do direito penal e persistindo também as sanções disciplinares restritivas de liberdade no âmbito da administração militar.⁶⁸

Conforme exaustivamente tratado em capítulo próprio, o regime jurídico *sui generis* a que se submetem os militares, decorrente de sua relação de especial sujeição estatal, está estruturado sobre uma série de peculiaridades que os diferencia dos direitos e deveres atribuídos aos servidores públicos comuns. Em virtude disso, se estruturou também um conjunto de normas jurídicas capazes de satisfazer as demandas trabalhistas, previdenciárias, administrativas etc., e na ocasião da violação dessas normas, um regime disciplinar diferenciado, que também admita a privação de liberdade como meio de execução.

Ainda segundo Jocleber Rocha Vasconcelos, a prisão administrativa de militares demonstra ser conveniente ao princípio da intervenção mínima no Direito Penal Militar, haja vista se destinar à aplicação de uma resposta efetiva a uma conduta social de menor lesividade, e não punível na seara do Direito Penal Militar, como crime propriamente militar. Por outro lado, cabe ressaltar, a própria Constituição Federal reserva às transgressões disciplinares e aos crimes propriamente militares regime jurídico diferenciado, não sendo exigido o estado de flagrância ou determinação judicial para sua aplicação.

A esse respeito, leciona Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos⁶⁹:

Na prática, a utilização das penas disciplinares, sobretudo as restritivas de liberdade, produzem bons resultados sem que tenha havido o início da ação penal do Estado. Com isso, a incriminação de condutas e aplicação de penas pela coerção deve acontecer quando todos os mecanismos repressivos tenham se esgotado. Confirma-se, assim, que o direito penal deve atuar apenas quando as mazelas sociais carecem de um remédio mais eficaz. Isoladamente considerada na esfera disciplinar, a pena privativa de liberdade seria uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Contudo, contrapesada diante de princípios de aplicação do direito penal, torna-se um verdadeiro fiador da coerência e da harmonia do sistema punitivo militar, restando proclamada a harmonização social.

68 VASCONCELOS, Jocleber Rocha. Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8800>. Acesso em: 09 nov. 2019.

69 CARVALHO VASCONCELOS, Clever Rodolfo. A prisão dos militares (criminal e disciplinar) diante da Constituição Federal. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 28.

Uma corrente minoritária, entretanto, entende pela inconstitucionalidade das prisões administrativas militares tendo como fundamento a teoria de Otto Bachoff⁷⁰, que defende a possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais. Isto é, há, segundo o teórico alemão, um direito suprapositivo do próprio legislador constituinte, o que justifica a existência de contradições transcendentais, isto é, de normas constitucionais em face dos valores informadores da modelação do direito positivo.

Nesse sentido, sustenta Evaldo Chaves Corrêa⁷¹ haver uma espécie de constitucionalidade inconstitucional no dispositivo do art. 142, parágrafo 2º da Constituição Federal. Para entendermos o posicionamento do ilustre doutrinador, cumpre observarmos o conteúdo da referida norma. Vejamos:

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

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

A expressa vedação da utilização do remédio constitucional em face de sanções disciplinares militares cujo objeto seja a restrição de liberdade de militar, e sua posição de norma constitucional, é chamada pelo doutrinador de constitucionalidade inconstitucional.

Na mesma linha teórica de Otto Bachof, o autor destaca que a recusa do juiz em apreciar a impetração de *habeas corpus*, nesse caso, além de violar a inafastabilidade da jurisdição, constante no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB, viola reflexamente o princípio do *nulla poena sine iudicio*, consubstanciado nos incisos LIII, LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

70 BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais?. Coimbra: Editora Atlântida, 1977. p. 62-63.

71 CHAVES, Evaldo Corrêa. Hábeas-Cópus na Transgressão Disciplinar Militar. São Paulo: Editora RCN, 2002, p. 38.

Além disso, sustenta parte da doutrina, a vedação da impetração de *habeas corpus* em face de sanção disciplinar restritiva de liberdade viola frontalmente a garantia constitucional do uso do remédio constitucional sempre que alguém sofrer ou ver ameaçada sua liberdade de locomoção, em casos de ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse condão, a prisão administrativa militar teria caráter inconstitucional, em virtude da inexistência de decisão judicial que lhe dê azo, bem como da impossibilidade de apreciação pelo poder judiciário do remédio constitucional próprio para o relaxamento de prisão ilegal, concretamente do *Habeas Corpus*.

