

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

ADRIANA VIOTTO MARTINS

**CONCEITO INDETERMINADO DE TRANSGRESSÃO
DISCIPLINAR, DISCRICIONARIEDADE E ABUSO DE PODER NA
APLICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E PRISÃO.**

Rio de Janeiro

2018/2

ADRIANA VIOTTO MARTINS

**CONCEITO INDETERMINADO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR,
DISCRICIONARIEDADE E ABUSO DE PODER NA APLICAÇÃO DAS PENAS DE
DETENÇÃO E PRISÃO.**

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 em Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompilio da Hora.

Rio de Janeiro

2018/2

CIP - Catalogação na Publicação

M379c MARTINS, ADRIANA VIOTTO
CONCRETO INDETERMINADO DE TRANSGRESSÃO
DISCIPLINAR, DISCRICIONARIEDADE E ABUSO DE PODER NA
APLICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E PRISÃO. / ADRIANA
VIOTTO MARTINS. -- Rio de Janeiro, 2018.
70 f.

Orientador: NILO CÉSAR MARTINS POMPILO DA HORA.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. conceitos indeterminados. 2. transgressão
disciplinar. 3. discricionariedade. 4. abuso de
poder. 5. detenção e prisão. I. HORA, NILO CÉSAR
MARTINS POMPILO DA, orient. II. Título.

ADRIANA VIOTTO MARTINS

**CONCEITO INDETERMINADO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR,
DISCRICIONARIEDADE E ABUSO DE PODER NA APLICAÇÃO DAS PENAS DE
DETENÇÃO E PRISÃO.**

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 em Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Nilo César Martins Pompilio da Hora.

Data de Aprovação: ___/___/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RESUMO

MARTINS. A.V. Conceito indeterminado de transgressão disciplinar, discricionariedade e abuso de poder na aplicação das penas de detenção e prisão. 2018. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2018.

O Direito Disciplinar Militar é antes de tudo uma disciplina autônoma e as penas de detenção e prisão são espécies de sanções administrativas as quais são regidas por princípios constitucionais, legais, e outros doutrinários. A transgressão disciplinar no RDCBMERJ como na maioria dos regulamentos disciplinares é conceituada com significados indeterminados, imprecisos, fluidos, expressões vagas, o que faz com que as definições de transgressões disciplinares sejam consideradas conceitos jurídicos indeterminados. A discricionariedade permite uma margem decisória ao superior hierárquico na aplicação dessas sanções disciplinares, que ao basear-se em critérios subjetivos, pode ultrapassar os limites da razoabilidade proporcionalidade, configurando assim, o abuso de poder. As penas de detenção e prisão são sanções que cerceiam a liberdade e trazem à tona discussões acerca da (in) constitucionalidade de sua permanência dentro de um Estado Democrático de Direitos.

Palavras-chave: Conceitos indeterminados; transgressão disciplinar; discricionariedade; abuso de poder; penas de detenção e prisão; RDCBMERJ.

ABSTRACT

MARTINS. A.V. Undetermined concept of disciplinary transgression, discretion and abuse of power in the enforcement of prison and prison sentences. 2018. 70 f. Monograph (Bachelor of Law) - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2018.

Disciplinary Military Law is, above all, an autonomous discipline and the sanctions of detention and prison are types of administrative sanctions ruled by constitutional, legal, and other simply doctrinary principles. The disciplinary transgression in RDCBMERJ, as in most disciplinary regulations, is defined with vague meanings, which makes disciplinary transgressions be defined as undetermined juridical concepts. Such discretionarity allows a margin on decisions made by hierarchical superiors on the application of these disciplinary sanctions which, when basing on subjective criteria, may rupture with the principles of reasonability and proportionality, becoming, effectively abuse of power. The prison and detention sanctions restrict freedom and bring up discussions about the (un) constitutionality of its endurance in a Democratic State

Keywords: undetermined concepts, disciplinary transgressions, discretionarity, abuse of power, detention sanction, prison sanction, RDCBMERJ

LISTA DE SIGLAS

CBMERJ	Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro.
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CF	Constituição Federal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PLC	Proposta de Lei da Câmara
RDCBMERJ	Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro.
RDPM	Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.
TD	Transgressão disciplinar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA DE REGRAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	13
1.1. Teoria Do Poder Administrativo Sancionador Do Estado	13
1.2. Natureza Das Sanções Disciplinares.....	14
1.3. Sanções Disciplinares X Sanções Penais	15
1.4. Princípios Que Regem As Sanções Disciplinares	15
1.4.1. Princípio da Legalidade	16
1.4.2. Princípio da Tipicidade	17
1.4.3. Princípio do non bis in idem.....	18
1.4.4. Princípio da Irretroatividade das normas sancionadoras.....	19
1.4.5. Razoabilidade e Proporcionalidade.....	19
1.4.6. Princípio da culpabilidade	21
1.4.7. Princípio da Presunção da Inocência.....	21
1.4.8. Princípio do Devido Processo legal	22
2. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR: ORIGEM, CONCEITO, INDETERMINAÇÃO E ELEMENTOS.....	24
2.1. Hierarquia E Disciplina.....	24
2.2. Dever De Obediência.....	26
2.3. Os Regulamentos Disciplinares.....	29
2.4. Conceito Indeterminado De Transgressão Disciplinar	30
2.5. Elementos Da Transgressão Disciplinar	35
3. PODER DISCRICIONÁRIO, ARBITRARIEDADE E ABUSO DE PODER NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES	38
3.1. Discricionariedade	38
3.2. Poder Vinculado e Poder Discricionário.....	40
3.2.1. Poder Vinculado.....	41
3.2.2. Poder discricionário	42
3.3. Arbitrariedade e Abuso de Poder.....	43

4. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR, DETENÇÃO E PRISÃO NO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO CORPO DE BOMBEIROS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (RDCBMERJ).....	48
4.1. Transgressão Disciplinar.....	48
4.2. Transgressão Disciplinar (TD) E Instauração Do Processo Administrativo Disciplinar (PAD)	50
4.3. Sanções Disciplinares De Detenção E Prisão.....	52
4.4. (In) Constitucionalidade E Controle Das Penas De Detenção E Prisão	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

O militar seja federal ou estadual exerce funções específicas cuja natureza é alicerçada nos princípios fundamentais de hierarquia e de disciplina. A hierarquia pode ser entendida como a forma de organização da autoridade em níveis e a disciplina, como a forma rigorosa como são entendidas e aplicadas as normas, leis, regulamentos e disposições¹.

Na visão de WILSON ODIRLEY VALLA (2005, p.116):

“a organização militar é baseada em princípios simples, claros e que existem há muito tempo, a exemplo da disciplina e da hierarquia. Como se trata de valores centrais das instituições militares, é necessário conhecer alguns atributos que revestem a relação do profissional com estes dois ditames basilares da investidura militar, manifestados pelo dever de obediência e subordinação, cujas particularidades não encontram similitudes na vida civil”.

A rigor, a função militar gera um vínculo estreito com a pátria e sentimento de sua preservação, possuindo um *modus vivendi* próprio, sendo nesse contexto que os militares se encontram sujeitos a deveres e obrigações, disciplinados em regulamentos próprios a cada força militar.

Ressalte-se que os militares por sua vez, estão inseridos em uma das forças federais (Exército, Marinha e Aeronáutica) ou nas forças estaduais (conhecidas como forças auxiliares e de reserva do Exército Brasileiro - art. 144, § 8º, CRFB/88),² nas quais estão incluídas as polícias militares e os corpos de bombeiros militares, os quais são órgãos que também compõem a segurança pública (art. 144, V, CRFB/88)³.

Na visão de FARLEI MARTINS DE OLIVEIRA⁴, o militar deve observar, constantemente, o valor castrense, que se traduz por atos de patriotismo, civismo, fé na

1 Arts. 5º e 6º do Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ, disponível em: <http://www2.cbmerj.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03767.pdf>. Acesso em 29 ago 2017.

2 PLANALTO, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 ago.2017.

3 Id, ibidem.

4 OLIVEIRA, Farlei Martins de. Sanção disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.127.

missão das Forças Armadas, espírito de união e apego à instituição a que serve. Ao lado desse valor, deve o militar possuir uma irrepreensível conduta moral e profissional, manifestadas no sentimento do dever, do pundonor e do decoro da classe.