Contudo, conforme posicionamento firmado em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815-DF⁷², rejeitou-se a teoria de Otto Bachof. Foi declarado ser juridicamente impossível a existência de normas constitucionais inconstitucionais, sem entretanto suscitar como fundamento a unidade constitucional, enfraquecendo a vontade legislativa. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com isso, tornou irrazoável o posicionamento dessa parcela de doutrinadores.

3.2. Os limites do controle jurisdicional do ato sancionador militar

O controle dos atos sancionadores militares, conforme explicitado em tópico próprio, terá como objeto atos de baixo grau de vinculação, ou de natureza jurídica discricionária. Sendo derivado do procedimento disciplinar, o ato sancionador, segundo Eliezer Pereira Martins⁷³ “*é discricionário em medida ínfima, apenas naquilo que toca ao livre convencimento da autoridade disciplinar, contudo, motivado pelos elementos de prova coligidos no processo, donde deriva a vinculação (regramento), característica que de resto é a mesma do ato jurisdicional.*”.

72 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266547>. Acesso em 15/11/2019.

73 MARTINS, Eliezer Pereira. A aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas punições disciplinares militares e análise do mérito administrativo pelo Judiciário Militar. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 354.

Dotado de tal discricionariedade, o controle judicial desses atos – aqui amplie-se o recorte do estudo para os atos discricionários em geral – ordinariamente, recai apenas sobre a regularidade dos elementos vinculados do ato. Isto porque a discricionariedade representa um poder previamente delimitado pelo legislador, permitindo à Administração Pública atuar sobre determinado espaço de tomada de decisão e, com isso, é vedado ao Poder Judiciário adentrar esse espaço reservado, sob pena de sub-rogar-se, por seus próprios critérios, da escolha do Administrador. Isto é, tomaria lugar da autoridade competente que praticou o ato por suas razões de oportunidade e conveniência.

Entretanto, conforme leciona o professor Farlei Martins de Oliveira⁷⁴ ao Poder Judiciário é permitido adentrar à avaliação do mérito administrativo dos atos discricionários nos casos em que a discricionariedade extrapola ou é utilizada de maneira incorreta. Em suas palavras, quando o Administrador, no exercício da competência para práticas desses atos, não observa os limites legais, então, nesse caso, deixa de haver propriamente o mérito. A jurisdição, nesse caso, exercerá uma espécie de controle negativo dos atos, não substituindo positivamente o ato praticado, mas apontando a incorreção na emissão do juízo que guiou aquela discricção.

Nesse condão, ainda segundo o autor, a doutrina tem apontado para a possibilidade de controle do ato discricionário para além dos elementos vinculados, ou seja, da legalidade do ato, mas também sobre a análise de sua razoabilidade e proporcionalidade.

Quanto aos elementos vinculados – e retomamos aqui os conceitos estudados em capítulo próprio sobre os requisitos do ato administrativo em geral – podemos destacar, primeiramente, aqueles atos cujo exercício está eivado por um vício de competência. É o caso, por exemplo, da aplicação de sanção disciplinar por um Comandante de Organização Militar a um oficial que não seja seu subordinado.

Ainda nessa esteira, haverá vício quanto à forma se contrária à forma prescrita em lei, ou não o havendo, se contrária aos requisitos formais essenciais do ato. No âmbito das

74 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 145.

sanções disciplinares militares, é comum que seja atribuída a forma de Portaria, ou essencialmente que conste nos boletins internos das sanções disciplinares.

Também haverá vício quanto à finalidade o ato sancionador militar que visa, por exemplo, satisfazer anseios de perseguição pessoal da autoridade coatora, incorrendo em desvio de finalidade por não atendimento ao interesse público do ato. Quanto ao objeto, sua ilicitude torna-o inválido impedindo a devida produção de seus efeitos e, quanto ao motivo de fato ou de direito que fundamenta a prática da sanção disciplinar, este estará eivado de vício quando juridicamente incabível ou mediante a inexistência de fato materialmente existente.

Conforme o posicionamento trazido por Eliezer Pereira Martins na introdução deste tópico, em que pese o baixo grau de vinculação do ato sancionador militar, este terá sua discricionariedade limitada pela necessidade de vinculação do ato ao resultado lógico de razoabilidade e proporcionalidade entre os fatos aduzidos e as provas produzidas em sede de procedimento disciplinar e a decisão que poderá implicar na imposição de penalidade ao militar.