Ao que se vê a inobservância dos princípios, deveres e obrigações configurará a prática de faltas que dependendo de sua natureza serão submetidas às sanções estabelecidas em legislação própria. Se a conduta for considerada crime, incidirá a legislação penal militar, se for uma transgressão disciplinar (TD), a afronta será ao Regulamento Disciplinar específico da força militar a qual o militar está vinculado.

Registre-se que a transgressão disciplinar também poderá ser entendida como sendo uma contravenção penal, ou seja, violação de um bem de menor potencial ofensivo⁵, e geralmente os textos legais ou regulamentares apresentam a norma (pressuposto de direito) com noções vagas, expressos em vocábulos plurissignificativos, de significados indeterminados, imprecisos, fluidos, que possibilitam a apreciação do fato concreto (pressuposto de fato) segundo subjetivismos da própria autoridade competente para emanar o ato administrativo. São os conceitos jurídicos indeterminados ou conceitos imprecisos⁶.

Na verdade, a transgressão disciplinar da forma como é conceituada poderia ser considerada um tipo penal aberto. Os tipos penais abertos e seus desdobramentos são exemplos de potencial violação do princípio da legalidade e do princípio da segurança jurídica, vez que exige complementações por outras normas jurídicas (de qualquer natureza), e também por indefinidos critérios de interpretação.

Para que a punição disciplinar administrativa seja justificada é necessário que se comprove a existência do fato e a autoria, respeitando-se os princípios do contraditório e ampla defesa, o que deve ocorrer no curso do processo administrativo disciplinar, sendo que ao final o militar poderá ser punido com o cerceamento da liberdade. A prisão administrativa

⁵ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19969-19970-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 out. 2017.

⁶ ARAÚJO, A. C. **Controle jurisdicional do ato administrativo disciplinar militar**. Rio de Janeiro: ESG, 2013.

poderá ocorrer na forma de detenção ou prisão a ser cumprida em estabelecimento militar, geralmente a organização militar de origem do infrator.

Já o processo administrativo disciplinar (PAD) é descrito nos regulamentos disciplinares das forças armadas e forças auxiliares, os quais foram implementados por meios de decretos expedidos pelo Poder Executivo e são anteriores à Constituição Federal de 1988. Quando da promulgação da CF/88 foram recepcionados, mas somente poderão ser alterados por meio de Lei, sob pena de nulidade de qualquer alteração, o mesmo ocorrendo com as penalidades impostas aos militares integrantes destas corporações⁷.

Registre-se também que o responsável pelo PAD não necessariamente possui conhecimentos jurídicos e administrativos, bastando ser superior hierárquico do militar. Desse modo, ao se deparar com um regulamento cuja norma contenha noções indeterminadas poderá possivelmente apreciar o fato concreto segundo sua própria valoração.

Essa valoração deverá obedecer aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, partindo do pressuposto de que os atos praticados pelo Poder Público não podem ser desprovidos de uma finalidade a fim de que não venham anular todo o processo.

Além disso, quando a transgressão disciplinar é conceituada de forma ampla, e por vezes com critérios indeterminados, a discricionariedade do superior hierárquico responsável pelo PAD pode ser alargada a tal ponto que pode extrapolar os limites para aplicação das sanções, fato que viria a ser considerado abuso de poder da autoridade militar.

Assevere-se que a sociedade militar é peculiar e com um campo vasto de estudo devido a sua organização e funcionalidade, desta forma focamos nosso estudo na força auxiliar Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro (CBMERJ) que em nosso Estado desenvolve especificamente atividades de defesa civil, sendo seu regramento disciplinar, conhecido como Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro (RDCBMERJ).

⁷ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19969-19970-1-PB.pdf>>. Acesso em 10 out. 2017.

Nesse contexto, a definição de transgressão disciplinar, no bojo do RDCBMERJ, a exemplo de outros regulamentos disciplinares militares é alicerçada em conceitos indeterminados, os quais ampliam a possibilidade de tipificação, subsunção dos fatos à norma, bem como dificultam o estabelecimento dos limites para aplicação das penas.

Nessa realidade, as punições disciplinares a que estão sujeitos os bombeiros-militares ao cometerem uma transgressão disciplinar são classificadas segundo o grau de gravidade crescente em: 1 - advertência; 2 - repreensão; 3 - detenção; 4 - prisão e prisão em separado; e 5 - licenciamento e exclusão a bem da disciplina⁸.

Nesse universo de sanções disciplinares, chama a atenção a possibilidade de detenção e prisão, que são sanções que cerceiam o direito fundamental à liberdade, o que segundo o texto constitucional só seria permitido em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente⁹, excetuando justamente os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei.

Nesse ambiente, as prisões administrativas vêm se perpetuando e uma vez que são produto final de um processo iniciado com base em um conceito indeterminado do que seria transgressão disciplinar podem muitas vezes configurar prisões abusivas.

Por esse motivo, mostra-se necessário a partir do conceito indeterminado de transgressão disciplinar (TD), redefinir as sanções disciplinares detenção e prisão, analisando sua forma de aplicação no bojo do processo administrativo disciplinar, como também apontar os campos de discricionariedade e arbitrariedade, para que então, possa se demonstrar que o conceito amplo de TD amplia a discricionariedade do aplicador das sanções disciplinares de detenção ou prisão a tal ponto que se configura o abuso de poder.

⁸ Art. 23 do Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ, disponível em: <http://www2.cbmerj.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03767.pdf>. Acesso em 29 ago. 2017.

⁹ Art. 5.º, inciso 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;

1. A NECESSIDADE DE INCIDÊNCIA DE REGRAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A fim de uma maior delimitação do tema é fundamental a incidência de conceitos relacionados ao direito administrativo sancionador, direito este relacionado aos processos administrativos disciplinares e a aplicação das penas de detenção e prisão.

1.1. Teoria do Poder Administrativo Sancionador do Estado

Saliente-se que sanção administrativa é uma espécie de punição e está inserida no âmbito do poder punitivo estatal, assim como as sanções penais, embora tenha um regime jurídico próprio. A fim de compreendê-la no contexto global deste poder punitivo estatal é imperiosa a análise de uma definição e de seus elementos.

Tal como leciona FÁBIO MEDINA OSÓRIO (2009, p. 95):

Consiste [a sanção administrativa] em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.

Para este estudo nosso foco é na sanção administrativa imposta pela autoridade sancionadora da administração pública, aqui representada pelo superior hierárquico responsável pelo PAD que em última instância representa o Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro.

A este superior hierárquico caberá após o cometimento de uma conduta ilegal e tipificada no RDCBMERJ, instaurar um processo PAD, onde ao final será aplicada uma pena, já que tem o objetivo de ser uma medida que representa sofrimento ao infrator. Essa pena terá a finalidade de reprimir e/ou disciplinar futuras condutas ilegais, independentemente de comprovar se houve ou não um sofrimento subjetivo.

Vale destacar que as sanções disciplinares possuem as fundamentais características das sanções administrativas, visto que estão inseridas no âmbito formal e material do Direito Administrativo¹⁰.

De outra parte, no que diz respeito às penas, toda e qualquer pena está sujeita ao regime do Direito Administrativo, desde que, de um lado, se integre em seu campo formal e material de aplicação, atendendo ao princípio da tipicidade, e, de outro, não encontre vedada pela ordem constitucional, tais como penas cruéis, de morte, não sendo prerrogativa exclusiva do direito penal, que é o que ocorre com as penas privativas de liberdade¹¹.

1.2. Natureza das Sanções Disciplinares

As sanções disciplinares são espécies de sanções administrativas, embora possuam suas especificidades, seja porque não há outro ramo do direito adequado para abrigá-las, seja porque o regime jurídico advém do Direito Administrativo em sua vertente sancionadora ou punitiva, mas suas particularidades não permitem que seja instaurado um novo ramo jurídico.

As transgressões disciplinares que ensejam as sanções disciplinares por sua vez, no ponto de vista material, podem ser internas ou externas.

As internas infringem deveres profissionais sendo exercidas ou não no interior das repartições, estão na verdade relacionadas ao exercício da função pública, enquanto as externas referem-se a comportamentos da vida particular do agente, mas que de algum modo possam vir a comprometer a moralidade do local ou órgão aos quais estejam vinculados.

No ponto de vista formal uma conceituação já não é tão fácil, uma vez que no Direito Administrativo Sancionador não prevalece um rigoroso princípio da tipicidade, como veremos posteriormente, o que faz com que os ilícitos nem sempre se apresentem legalmente definidos.

10 OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.93.

11 OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit., p.131.

Daí a margem de discricionariedade deixada pelo legislador em favor do aplicador das sanções, que no caso de não se atentar aos limites dessa discricionariedade, pode enveredar por um caminho de ilegalidade.

Com efeito, não é possível conceituar transgressão disciplinar em acepção formal, embora nem todas as transgressões disciplinares sejam atípicas.

1.3. Sanções disciplinares X Sanções Penais

Tradicionalmente as sanções disciplinares são distintas das sanções penais, tendo em conta o conteúdo finalístico de ambas.

As sanções disciplinares têm o objetivo de assegurar o bom funcionamento interno dos serviços e da ordem administrativa, ao passo que as sanções penais teriam a finalidade de assegurar a paz social e valores sociais mais amplos, levando-se em consideração bens jurídicos socialmente relevantes.

As primeiras estariam relacionadas a objetivos mais amplos, relacionados com a manutenção da ordem pública e valores gerais da coletividade, sendo que as sanções disciplinares possuem uma finalidade mais restrita e concentrada, com o foco voltado para a ordem interna, ao bom funcionamento da organização, aos valores específicos de disciplina, hierarquia, eficiência, moralidade¹².

Importante ressaltar que não há uma hierarquia de gravidade entre as infrações e suas respectivas sanções.

1.4. Princípios que regem as sanções disciplinares

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit., p. 136.

A Administração Pública é regida por uma série de princípios constitucionais, legais, e outros meramente doutrinários.

Sobre os princípios que regem a Administração Pública, assim diz CARLA CALDAS FONTENELE BRIZZI (2008, p. 4) ¹³:

“Os princípios constitucionais que regem a Administração Pública são cinco: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo sido esse último acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19/98. Além dos previstos na Constituição Federal, existem outros igualmente importantes, como a supremacia do interesse público, autotutela, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros”.

Na seara do Direito Administrativo Sancionador os principais princípios que regem e animam esse ramo do direito público são os princípios da legalidade, tipicidade, *non bis in idem* (em medidas distintas), irretroatividade das normas sancionadoras, razoabilidade e proporcionalidade, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal que certamente estão mantidos no campo das infrações disciplinares¹⁴.

Passaremos agora ao exame detalhado dos princípios que regem o campo das infrações disciplinares.

1.4.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade surge juntamente com o Estado Democrático de Direito e se constitui em uma das principais garantias aos direitos individuais. É considerado o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, “já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele” ¹⁵.

13 BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. As sanções disciplinares previstas na lei de execuções penais e a discricionariedade da administração pública na sua aplicação: o caso do regime disciplinar diferenciado. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/02_328.pdf. Acesso em 30 mai. de 2018.

14 OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit., p. 141.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

A rigor, a atividade punitiva do Estado associada a esse princípio significa dizer que há uma exigência de prévia habilitação legal para justificar os atos das entidades sancionadoras. Este princípio abrange o respeito às normas constitucionais, inclusive está previsto no art. 5º, II, da CF/88¹⁶ e também a regulação específica dos atos da Administração Pública, prevista no art. 37, *caput*, da mesma constituição¹⁷.

É importante frisar que, atualmente, a Administração Pública não deve observar somente a lei, mas também os princípios que a regem. Fala-se, portanto, de juridicidade, como sendo a necessidade de adequação dos atos administrativos aos preceitos principiológicos norteadores da atividade administrativa, cabendo em última análise ao Judiciário tanto o controle da legalidade quanto da Juridicidade¹⁸.

1.4.2. Princípio da Tipicidade

Na verdade, a tipicidade desempenha a função de dar desdobramentos à legalidade, sem uma necessária vinculação à ideia de tipos penais, até mesmo porque as sanções disciplinares podem ser típicas ou atípicas, embora devido aos direitos fundamentais e ao próprio princípio da legalidade, oriente-se para uma necessária tipicidade permissiva para elaboração de condutas proibidas e suas respectivas sanções, ou seja, o Direito Administrativo sancionador caminha para atuação mais objetiva, baseando-se em tipos previstos em lei e conceitos mais fechados.

Sobre o tema, assim diz FÁBIO MEDINA OSÓRIO (2009, p.212):

16 Ver art. 5º, II- “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude da lei”.

17 Veja-se o art. 37, *caput*, *in verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...), sendo que essa redação foi dada pela EC 19/98, que tratou da “reforma administrativa”.

18 BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. As sanções disciplinares previstas na lei de execuções penais e a discricionariedade da administração pública na sua aplicação: o caso do regime disciplinar diferenciado. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/02_328.pdf. Acesso em 30 mai. de 2018.

“Não há dúvidas de que a previsão legal e típica das infrações administrativas é corolário lógico do princípio da legalidade, compreendida esta, em suas funcionalidades totais, no conjunto dos demais princípios constitucionais dos quais advém direitos fundamentais aos acusados em geral”.

Há sem dúvida uma necessária tipificação das infrações administrativas e sua correspondente sanção, além de uma especificação do conteúdo da norma proibitiva. Os tipos devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo¹⁹.

1.4.3. Princípio do *non bis in idem*

O princípio de vedação ao *bis in idem* não possui previsão constitucional expressa, embora seja reconhecido, de modo implícito, como decorrência direta dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal no texto da Constituição Federal de 1988.

A ideia básica advinda do Direito Penal é que ninguém seja punido duas ou mais vezes por um mesmo fato, a questão se torna controvertida quando se pretende analisar este princípio à luz de um fato suscetível de enquadrar-se, ao mesmo tempo, na órbita do penal como na disciplinar²⁰.

No direito brasileiro esse princípio do direito disciplinar militar pode ser admitido, porém, de forma muito restrita.

Segundo JORGE CESAR DE ASSIS, (2018, p. 231) o princípio do *non bis in idem* pode ser admitido no direito disciplinar militar nas seguintes hipóteses:

1. a hipótese que não admite que um servidor público, civil ou militar, seja punido duas vezes pela mesma falta administrativa, quando existe identidade de sujeito, fato e fundamento.

¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit. págs. 213 e 214.

²⁰ Assis, Jorge Cesar de. Curso de Direito disciplinar militar: da simples transgressão disciplinar ao processo administrativo. Curitiba Juruá, 2008.

2.na hipótese de concurso de crime militar e de transgressão disciplinar de mesma natureza, ocasião em que será aplicada somente a pena relativa ao crime militar (Estatuto dos Militares, art. 42, §2º).

1.4.4. Princípio da Irretroatividade das normas sancionadoras

Este princípio decorre, na realidade, dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica, tornando inviável considerar normas que sancionem condutas que, antes, não admitiam determinadas sanções, eram lícitas ou não proibidas pela ordem jurídica²¹, ou seja, não podemos permitir em nosso ordenamento uma norma que sancione de forma contrária aos princípios constitucionais e que firam direitos fundamentais.

Quanto à retroatividade das normas mais benéficas, seriam essas reconhecidas como constitucionais, respeitando-se o princípio da igualdade, os valores relacionados à justiça e normas jurídicas que resguardam os direitos fundamentais.

Não há dúvidas sobre esse princípio no Brasil, mas nesse ponto não há equiparação entre o Direito Administrativo sancionador e o Direito Penal, podendo a retroatividade ocorrer em níveis diferenciados, com intensidade variada²².

O critério preponderante parece ser aquele adotado pelo legislador que pode estabelecer expressamente a retroatividade da norma mais favorável, pois se houver previsão, nenhum debate haverá sobre sua aplicação, salvo nas situações de desvio de poder legislativo, controlado em face da Constituição Federal²³.

1.4.5. Razoabilidade e Proporcionalidade

O princípio da razoabilidade tem sido aplicado ao direito Administrativo como uma forma de limitar a discricionariedade do administrador. Definindo razoabilidade, ensina JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2015, p.41):

21 Osório, Fábio Medina. op. cit. p.266.

22 Osório, Fábio Medina. op. cit. p. 269.

23 Osório, Fábio Medina. op. cit. p. 270.

*“Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para os outros. Mas, mesmo que não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standarts* de aceitabilidade”.*

Importante frisar que o princípio da moralidade tem que ser observado à medida que a conduta do administrador/ sancionador se apresente dentro dos padrões de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, sem dúvidas haverá um vício que pode ensejar a nulidade do ato. Significa dizer que há razoabilidade se houver licitude dos atos do administrador/sancionador.