Ainda, explica o autor, o Poder Judiciário está obrigado, quando provocado, a adentrar à análise do mérito do ato administrativo disciplinar militar para aferição da razoabilidade e da proporcionalidade da medida aplicada⁷⁵. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁶

O mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo. Por tal razão, extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal.

75 MARTINS, Eliezer Pereira. A aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas punições disciplinares militares e análise do mérito administrativo pelo Judiciário Militar. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 362.

76 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª ed. 9ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p.82.

É oportuno, entretanto, numa análise breve, observarmos como têm se posicionado, acerca do limite que à jurisdição cabe avaliar o mérito administrativo, alguns tribunais em sede de julgamento de recursos de ações anulatórias ou quando da impetração de mandados de segurança que visem a anulação de ato discricionário. A seguir, o Acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Senão, em sede de julgamento de Apelação Cível, versando sobre anulação de ato disciplinar demissório pela Administração Pública. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. PENA DE DEMISSÃO. PROVA. CARÁTER DISCRICIONÁRIO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO DO MÉRITO DOS ATOS DEMISSÓRIOS. 1. A Administração, na valoração das provas na instância administrativa, entendeu-as como suficientes para a comprovação do ilícito e da autoria, sendo que no caso de seu poder discricionário, decidiu demitir alguns e aplicar outras espécies de sanções a outros. Diante disso, o ato demissório não pode ser taxado de ilegal. E, se não foi ilegal, não pode ser anulado pelo Judiciário. 2. **Descabe ao Judiciário examinar aspectos do mérito do ato demissório, mas simplesmente o cumprimento das formalidades legais no processamento do inquérito administrativo e a legalidade do procedimento ao determinar a punição dos funcionários.** Se, com base nos mesmos elementos de prova julgou mais adequado demitir uns e punir outros com sanções menos graves, agiu dentro de seu poder discricionário. 3. Apelação provida. (TRF-4 - AC: 837 RS 97.04.00837-6, Relator: JOSÉ LUIZ BORGES GERMANO DA SILVA, Data de Julgamento: 26/05/1998, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12/08/1998 PÁGINA: 841, grifo nosso)⁷⁷

A ementa do referido Acórdão nos revela o posicionamento jurisprudencial no sentido de que cabe à jurisdição a análise da legalidade dos atos administrativos discricionários. Em especial nesse caso, se trata de ato sancionador demissório e, conforme a leitura da ementa nos permite deduzir, a E. Turma realizou também uma análise quanto à razoabilidade do ato demissional, aceitando como lógica a decisão administrativa em relação à valoração das provas contidas no procedimento administrativo que sucedeu o ato.

A seguir, a ementa do Acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em sede de julgamento de Mandado de Segurança, cujo ato coator se tratava de eliminação de concurso público pela impetrada. A ver:

⁷⁷ Disponível em: <https://trf-jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8624211/apelacao-civel-ac-837-rs-970400837-6-trf4>. Acesso em 16/11/2019.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR FEDERAL. INTEMPESTIVIDADE NÃO CONFIGURADA. ATO DISCRICIONÁRIO. APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA. INVESTIGAÇÃO PELA BANCA NÃO PREJUDICADA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. [...] 3. **No que diz respeito à impossibilidade de interferência no mérito administrativo, observe-se que "os atos administrativos praticados com base no poder discricionário estão sujeitos ao controle judicial no tocante ao aspecto da razoabilidade"** (TRF1, Sexta Turma, AG 200401000094800, Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ 07/03/2005, p. 153). [...] (TRF-1 - AMS: 39367 DF 2007.34.00.039367-6, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 15/12/2008, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 27/02/2009 e-DJF1 p.312, grifo nosso)⁷⁸