Já o princípio da proporcionalidade, que não pode ser confundido com o princípio da razoabilidade, está ligado à ideia de excesso de poder e tem o escopo de refrear os atos, condutas e decisões dos administradores/sancionadores que venham ferir a legalidade, ou seja, que firmam os limites impostos pela lei.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO nos ensina que a proporcionalidade tem origem no direito alemão e tem por norte os seguintes fundamentos (2015, p.43):

Adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens”.

Registre-se que o princípio da proporcionalidade embora tenha o objetivo de controlar a atividade administrativa/ sancionadora, não pode interferir no critério discricionário de escolha quando o administrador/ sancionador tiver mais de uma forma lícita para atuar.

FARLEI MARTINS DE OLIVEIRA considera a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios decorrentes do devido processo legal, inclusive considera-os princípios com significado muito próximos, podendo ser entendido que o primeiro faz com que o agente público atue com bom senso, enquanto que, pelo segundo, torna-se imprescritível que a

autoridade militar observe, na dosagem da sanção disciplinar, a correlação entre meios e fins objetivados pela lei, sob pena de cometer ilegalidade²⁴.

1.4.6. Princípio da culpabilidade

Este princípio constitucional também é materialmente vinculante com consequências significativas para o Direito Administrativo Sancionador. Para que alguém possa ser administrativamente sancionado ou punido, seja por autoridades judiciárias, seja por autoridades administrativas é necessário que o agente se revele “culpável”²⁵.

De qualquer sorte, o problema é que a culpabilidade que se projeta no Direito Penal não é necessariamente a mesma que se vislumbra no Direito Administrativo sancionador, dada a diversidade dos ramos jurídicos e suas peculiaridades. A maior dificuldade no direito administrativo sancionador não é identificar a culpabilidade como elemento genérico para a imposição da pena e sim a conceituação de culpabilidade nesse campo²⁶.

1.4.7. Princípio da Presunção da Inocência

Com previsão constitucional no art. 5º, LVII, CFRB: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para PAULO TADEU RODRIGUES ROSA (2005, p. 32):

“o administrador militar, principalmente o administrador militar estadual, ainda não reconhece nos processos administrativos o princípio da inocência, segundo o qual, na ausência das provas seguras, cabais, que possam demonstrar a culpabilidade do acusado, vige o princípio *in dubio pro reo*. Esse princípio encontra-se consagrado na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Não se admite, como querem alguns administradores que na dúvida seja aplicado o princípio *in dubio pro administração*”.

²⁴ OLIVEIRA, Farlei Martins de. Sanção disciplinar Militar e Controle Jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P.127.

²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit. p.343.

²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit. p.352.

Desta forma, conclui o ilustre autor que o ônus da prova pertence à Administração Pública, que é titular do *jus puniendi*, ou seja, é a administração militar quem tem que demonstrar a culpabilidade do agente, que será inocente até a prova em contrário²⁷.

1.4.8. Princípio do Devido Processo legal

Também um princípio constitucional com previsão no art. 5º LIV, CR/88 “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, princípio que alicerça o postulado da segurança jurídica.

O devido processo legal é uma cláusula fonte de direitos individuais, difusos ou coletivos, com enorme elasticidade, ostentando dois importantes significados: uma garantia formal de procedimento legal e uma garantia material de procedimento razoável, substancialmente contrário às leis arbitrárias, uma espécie de interdição à arbitrariedade legislativa ou dos Poderes Públicos em geral²⁸.

Para FABIO MEDINA OSÓRIO (2009, p. 163):

“o devido processo legal formal está relacionado aos primeiros e fundamentais passos na delimitação dos direitos substanciais em jogo. Assim, todos os procedimentos e processos administrativos ou judiciais devem ostentar os seguintes passos: notificação ou citação do imputado, para dar-lhe ciência da imputação em curso; garantia dos direitos de defesa com abertura de possibilidade de o imputado manifestar-se, por escrito ou oralmente, a respeito do caso; resolução motivada por parte da autoridade competente (previamente); existência de um órgão decisor imparcial”.

Este mesmo autor traz o devido processo legal substancial que traduz todo o ideário de justiça, igualdade e proteção dos interesses individuais legítimos, buscando os valores justiça, proporcionalidade, limitações e condicionantes ao poder político²⁹.

²⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. Op. cit. p. 226.

²⁸ OSORIO, Fábio Medina. op. cit. p.162.

²⁹ OSORIO, Fábio Medina. op. cit. p.165.

Pelo ângulo substantivo, então os procedimentos, atos e decisões do administrador devem ajustar-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se a arbitrariedade.

2. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR: ORIGEM, CONCEITO, INDETERMINAÇÃO E ELEMENTOS

As normas disciplinares militares são regras de condutas impostas aos subordinados pelos superiores com o intuito de manter sempre a tropa em uniformidade, e requerem em contrapartida, a pronta obediência às ordens dos superiores hierárquicos o que vem a ser uma das manifestações elementares dos princípios da hierarquia e da disciplina.

Dessa maneira, toda vez que um militar ferir os valores da vida militar, da disciplina e da hierarquia, estará cometendo uma transgressão e por se instaurar um processo administrativo para aferição do ato infracional, cujas reprimendas têm a natureza disciplinar, a transgressão é dita disciplinar.

2.1. Hierarquia e Disciplina

A disciplina e hierarquia são institutos constitucionalizados em favor das Forças Armadas e Forças auxiliares (Carta Magna arts. 42 e 142)^{30, 31}, além de constarem como princípios basilares da vida castrense em todos os regulamentos disciplinares.

Ambas possuem um alto grau de generalidade, de abstração, inerente e característico dos princípios de direito, e como tais, pautando e balizando toda a organização, o exercício e o desenvolvimento da função militar³².

Em nível conceitual, o art. 14 do Estatuto dos Militares assim dispõe:

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

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

³⁰ **Art. 42.** Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

³¹ **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.

³² OLIVEIRA, Farlei Martins de. op. cit. p.25 e 27.

O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de 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.

Da essência mesma da hierarquia, desprende-se que a localização que cada um dos integrantes tem na escala hierárquica importa em um nível de exigências e atribuições. À medida que se sobe na mesma, se acrescentam ambas, pois a maior capacidade de comando corresponde a uma maior responsabilidade (FIERRO, Guilherme J. *apud* ASSIS, Jorge Cesar de, 2018, p.94).

Sobre a hierarquia assim aponta FARLEI MARTINS DE OLIVEIRA (2005, p.28):

“A hierarquia é o que se impõe ao subalterno, a estrita e pronta obediência às ordens e instruções legais de seus superiores, e, assim, define-se as responsabilidades de cada um. As ordens e determinações legais devem ser bem e fielmente cumpridas, sem ampliação ou restrição ao exato sentido da ordem determinada pelo superior hierárquico, a menos que sejam ordens manifestamente ilegais. Ausente essa hipótese, o descumprimento ou retardamento da ordem pode ensejar falta disciplinar ou crime funcional”.

A obediência hierárquica militar, no âmbito do Direito Administrativo deve ser diversamente considerada, visto que a natureza da função militar requer que o superior conte com poderes e faculdades que compreende, ao mesmo tempo, o direito de ordenar e a faculdade de punir os atos que julgue contrários à disciplina (VALLA, 2003, p.117).

A segunda via mestra das instituições militares é a disciplina e decorre da hierarquia. E não existiria se os subordinados não obedecessem aos superiores.

O art. 1º do Decreto 1.899, de 19.08.1937, que aprovou o então Regulamento Disciplinar do Exército, produziu a seguinte lição pertinente até os dias atuais:

“Aspectos que são do mesmo dever militar, tão nobre é obedecer quanto comandar-com proveito, porém, somente comandará quem se haja feito à obediência que, pela força do hábito se torna natural. Só mediante tal condição conseguirá o superior a obediência consciente e completa dos subordinados”.

E referindo-se às manifestações de disciplina, o referido regulamento alertava, no parágrafo único de seu art.2º, que:

“é preciso, entretanto, ter sempre presente que a disciplina não consiste, apenas em seus sinais exteriores, que somente têm valor como expressão dos sentimentos de quem os pratica. Ela só é real e proveitosa quando inspirada pelo sentimento do dever, produzido por cooperação espontânea e não pelo receio de castigos”.

Sobre a disciplina assim aponta FARLEI MARTINS DE OLIVEIRA (2005, p.29):

A disciplina pode ser entendida como a competência, conferida por lei, ao superior hierárquico de punir, internamente, as infrações funcionais dos militares e demais subalternos sujeitos à disciplina dos órgãos, instituições e corporações da Administração Pública Militar.

Assim, se a disciplina e a hierarquia constituem os pilares básicos das instituições militares, sendo inclusive protegidos pela Constituição Federal, necessário nesse ponto afirmar-se que, via de regra, o instrumento garantidor por excelência desse binômio é o Regulamento Disciplinar de cada força. (ASSIS, 2018, p.101).

Por sua vez, a quase totalidade dos regulamentos disciplinares brasileiros prevê, como sendo uma das manifestações da disciplina, a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos³³.

E se a pronta obediência às ordens dos superiores hierárquicos é uma das manifestações elementares da disciplina, daí decorre o dever de obediência comum às instituições militares³⁴.

2.2. Dever de Obediência

Referindo-se ao dever de obediência, WILSON ODIRLEY VALLA adverte que, se em princípio, somente à lei é que se deve obediência, pois esta é a única autoridade impessoal à qual o homem pode se submeter sem constrangimento à sua dignidade pessoal, na vida

33 Regulamento Disciplinar do Exército, art. 8º, § 1º, inc.II.

34 ASSIS, Jorge Cesar de. op. cit. p. 98.

militar, porém, existem circunstâncias especiais decorrentes da hierarquia e da disciplina, em que a obrigação de obediência não se esgota na lei, e se prolonga na ordem do superior hierárquico. Se assim não fosse, a hierarquia militar não teria razão de existir, pois na própria lei estariam presentes todas as soluções (VALLA, 2003, p.119).

Daí decorre que aquele que recebe uma ordem tem o direito e dever de apenas analisar se o autor da ordem tem um poder de superioridade, ou seja, se existe entre os dois a relação de dependência hierárquica sobre a qual se funda o dever de obediência (ASSIS, 2018, p.98).

Para LORENZO COTINO HUESO, a desobediência militar somente se justifica para a sustentação do regime constitucional democrático, como uma manifestação particular do *ius resistendi* de todo cidadão (HUESO, Lorenzo Cotino, 2007 apud ASSIS, Jorge Cesar de, 2018, p.99).

Referindo-se à obediência devida, OSCAR IGOUNET e OSCAR IGOUNET FILHO comentaram o antigo Código de Justicia Militar argentino³⁵:

La obediência que um inferior debe a um superior está estrictamente enmarcado em el concepto de 'acto de servicio' (véase El art. 878 C.J.M.). Es decir, para que exista deber de obediência deben verificarse ciertos presupuestos. Em principio, debe tratarse de um inferior jerárquico a quien las leyes y reglamentos militares Le han impuesto La obligación de cumplir las órdenes del servicio que le sean impartidas por um superior legalmente habilitado para mandarlo; em segundo lugar, como dijimos, el que imparte la orden debe hallarse jurídicamente facultado para hacerlo, por último, debe tratarse de una orden propia del servicio.

Para o Regulamento Disciplinar Militar de Portugal, o dever de obediência é considerado um dos deveres especiais do militar, e conceituado da seguinte forma:

“o dever de obediência consiste em cumprir, completa e prontamente, as ordens e instruções dimanadas do superior hierárquico, dadas em matéria de serviço, desde que seu cumprimento não implique na prática de um crime. E, em cumprimento do dever de obediência, dentre outras coisas, incumbe ao militar, designadamente, cumprir completa e prontamente as ordens de seus superiores em matéria de serviço”³⁶.

³⁵ IGOUNET, Oscar; IGOUNET (h). Código de Justiça Militar Anotado com Jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera. Buenos Aires: Librería del Jurista, 1985, p.161 *apud* ASSIS, Jorge Cesar de, 2008, p.99.

³⁶ Lei Orgânica nº2/2009, de 22 de julho. Aprova o Regulamento de Disciplina Militar, art. 12, números 1 e 2, letra 'a'. Disponível em: <https://www.emgfa.pt/documents/mv7nr0kypt8.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2018.

O dever de obediência está ao longo do Estatuto dos Militares³⁷, reforçado por inúmeros dispositivos, dentre os quais:

Da Ética Militar

Art. 28 [...] IV- cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes; [...] VI- zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum; [...] XIX- zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar.
[...]

Dos Deveres Militares

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

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida; [...] IV- a disciplina e o respeito à hierarquia; V- o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens;

Do Compromisso Militar

Art. 32. Todo cidadão, após ingressar em uma das Forças Armadas mediante incorporação, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los.

Do Comando e da subordinação

Art. 34. Comando é a soma de autoridade, deveres e responsabilidades de que o militar é investido legalmente quando conduz homens ou dirige uma organização militar. O comando é vinculado ao grau hierárquico e constitui uma prerrogativa impessoal, em cujo exercício o militar se define e se caracteriza como chefe.

[...]

Art. 35. Comando é a soma de autoridade, deveres e responsabilidades de que o militar é investido legalmente quando conduz homens ou dirige uma organização militar. O comando é vinculado ao grau hierárquico e constitui uma prerrogativa impessoal, em cujo exercício o militar se define e se caracteriza como chefe.

³⁷ Lei 6.880/1980.

Dessa maneira, toda vez que um militar ferir os valores da vida militar, da disciplina e da hierarquia, estará descumprindo o dever de obediência e incorrendo em uma transgressão que é dita disciplinar por ser parte do ramo do direito disciplinar militar, a qual é aferida no bojo de um processo administrativo disciplinar.

2.3. Os Regulamentos Disciplinares

O regime disciplinar, tenta conciliar tanto os interesses da instituição como os direitos dos que a ele se submetem, cabendo aos regulamentos disciplinares dispor sobre o conceito e rol das transgressões disciplinares e manter a disciplina nas organizações militares.

Leciona ANTONIO PEREIRA DUARTE (1995, p.51-52) que os regulamentos disciplinares ordenam e classificam as transgressões ou contravenções disciplinares, dispondo sobre as penas disciplinares e os recursos cabíveis contra as punições impostas.

Como dito, cada força tem seu respectivo regulamento, na qual se conceitua a transgressão disciplinar, delineiam-se as diferentes sanções disciplinares e os modos de aplicação.

Na Marinha, o atual Regulamento Disciplinar foi baixado pelo Decreto 88.545, de 26.06.1983, com as alterações introduzidas pelo Decreto 1.011, de 22.12.1993.

O Exército regula as contravenções ou transgressões disciplinares praticadas pelos seus componentes através do Decreto 4.346, de 28.08.2002- que revogou o Decreto 90.608, de 08.12.1984.

Na Aeronáutica, o Regulamento Disciplinar foi instituído pelo Decreto 76.322, de 22.09.1975.

Em relação às forças auxiliares no Estado do Rio de Janeiro, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (RDPM) foi instituído pelo Decreto 6.579, de

05.03.1983 e o Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro (RDCBMERJ) foi instituído pelo Decreto 3.767 de 03.12.1980.

Importante assinalar que os Regulamentos Disciplinares trazem expresso em seus textos a “finalidade da aplicação da punição disciplinar”.

2.4. Conceito indeterminado de transgressão disciplinar

A transgressão disciplinar é definida no bojo dos regulamentos disciplinares militares.

O Regulamento Disciplinar do Exército, assim define transgressão disciplinar:

“Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe” (BRASIL, 2002 apud BIEGER, L., 2012, p.5).

Já o Regulamento Disciplinar da Marinha, define em seu art. 6º:

“Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime”.

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica por sua vez assim define em seu art. 8º como toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro define em seu art. 13:

Transgressões disciplinares é qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares, na sua manifestação elementar e simples, e qualquer ação ou omissão contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime.

O Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro será visto em capítulo próprio.