No caso supracitado, a Turma de Desembargadores não aceitou a tese trazida pela impetrada quanto à impossibilidade de revisão do ato eliminatório por se tratar de ato discricionário, intocável pela jurisdição. A Turma entendeu irrazoável e desproporcional a eliminação de candidato do certame por falta de apresentação de documento previsto no edital, à medida que outros documentos apresentados supriam a sua falta.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pelo cabimento do julgamento de atos administrativos discricionários cuja legalidade ou razoabilidade sejam inexistentes ou configurem abusividade. A saber:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. APLICABILIDADE. ALEGADA OFENSA AO ART. 2º DA CF. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. CONTROLE JUDICIAL. POSSIBILIDADE. APRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Matéria pacificada nesta Corte possibilita ao relator julgá-la monocraticamente, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil e da jurisprudência iterativa do Supremo Tribunal Federal. 2. **A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes.** Precedentes. 3. É incabível o Recurso Extraordinário nos casos em que se impõe o reexame do quadro fático-probatório para apreciar a apontada ofensa à Constituição Federal. Incidência da Súmula STF 279. 4. Agravo regimental improvido. (AI 777.502-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25.10.2010. grifo nosso)⁷⁹.

Guardadas as devidas peculiaridade quanto aos atos sancionadores militares e o limite do controle jurisdicional sobre a validade desses atos, que serão estudados em tópicos

78 Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2389169/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-39367-df-20073400039367-6/inteiro-teor-00930422?ref=juris-tabs#>. Acesso em 16/11/2019.

79 Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16794397/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-777502-rs/inteiro-teor-103580080?ref=juris-tabs>. Acesso em 16/11/2019.

próprios quanto aos meios de acesso ao judiciário para a tutela jurisdicional, é manifesta a possibilidade de análise da legalidade e reavaliação do mérito do ato administrativo discricionário, entre eles o que impõe sanção administrativa ao militar. Controle aquele que se enquadre nos liames da análise da razoabilidade e proporcionalidade, sem entretanto que se viole a separação dos poderes constitucionais.

3.3. Meios de impugnação judicial ao ato sancionador militar que importe em restrição de liberdade

Adentrando, a partir deste ponto, à parte final do presente estudo, nos encaminharemos à análise de cabimento e viabilidade dos meios de impugnação judicial ao ato sancionador militar que importe em restrição de liberdade, previstos nos respectivos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, a saber, as sanções disciplinares de detenção e prisão.

Ambas se distinguem, numa rápida explanação, pelo cabimento de sua aplicação conforme a gradação da ilicitude da conduta praticada pelo militar. Isto é, classificadas de transgressões leves a transgressões graves, poderão ser aplicadas uma ou outra punição, a depender da violação ao pudor militar, e aos princípios da hierarquia e disciplinar, sendo a detenção menos gravosa que a prisão.

Feita a breve distinção, a análise dos meios de impugnação percorrerão uma pesquisa acerca do debate sobre o cabimento de *habeas corpus* em face das sanções disciplinares que importem restrição de liberdade e; a análise do cabimento da impetração de Mandado de Segurança contra ato coator de autoridade militar – também da espécie sanção disciplinar restritiva de liberdade – em especial após o início da vigência da nova lei de Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009).

3.3.1. Do cabimento do *Habeas Corpus* em face de sanção disciplinar

O *Habeas Corpus*, tendo sua origem ainda no século XIII, segundo a melhor doutrina penalista – como destaca a obra de Fernando da Costa Tourinho Filho⁸⁰ – figura na Magna Carta outorgada por João Sem Terra, em 1215, previa em seu diploma a proteção contra as pressões dos nobres e do clero sobre a liberdade física, os bens e as liberdade culturais.

Destaca ainda o autor que o instituto figura no ordenamento jurídico pátrio ainda sob a Constituição Imperial, no ano de 1832, na norma do artigo 340 do Código de Processo Criminal, somente passando a constituir parte do texto constitucional em na Constituição Republicana de 1891.No atual texto constitucional, tem sua previsão consubstanciada no artigo 5º, inciso LXVIII, figurando como garantia constitucional do cidadão que tiver sua liberdade de locomoção ilegal ou abusivamente violada, repressiva ou preventivamente.

A garantia constitucional, como já demonstrado anteriormente, tem limitação expressa no próprio texto constitucional, em relação especificamente ao seu cabimento em face de ato administrativo sancionador militar que importe a restrição de liberdade de subordinado por cometimento de transgressão disciplinar. A vedação, repise-se, encontra-se consubstanciada no parágrafo 2º do artigo 142 da Constituição Federal, e é sobre a referida vedação que se insurge um expressivo debate doutrinário e jurisprudencial, aqui analisados.