Como podemos depreender pela leitura dos conceitos, as transgressões disciplinares são conceituadas pela absoluta maioria dos regulamentos militares com vocábulos plurissignificativos, de significados indeterminados, imprecisos, fluidos, expressões vagas, o que faz com que as definições de transgressões disciplinares sejam consideradas conceitos jurídicos indeterminados.

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu no século XIX na Áustria, visando saber se tais conceitos eram ou não possíveis de serem controlados pelos tribunais administrativos³⁸.

Os conceitos jurídicos indeterminados que, seguindo a definição proposta por KARL ENGLISH, são conceitos cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos consubstanciam uma parcela do ordenamento jurídico na qual a hermenêutica jurídica assume características específicas devido à impossibilidade com que os órgãos aplicadores do Direito deparam em fazer decorrer a sua decisão da mera subsunção de uma situação da vida a uma premissa legal³⁹.

Sobre os conceitos jurídicos indeterminados ou conceitos imprecisos, assim pontua MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁴⁰:

“A expressão conceito jurídico indeterminado, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito. Fala-se em boa fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros. (DI PIETRO, 2001, p. 97).

38 SOUZA, Antonio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p.34.

39 KARL ENGLISH; Introdução ao pensamento jurídico (tradução portuguesa), Lisboa 1988, p. 208.

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed., São Paulo: Atlas S.A., 2001.

Sobre o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO entende que a presença de conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de “fluidos ou indeterminados”) podem viabilizar a discricionariedade administrativa, especialmente, quanto à finalidade da norma. (BANDEIRA DE MELLO, 2003, p.19).

Há doutrinadores que classificam os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de valor e conceitos de experiência⁴¹.

Ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que os conceitos de experiência ou empíricos pressuporiam critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitiriam, portanto, concluir qual a única decisão possível. É o que ocorreria em face de expressões como “caso fortuito”, “força maior”, “bons antecedentes”. Nesses casos não haveria dúvida de que a matéria é de pura interpretação e pode o Poder Judiciário rever a decisão administrativa, porque ela está fora do âmbito da discricionariedade. (DI PIETRO, 2001, p.132).

Já na hipótese de conceito de valor, a referida doutrinadora entende que existe a discricionariedade, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite. Para a ilustre administrativista existe discricionariedade quando (...) a lei usa certos conceitos indeterminados ou, nas palavras de Linares, “fórmulas elásticas”, assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade etc. (DI PIETRO, 2001, p.76).

A mesma classificação é apontada por GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, para quem, no entanto, os conceitos de valor podem conduzir a uma única solução, como a boa-fé, ou ainda conduzir a juízos subjetivos de prognose, os quais nem sempre conduzem a univocidade de soluções, como, por exemplo, se a exibição de um filme “pornográfico” é “prejudicial” à formação da juventude. Dessa forma, conclui a autora, a mera classificação entre conceitos de experiência e de valor não fornece critério seguro de delimitação da sindicabilidade judicial de sua aplicação. (MORAES, 1999, p.62).

⁴¹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa, p.32.

Fato é que tanto nos conceitos jurídicos indeterminados, ditos “de experiência”, quanto nos denominados “de valor”, há a necessária interpretação de norma que resulta em uma única decisão adequada para o caso concreto⁴² e que em última instância ficará a critério do responsável por aplicar a norma.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que nem sempre é possível, perante o caso concreto, encontrar densidade para o conceito jurídico indeterminado de modo a dissipar, por inteiro, as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do termo por elas recoberto⁴³.

Para o autor, em diversas situações, é inviável questionar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis⁴⁴. Reportando-se às lições de Bernatzik, o administrativista afirma que existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida⁴⁵.

Tal entendimento parte do pressuposto de que a verdade nem sempre é passível de ser contrastável ou demonstrável razão pela qual estaria viabilizada a margem de liberdade administrativa para que se chegue à definição acerca de qual atitude deva ser adotada⁴⁶.

Evidente, portanto, que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados enseja, potencialmente, a discricionariedade administrativa. O autor argumenta, ainda, que apenas a dúvida, presente no intervalo entre a certeza positiva e a certeza negativa, viabilizaria a margem de liberdade do administrador⁴⁷.

Outra característica dos conceitos jurídicos indeterminados é que possui características de significação abstrata que varia no tempo e no espaço de acordo com as necessidades coletivas, bem como deve ser perquirida pelo administrador público, seja pela adequada

⁴² PEREIRA, Flávio Henrique Unes, *op.cit.*, p. 33.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, *op cit.* p.22.

⁴⁴ *Idem.* p. 23.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Essa idéia é expressa pelo autor na seguinte passagem: *Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham opinião falsa* (BANDEIRA DE MELLO, *op cit.* p. 23).

⁴⁷ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Op. Cit*, p. 33.

interpretação, quando possível extrair determinada significação da norma legal ou regulamentar, seja pelo exercício do poder discricionário, quando mais de uma significação for possível de ser extraída da norma, desde que sempre pautado pelos princípios administrativos, em especial a razoabilidade (ARAÚJO, 2013, p.18).

Assim é que sanção disciplinar resultante da interpretação ou da discricionariedade do agente público quando diante da norma contendo conceito jurídico indeterminado, estará sujeito ao controle do Poder Judiciário para que este verifique se a atuação do agente se pautou pela legalidade e pelos princípios administrativos, isto é, se o agente não cometeu desvio de finalidade na subsunção do caso concreto à norma.

JOSÉ ANTÓNIO MARTINS LUCAS CARDOSO, em seu relatório elaborado no âmbito do seminário de Direito Administrativo, do Curso de Mestrado em Ciências do Direito Público da Universidade Lusíada no ano letivo de 1992/1993 defendeu que a indeterminação conceitual é gênero e que deve ser individualizada em algumas espécies⁴⁸.

A primeira distinção feita pelo autor foi em relação à distinção entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais:

“Os conceitos indeterminados correspondem a um «processo casuística de tipificação das situações a regular»⁴⁹ mas é o próprio conceito em si que se caracteriza pela incerteza do seu conteúdo ou, se preferirmos, pela sua natureza incompleta. As cláusulas gerais são expressão de uma regulação bastante geral e bastante abstrata ou, de outro modo, de um processo de concentração de situações da vida numa única previsão normativa”. (CARDOSO, 1994, p.17).

Outra distinção proposta obedece ao critério do método de concretização, do conceito que leva a distinguir conceito vinculante e conceito discricionário, a distinção entre estas duas espécies, segundo KARL ENGLISH, está no caráter, respectivamente, objetivo ou subjetivo da valoração⁵⁰.

⁴⁸ CARDOSO, José António Martins Lucas. Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados em direito administrativo: Para uma análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa. Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/929>. Acesso em: 01 de Ago. 2018.

⁴⁹ A expressão é de J. Baptista Machado *in* Cfr. J. BAPTISTA MACHADO; *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra 1990, p.114 *apud* CARDOSO, José António Martins Lucas. Op. cit. p.17.

⁵⁰ KARL ENGLISH; op. cit., p. 2 13 e SS.

Classificação assente em critérios algo diversos é a proposta por ROGÉRIO EHRHARDT SOARES uma vez que se baseia na «diferente natureza da imprecisão»⁵¹. O autor procede à distinção entre conceitos classificatórios e conceitos imprecisos-tipo. Os primeiros «referem-se a situações individualizáveis como constitutivas de uma classe, isto é uma soma de acontecimentos substancialmente idênticos»⁵², enquanto os segundos «apontam para um tipo difuso de situações da vida» pretendendo apenas dar uma «imagem significativa» e não referir-se à totalidade do grupo de situações e para Rogério Soares só estes últimos conceitos são verdadeiramente indeterminados, pois no primeiro caso a pretensa imprecisão pode ser resolvida em sede interpretativa⁵³.

2.5. Elementos da Transgressão Disciplinar

A configuração da transgressão disciplinar exige a presença de alguns elementos sem os quais o fato imputado ao militar será atípico.

O *jus puniendi* no campo administrativo, assim como ocorre no direito penal, exige a existência de indícios de autoria e materialidade. O militar somente poderá ser punido se o fato por ele praticado, na seara administrativa, for um fato típico, antijurídico, que praticado, em tese por um agente culpável, tenha como consequência uma penalidade. (ROSA, 2011, p.03).