Nesse sentido, Alberto Bento Alves⁸¹ aponta a existência de, pelo menos, três correntes doutrinárias a esse respeito: i. uma corrente mais conservadora que não vislumbra a possibilidade de aplicação do remédio constitucional no âmbito das Forças Armadas; ii. Uma segunda corrente que entende pela vedação mitigada da utilização do *Habeas Corpus*, pelo qual a vedação se estende apenas à análise do mérito do ato sancionador militar, mas possível quanto ao exame de legalidade do ato; iii. Uma terceira corrente de caráter libertário e que reconhece a admissibilidade do remédio constitucional, em que não se entende por vedada a análise da legalidade do ato, tão pouco a análise do mérito do ato administrativo essencialmente militar.

80 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4. p. 496.

81 ALVES, Alberto Bento. O *Habeas Corpus* nas Punições Disciplinares Militares: uma Questão Controvertida. Direito Militar: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 490-494.

A primeira corrente encontra uma gama de doutrinadores filiados, tal qual o ilustre constitucionalista Manuel Gonçalves Ferreira Filho⁸², ao asseverar que “*se o cerceamento de liberdade de locomoção decorre de aplicação do poder disciplinar previsto na legislação administrativa ou militar, está fora da alçada judicial o seu exame*”. Importante destacar que o auto não faz ressalvas quanto à admissibilidade de impetração do remédio constitucional, sequer para reexame dos elementos vinculados do ato.

Filiado à segunda corrente está José Cretella Júnior⁸³, para quem o reexame jurisdicional de ato disciplinar que importe em prisão ou detenção administrativa é inadmissível, com exceção da reavaliação dos elementos vinculados do ato, a saber, a forma e a competência para a prática do ato. O autor destaca que a imunidade jurisdicional, nesse caso, visa o fortalecimento da disciplina no âmbito das instituições militares, inibindo a insubordinação em relação aos superiores hierárquicos. Isto é, o reexame, de acordo com o autor, resultaria em incentivo à quebra dos pilares principiológicos do militarismo: a hierarquia e a disciplina.

A última corrente encontra guarida, principalmente, entre aqueles doutrinadores que se alinham à teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais, de Otto Bachoff, conforme exhaustivamente tratado em tópico próprio. Entretanto, como observado naquele momento, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira firmou entendimento pelo descabimento da teoria do autor alemão e, portanto, está superada no ordenamento jurídico pátrio, até o momento.

Quanto ao posicionamento jurisprudencial acerca do tema, os Tribunais Superiores tem se posicionado no sentido de reconhecer a possibilidade do exame de legalidade do ato sancionador praticado por autoridade militar, ou conforme o posicionamento doutrinário da segunda corrente. A seguir, o julgamento do HC 70648⁸⁴, relatoria do então Ministro Moreira Alves, que deferiu o pedido de liminar indeferido pelo Superior Tribunal de Justiça, funcionando o *writ* como substitutivo do recurso apropriado. Vejamos:

82 FERREIRA FILHO, M. G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 1422.

83 CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo. Vol. II: Teoria do ato administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 316.

84 Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HABEAS+CORPUS++E+PRISAO+DISCIPLINAR+E+MILITAR%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/wq7gqkn>. Acesso em 17/11/2019.

"Habeas corpus". O sentido da restrição dele quanto as punições disciplinares militares (artigo 142, PAR. 2., da Constituição Federal). [...] **O entendimento relativo ao PAR.20 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia "habeas corpus", não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado a função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua valido para o disposto no PAR. 2. do ARTIGO 142 da atual Constituição** que e apenas mais restritivo QUANTO AO âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a LIMITA AS DE natureza militar. . "Habeas corpus" deferido para que o S.T.J. julgue o "writ" que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não-cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente "habeas corpus" até que o relator daquele possa aprecia-la, para mante-la ou não. (HC 70648, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 09/11/1993, DJ 04-03-1994 PP-03289 EMENT VOL-01735-01 PP-00110. Grifo nosso)

Nesse sentido, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário n. 338.840, interposto perante o Supremo Tribunal Federal, relatoria da Ministra Ellen Gracie, a Segunda Turma decidiu pelo cabimento do remédio constitucional em face de ato sancionador militar, assim julgou a Ministra Relatora:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do habeas corpus. Recurso conhecido e provido. (RE 338840, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 12-09-2003 PP-00036 EMENT VOL-02123-03 PP-00647)

É portanto manifesto que o posicionamento jurisprudencial se assentou na hipótese de reavaliação judicial do ato sancionador militar por meio do *writ* constitucional, limitando-se às análises de violação da lei, regulamento, etc., bem como à observância dos limites da discricionariedade, sob pena de configuração de abuso de poder por parte da autoridade militar.

3.3.2. O Mandado de Segurança como hipótese de meio de impugnação residual contra sanção disciplinar

O remédio constitucional trazido pelo inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal, o Mandado de Segurança, possui natureza residual em relação ao *Habeas Corpus*, visa a proteção a direito líquido e certo, preventiva ou repressivamente e, numa leitura mais recente da doutrina especializada, consoante as importantes alterações trazidas pela nova lei que regula o procedimento do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), pode representar uma nova saída ao imbróglio travado pela proibição do artigo 142, §2º da Constituição Federal.

A alteração mais importante para a temática se deu sobre a revogação do artigo 5º, inciso III da Lei n. 1.533/1951 que vedava expressava a impetração de Mandado de Segurança em face de ato disciplinar, reservando a possibilidade aos casos de ato praticado por autoridade incompetente ou cuja formalidade que envolve o ato estivesse eivada de vício.

Entretanto, ainda antes da referida alteração, a doutrina já se posicionava pelo cabimento do *writ*, entendendo que o mandamento constitucional que tutela direito líquido e certo possuía amplitude para alcançar o direito daqueles que, não amparados pelo remédio constitucional próprio da garantia de liberdade de locomoção, o *Habeas Corpus*, se viam impedidos de acessar o judiciário.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles⁸⁵ entende que

Realmente, se a Constituição vigente concede a segurança para proteger todo direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, qualquer que seja a autoridade ofensora (art. 5º, LXIX), não se legitima a exclusão dos atos disciplinares, que, embora formalmente corretos e expedidos por autoridade competente, podem ser ilegais e abusivos no mérito, a exigir pronta correção mandamental.

85 MEIRELLES, H. Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a representação interventiva, a reclamação constitucional no STF. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54.

Frise-se ainda que os recursos administrativos previstos nos Regulamentos Disciplinares, e que buscam a reforma da decisão que impôs a penalidade de privação da liberdade ao militar, não possuem efeito suspensivo, tão pouco há na legislação administrativa previsão da possibilidade de pedido do efeito.

A inexistência do efeito suspensivo, por um lado, representa mais um fator que possibilita a utilização da via mandamental, ante a vedação do artigo 5º, inciso I da Lei n. 12016/2009. Por outro lado, a impetração do *writ* não impede automaticamente os efeitos da decisão administrativa, senão através do pedido liminar de suspensão dos efeitos do ato administrativo.

Cabe destacar ainda que uma problemática se apresenta dificultando a efetividade do *writ* na tutela de direito líquido e certo do militar punido. Conforme leciona o professor Farlei Martins de Oliveira⁸⁶ a escolha da via célere do Mandado de Segurança para a reavaliação de ato ilegal, pelo judiciário, demanda do militar punido a apresentação de prova pré-constituída do alegado, em virtude do procedimento sumário e que não permite a dilação probatória.

86 OLIVEIRA, F. M. Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 167.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, o regime jurídico de especial sujeição estatal a que se submetem os militares brasileiros das Forças Armadas, no exercício da função militar, está consubstanciado no art. 142, *caput*, da Carta Magna, tendo, notadamente, por função precípua a defesa externa e, subsidiariamente, a manutenção da Lei e da Ordem, sob determinação de qualquer dos Poderes. O texto constitucional ainda prevê a integração funcional das Forças Armadas ao Ministério da Defesa, sob a autoridade suprema do Presidente da República, que atualmente concentra sobre si atribuições para alterações de parcela do regime jurídico próprio dos militares.

Para o regular funcionamento desta sistemática, a Constituição Federal instituiu como fundamentos da função militar os princípios da hierarquia e da disciplina, se irradiando a toda organização, exercício e desenvolvimento da função militar. Assumindo caráter axiológico de norma, a hierarquia e a disciplina impõem ao militar subordinado o dever de obediência e, em decorrência disso, se estruturou, de forma preventivo-repressiva, um sistema punitivo penal – o Código Penal Militar – e administrativo sancionador – Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas – em face da violação deste dever.