De modo geral, postula a doutrina não viger, em matéria disciplinar, o princípio da tipicidade, mas seu oposto, ou seja, o princípio da atipicidade. Nesse sentido, note-se o que aduz Di Pietro (2001, p.515):

“Ao contrário do Direito Penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como ‘falta grave’, ‘procedimento irregular’, ‘ineficiência do serviço’, ‘incontinência pública’, ou outras infrações previstas de modo indefinido

⁵¹ ROGÉRIO E. SOARES; <<*Direito Administrativo*>> (policopiado), Porto s.d. (mas 1980), p. 59 apud CARDOSO, José António Martins Lucas. op. cit. p. 18.

⁵² Idem. p. 62.

⁵³ Ibidem.

na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.”

Ao contrário *sensu* para CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES⁵⁴ pelo fato do servidor não poder ficar totalmente ao arbítrio da autoridade disciplinar que, de acordo com seu estado de humor, decidirá o que é e o que deixa de ser infração funcional, a tipificação que vige no Direito Administrativo – especialmente em Direito Administrativo Disciplinar Militar – a tipicidade moderada, ou “tipicidade mitigada”.

Para o autor, basta que se analise o texto dos regulamentos disciplinares das forças militares para que se note que a atipicidade não se afigura como princípio geral aplicável a todas as espécies de ilícito disciplinar e traz o exemplo do Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco, o qual ao definir especificamente as transgressões disciplinares, expõe, com clareza e concisão, os elementos caracterizadores de cada ilícito disciplinar, como dispõe, *in exemplis*, o artigo 80, que consigna como transgressão disciplinar o fato de o militar **“dar conhecimento de fatos, documentos ou assuntos militares, a quem deles não deva ter conhecimento e não tenha atribuições para neles intervir”** (grifo nosso)⁵⁵.

Em relação à conduta, no caso do ilícito disciplinar, essa também deve ser provida de elemento subjetivo (dolo ou culpa), sob pena de indesejável responsabilização objetiva. Obviamente, também há necessidade de que haja um resultado, se assim exigir a norma disciplinar⁵⁶.

No entanto, podem haver situações em que a transgressão disciplinar abrirá mão de um resultado naturalístico, no que se aproximará do conceito de um delito formal. Sempre haverá, entretanto, um resultado jurídico a ser apurado, imputável a alguém por inequívoco liame causal.

É perfeitamente defensável a tese de CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES sobre a tipicidade nas infrações disciplinares militares, no sentido de que a atipicidade expõe

⁵⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **“Teoria geral do ilícito disciplinar militar: Um ensaio analítico” in “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar”**. Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 196.

⁵⁵ Lei Estadual 11.817, de 24 de julho de 2000.

⁵⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *op. cit.* p.198.

excessivamente o militar ao poder punitivo do Estado, além de afetar os postulados da legalidade, reserva legal e segurança jurídica.

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA também entende que é possível a tipificação da transgressão disciplinar, e sobre o tema aduz (2011, p. 04):

“A transgressão disciplinar será considerada típica quando o fato estiver expressamente previsto no regulamento disciplinar. O ato disciplinar poderá ser antijurídico, quando a falta for contrária as regras disciplinares. A culpabilidade do agente exige o elemento dolo, vontade livre e consciente de praticar a infração, a não ser que o tipo queira punir a conduta culposa, imprudência, negligência ou imperícia”.

Sobre o tema “tipo e tipicidade”, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA⁵⁷ traz profundas lições condicionando a aplicação de toda e qualquer sanção disciplinar a uma previsão típica do fato numa norma escrita de prévia existência:

“Para que haja aplicação da penalidade e para que se identifique a infração administrativa, impõe-se que esteja presente, além da antijuridicidade, o tipo, ou seja, o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa. A descrição da infração deve estar prevista em lei ou em regulamento, quando a hipótese normativa for genérica, incumbindo à Administração limitar as probabilidades fáticas”. (OLIVEIRA, 2005, p. 20).

A definição de transgressão disciplinar com base nos elementos apontados afasta a possibilidade de inobservância do princípio da legalidade, que foi assegurado pela Constituição Federal de 1988 de forma expressa no tocante as faltas disciplinares e aos crimes militares (ROSA, 2011, p. 04).

⁵⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

3. PODER DISCRICIONÁRIO, ARBITRARIEDADE E ABUSO DE PODER NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES

O superior hierárquico responsável pela aplicação da sanção disciplinar, assim como em qualquer outra atividade administrativa, deve se pautar nos princípios da Administração Pública e nos princípios específicos do direito administrativo sancionador, sob pena do ato ser anulado pelo Poder Judiciário, segundo preconiza o ordenamento jurídico brasileiro.

O aplicador da sanção disciplinar atuando como um agente administrativo possui os poderes próprios da Administração, dentre eles o poder discricionário, no entanto, só pode utilizar esses poderes de forma legal, não podendo causar excessos e ultrapassar limites. Se isso vier a ocorrer estará configurado o chamado abuso de autoridade ou desvio de finalidades, que são tipos de ilegalidades previstos no nosso ordenamento jurídico.

Pelo Princípio da Legalidade, a Administração Pública pode fazer somente aquilo que está previsto e autorizado em lei. A norma para aplicação das sanções disciplinares está no bojo dos regulamentos disciplinares militares e como vimos, gira em torno do conceito de transgressão disciplinar, que por sua vez, baseia-se em conceitos indeterminados, plurissignificativos.

3.1. Discricionariedade

Um dos pontos principais que marcam a distinção entre o ato administrativo comum e o ato administrativo militar é a maior discricionariedade conferida pelo ordenamento jurídico a este último⁵⁸.

Isto posto, para entende melhor como funciona a aplicação das sanções disciplinares é importante conhecer um pouco mais sobre o que vem a ser Discricionariedade.

⁵⁸ OLIVEIRA, Farlei Martins de. op. cit. p. 52.

Primeiramente cabe ressaltar que a discricionariedade da Administração Pública, no exercício de suas funções administrativas decorre do poder discricionário. Este poder-dever consiste na prerrogativa concedida pelo ordenamento jurídico à administração pública, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo⁵⁹.

Na lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2010, p. 54), discricionariedade: “é a prerrogativa que é dada aos agentes da administração de elegerem entre várias condutas possíveis, a mais conveniente e oportuna ao serviço público”.

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2013, p. 988-989):

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

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

De seu turno, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁶⁰, em obra de grande importância para o tema, definiu a discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

Ainda a respeito da discricionariedade administrativa, HARTMUT MAURER⁶¹, um dos publicistas de maior destaque na doutrina administrativa alemã, assevera por sua vez, que a vinculação à lei da administração pode ser rigorosa, como no caso de um tipo admitir somente uma consequência jurídica, mas a vinculação à lei também pode ser afrouxada. Segundo o

59 Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, p.110.

60 Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, p. 67.

61 Elementos do Direito Administrativo Alemão. pp. 43-64.

autor alemão, isso ocorre quando as autoridades administrativas obtêm certos espaços de atuação e decisão. Em suas palavras:

“o espaço de decisão é aberto pelas prescrições do poder discricionário, que deixa à cargo das autoridades a escolha entre as conseqüências jurídicas diferentes. Os espaços de decisão são proporcionados pelos chamados conceitos jurídicos indeterminados, que são de natureza valorativa e, por isso, concede à administração um certo espaço de apreciação na aplicação desses conceitos.

3.2. Poder Vinculado e Poder Discricionário

A Administração pública busca sempre preservar o interesse público, ou seja, os interesses da coletividade. Para tanto se utiliza de instrumentos previstos no ordenamento jurídico, conhecidos como poderes da Administração, eles são um poder-dever do Estado, somente através deles o ente administrativo consegue preservar o interesse da sociedade como um todo.

Nesse sentido FERNANDA MARINELA (2007, p. 151) nos ensina que:

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

São poderes instrumentais, o que de acordo com HELY LOPES MEIRELLES (2008, p. 119) “são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas”. Existem diversos Poderes Administrativos, porém, é interessante para esse trabalho que se conheça um pouco mais sobre o Poder Vinculado e o Poder Discricionário.

Sobre o assunto, DIÓGENES GASPARINI (2012, p.148), em sua obra, pontua da seguinte forma:

“Ao examinarmos as várias classificações dos atos administrativos, vimos que os agrupa em vinculados e discricionários, em razão da maior ou menor liberdade que tem a Administração Pública para decidir. Pode-se então, afirmar que discricionária ou vinculada é a competência, não os atos dela decorrentes”.