Nesse condão, pudemos observar que, quanto às penas disciplinares administrativas e aos ilícitos que dão ensejo a sua aplicação, é a autorização legal do artigo 47 da Lei 6880/80 que reserva aos Regulamentos Disciplinares, instituídos pelas próprias Forças Armadas e regulados pelo Executivo através de Decretos, a classificação das transgressões e contravenções, bem como da amplitude de aplicação das penas disciplinares.

E é sobre essa questão que se trava um embate doutrinário sobre o conflito entre a norma do dispositivo legal e a reserva legal do art. 5º, inciso LXI, que determina a vedação à prisão por transgressão disciplinar não prevista em lei. A hipótese aparente é de não recepção do artigo em comento, sob a luz da nova Constituição Federal, não sendo entretanto o entendimento adotado pela jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do Supremo Tribunal Federal. Ainda, os Tribunais Superiores, conforme amplamente demonstrado,

entendem ainda pela recepção dos decretos que tornaram vigentes os Regulamentos Disciplinares da Marinha (Decreto nº 88.545/1983) e da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/195), bem como da constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346/2002).

Nesse contexto, foi realizada a análise dos requisitos e dos atributos do ato administrativo comum, identificando de que forma se manifestam na espécie sanção disciplinar militar. Neste estudo em específico, constatou-se que o ato sancionador militar possui entre seus elementos vinculados a competência para exercício do ato; a forma, em geral prevista nos respectivos Regulamentos Disciplinares; bem como a sua finalidade, que transcende a satisfação do interesse público, abrangendo também a manutenção da observância à hierarquia e à disciplina.

Dentre os atributos do ato sancionador, e que coincidem com o ato administrativo comum, observamos a incidência da autoexecutoriedade do ato, de modo que as punições têm sua aplicação independente do controle de outro órgão, e imperatividade, sendo executável independente da concordância do militar punido. A presunção de legitimidade do ato, cumpre destacar, na condição de atributo do ato administrativo disciplinar, encontra maior amplitude de incidência nessa espécie, presumindo-se com maior intensidade a existência do ilícito – a transgressão disciplinar – e a regularidade da aplicação da sanção.

Ao adentrarmos ao estudo da discricionariedade do ato, observamos que os seus elementos discricionários, qual sejam o objeto e a motivação, conforme o entendimento da doutrina especializada, e em que pese trata-se a sanção disciplinar militar de ato notadamente discricionário, este encontra sua amplitude de possibilidade de atuação da autoridade competente com grande grau de vinculação ao resultado lógico, razoável e proporcional, que se extrai do procedimento disciplinar que o antecede.

Como finalização do estudo analítico do ato administrativo disciplinar militar, foi observado que o entendimento doutrinário majoritário milita pelo reconhecimento da unicidade dos ilícitos, penais, civis e administrativos, diferenciando-se quanto à intensidade

de violação de determinado bem ou dever jurídico e, principalmente, quanto às sanções correspondentes. Sanções que, contrariamente aos ilícitos, apresentam regimes jurídicos distintos e, portanto, estarão submetidos a princípios e cargas axiológicas distintas. É o que determina a aplicação de uma sanção disciplinar em vez de uma pena restritiva de liberdade em face de um ilícito de menor potencial ofensivo, de modo a se concretizar o princípio da menor intervenção estatal frente a menor violação de um dever jurídico.

Adentrando, por fim, ao estudo dos limites do controle jurisdicional do ato disciplinar militar, extraímos inicialmente que, conforme o posicionamento doutrinário majoritário e o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como princípio a unicidade do texto constitucional, resta superada a hipótese de inconstitucionalidade da vedação à impetração de *habeas corpus* em face de punições disciplinares, previsto no § 2º do artigo 142 da Constituição Federal. A tese de inconstitucionalidade da norma constitucional fundamenta o posicionamento de parte da doutrina que, reflexamente ao se proibir a impetração do remédio constitucional, o aprisionamento de militares administrativamente também viola garantias constitucionais.

Nesse contexto, foi possível se constatar, quanto ao posicionamento jurisprudencial acerca da possibilidade de reavaliação do ato sancionador militar pelo judiciário por meio de *Habeas Corpus*, antes a vedação do artigo supracitado, que os Tribunais Superiores tem se posicionado no sentido de reconhecer apenas a possibilidade do exame de legalidade desses atos. Esse exame, observe-se, também se estende à análise dos limites da discricionariedade, sob pena de configuração de abuso de poder por parte da autoridade militar.

Por fim, o estudo da possibilidade de reexame da sanção disciplinar militar pelo Judiciário por meio de Mandado de Segurança, remédio constitucional que tutela direito líquido e certo como medida residual ao *Habeas Corpus*, se apresenta como alternativa à vedação imposta à utilização desse remédio constitucional. Nessa hipótese, ante a nova legislação que disciplina a utilização do *writ* e que não mais veda expressamente sua impetração para reavaliação judicial de ato administrativo disciplinar, a doutrina especializada tem entendido pela sua adequação como via cabível para tanto, ante a resistência do Poder Judiciário quanto à utilização do *Habeas Corpus* nesse contexto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito Administrativo Militar**. São Paulo: Método, 2010.

ALVES, Alberto Bento. **O Habeas Corpus nas Punições Disciplinares Militares: uma Questão Controvertida**. Direito Militar: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 490-494.

ARRUDA, João Rodrigues. **O Uso político das Forças Armadas e outras questões militares**. 1. ed. Rio de Janeiro. Mauad X, 2007.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?**. Coimbra: Editora Atlântida, 1977.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

_____. **Lei nº 6.880 de 1980. Estatuto dos Militares**. Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm)

_____. **Lei nº 9.784 de 1999. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm»](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm)

_____. **Decreto nº 4.346 de 2002. Regulamento Disciplinar do Exército**. Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm »](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm)

_____. **Decreto nº 88.545 de 1983. Regulamento Disciplinar da Marinha**. Disponível em: [«https://www.marinha.mil.br/com6dn/sites/www.marinha.mil.br.com6dn/files/RDM.pdf»](https://www.marinha.mil.br/com6dn/sites/www.marinha.mil.br.com6dn/files/RDM.pdf)

_____. **Decreto nº 76.322 de 1975. Regulamento Disciplinar da Aeronáutica**. Disponível em: [«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm »](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm)

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível 837 RS. QUARTA TURMA, Desembargador José Luiz Borges Germano da Silva, julgado em 26/05/1998. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8624211/apelacao-civel-ac-837-rs-970400837-6-trf4>. Acesso em 09/04/2018.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança 39367 DF. QUINTA TURMA, Desembargadora Selene Maria de Almeida, julgado em 15/12/2008. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2389169/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-39367-df-20073400039367-6/inteiro-teor-100930422?ref=juris-tabs#>. Acesso em 16/11/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 77750 RS. SEGUNDA TURMA, Ministra Ellen Gracie, julgado em 28/09/2010. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16794397/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-777502-rs/inteiro-teor-103580080?ref=juris-tabs>. Acesso em 16/11/2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

CARVALHO VASCONCELOS, Clever Rodolfo. **A prisão dos militares (criminal e disciplinar) diante da Constituição Federal**. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 23-33.

CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas-Córpus na Transgressão Disciplinar Militar**. São Paulo: Editora RCN, 2002.

COSTA, A. H. **A Obediência Hierárquica e o Direito Militar**. Direito Militar: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo. Vol. II: Teoria do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 12.^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, nº 6. Curitiba: Juruá, 2001.

FRANÇA, V. R. **Vinculação e Discricionariedade nos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 222, out/dez. p. 97-116.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo – Tomo 3: El Acto Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito Administrativo e Ilícito Penal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 01, p. 24-31.

MARTINS, Eliezer Pereira. **A aplicação dos princípios da razoabilidade e**

proporcionalidade nas punições disciplinares militares e análise do mérito administrativo pelo Judiciário Militar. Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 347-367.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2016

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2ª ed. 9ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008

MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e Princípio da Legalidade.** In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.), **Devido Processo Legal na Administração Pública.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal.** Vol. 1. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 1988.

NEVES. Cícero Robson Coimbra. **Teoria Geral do Ilícito Disciplinar: um Ensaio Analítico.** Direito Militar: doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 454-468.

OLIVEIRA, F. M. **Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINHEIRO, M. F. T. **O Ato Punitivo Disciplinar à Luz da Teoria do Ato Administrativo.** Coletânea de Estudos de Direito Militar: Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012. p. 432-438.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.4.

VASCONCELOS, Jocleber Rocha. **Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar.** Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8800>. Acesso em: 09 nov. 2019.