3.2.1. Poder Vinculado

Há atividades administrativas cuja execução fica inteiramente definida em lei.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES (1999, p.102):

“Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”.

Ao praticar atos vinculados o agente limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõem, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e oportunidade da conduta⁶².

Sobre o tema MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2014, p. 90-91) tem um dos conceitos mais completos sobre Poder Vinculado, para ela:

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

No entanto, segundo HELY LOPES MEIRELLES (1999, p.103):

“difícilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, porque haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização. Mas o que caracteriza o ato vinculado é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração”.

Analisando-se esses conceitos, chega-se ao entendimento que o Poder vinculado é aquele em que o administrador está totalmente algemado ao que prevê a lei, ou melhor, em

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos, *op. cit.* p.53.

situações concretas, há ausência de juízo de valor, não se podendo emitir um juízo de conveniência e oportunidade, assim, deve-se adotar, unicamente, o que a lei estabelece.

Deixando de atender o que a lei determina, o ato será inválido, podendo ser declarado pela própria Administração ou pelo Judiciário, já que a vinculação é matéria de legalidade.

3.2.2. Poder discricionário

No exercício do poder discricionário o administrador público, diante das soluções possíveis, todas válidas perante o direito, tem o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2006, p. 15) afirma que há na verdade um dever discricionário:

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um “poder discricionário”. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem.

Havendo uma margem decisória, o agente público decide baseado em critérios de conveniência e oportunidade, selecionando entre várias hipóteses legais, aquela que for mais vantajosa para a Administração Pública, este poder que lhe é conferido pela lei é o que chamamos Poder Discricionário.

Sobre o exercício do poder discricionário pondera VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA⁶³ que:

“O administrador tem o poder discricionário na medida do disposto em lei, restrito naqueles elementos deixados livres pela mesma. A administração pública está incondicionalmente a ela subordinado, devendo observar no exercício do poder

⁶³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos . p. 101.

discricionário o mínimo de juridicidade, e o interesse público. As prerrogativas discricionárias estão sujeitas à mensuração imposta pela lei”.

(...)

“O exercício do poder discricionário pressupõe a severa obediência aos parâmetros legais e a correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e, danoso ao ordenamento jurídico, para a administração pública”.

3.3. Arbitrariedade e Abuso de Poder

A discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Nesta o poder público exorbita a esfera de sua competência e utiliza-se de instrumento proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo, ignora-a seguindo finalidades estranhas ao interesse público. (FRANÇA, 2000, p. 102).

Segundo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2014, p.55) a arbitrariedade seria uma conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade que ocorre quando o agente público, sob o pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta.

A arbitrariedade, então, pode residir, quer nos atos vinculados, exatamente, às vezes sob o argumento de se estar cumprindo a literalidade da lei, quanto pode se verificar nas chamadas condutas discricionárias.

É exatamente quando o comportamento não se acha plenamente dirigido e que, portanto, pode se referir a uma ação discricionária, o momento mais vulnerável para inocular-se na ação administrativa o viés da arbitrariedade⁶⁴.

O ato administrativo só será válido, se observar o relevante motivo e se o objeto foi determinado de maneira harmoniosa com a finalidade da Administração Pública. Quando o ato discricionário não observar essas características, torna-se um ato arbitrário. Pode se dizer que houve um desencaminhamento de poder, já que a Administração Pública estará apartando-se dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da supremacia

⁶⁴ CASTRO, Celso. Administração Pública e o Risco da Arbitrariedade. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/5930/5665>. Acesso em: 31 de ago de 2018.

do interesse público, dentre outros e principalmente será arbitrário se não vier atrelado a um traço de razoabilidade e proporcionalidade cuja presença são o aval absoluto e indispensável de sua legitimidade.

A grande dificuldade é delimitar onde deverão estar presentes os limites da proporcionalidade e da razoabilidade no Direito Disciplinar Militar. Se nos regulamentos ou no arbítrio do juiz quando a questão é judicializada.

Percebemos então, que a linha entre a discricionariedade, arbitrariedade e o abuso de poder é tênue. Determinar uma margem de arbítrio do agente público sem que esse enverede para a ilegalidade de suas decisões o que acabaria por configurar-se em abuso de poder, é uma tarefa difícil dentro da Administração Pública, e, ainda mais difícil na aplicação das sanções disciplinares.

Segundo ALEXANDRE. CARVALHO DE ARAÚJO (2013, p.17):

“Nos atos discricionários, há maior liberdade no modo e momento de sua prática, porém essa característica não fornece ao agente público o direito de agir arbitrariamente, seja atuando além de sua competência, seja atuando contrariamente a princípios administrativos, porquanto, nesses casos, está caracterizado o abuso de poder”.

Acerca da discricionariedade, e, já entrando na seara de definir o limite deste poder, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (2014, p.221) discorre:

“Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo os critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial à competência, forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”.

O abuso de poder ocorre sempre que a norma for usada com desvio de finalidade ou com excesso do poder atribuído. Há uma zona cinzenta que ocorre em razão de que, da

simples análise de uma decisão administrativa, não há como saber quais foram os reais motivos que levaram a autoridade em optar por aquela linha de ação.

Nesse sentido MARÇAL JUSTEN FILHO (2012, p. 449) conceitua:

“Dá-se o abuso de poder quando um sujeito se vale da competência de que é titular para além dos limites necessários, atuando de modo a lesar interesses alheios sem que tal corresponda a algum benefício para as necessidades coletivas. O abuso de poder corresponde à infração do princípio da proporcionalidade”.

GABBA VELLOSO⁶⁵ define o abuso de poder da seguinte maneira:

Abuso de poder é o ato ou efeito de impor a vontade de um sobre a de outro, tendo por base o exercício do poder, sem considerar as leis vigentes. Desta maneira é evidente que a palavra ‘abuso’ já se encontra determinada por uma forma mais subtil de poder, o poder de definir a própria definição. Assim que o abuso só é possível quando as relações de poder assim o determinam. A democracia direta é um sistema que se opõe a este tipo de atitude. O abuso de poder pode se dar em diversos níveis de poder, desde o doméstico entre os membros de uma mesma família, até aos níveis mais abrangentes. O poder exercido pode ser o econômico, político ou qualquer outra forma a partir da qual um indivíduo ou coletividade têm influência direta sobre outros. O abuso caracteriza-se pelo uso ilegal ou coercivo deste poder para atingir um determinado fim. O expoente máximo do abuso do poder é a submissão de outrem às diversas formas de escravidão. (GABBA, 2007, p. 48).

Daí a importância do Princípio da Motivação das Decisões Sancionadoras. Princípio este, intimamente vinculado ao princípio da razoabilidade e extraído do art. 5º, LIV e LV, da CF/88, como uma forma de controle dos atos decisórios sancionadores.

Inclusive, a motivação é inerente ao princípio da legalidade e do devido processo legal, sendo que os motivos devem ficar documentados de algum modo de sorte que seja possível a sua apreciação. A ausência de motivação no plano legal é causa de nulidade do ato administrativo, conforme estabelece o art. 2º, parágrafo único, alínea c da Lei 4.717/65⁶⁶ e a motivação inexata pode ser entendida como desvio de poder⁶⁷.

⁶⁵ VELLOSO, Gabba. **Desvio de poder: jurisprudência e aplicação prática**. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁶ Art. 2º, parágrafo único, d, da lei 4.717/65: “Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas”: (...); “d) 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”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em 30 mai. 2018.

⁶⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. op. cit. p. 419.

De acordo Roberto Cuesta, a motivação significa “la exteriorización de las razones que han llevado a la Administración a dictar un determinado acto” (CUESTA, 1999:195), explicitando a correspondência da norma aos pressupostos fáticos, para justificar a decisão administrativa. Isto porque, “el acto debe estar razoavelmente fundado, o sea, debe explicar los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión adopta” (GORDILLO, 2003: II-35). Ela é a justificação expressa e escrita das circunstâncias de fato que levou o agente público a se manifestar, que justifica e legitima a atividade administrativa discricionária, no contexto do Estado Democrático de Direito⁶⁸.

Sobre a relevância da motivação para o Direito Administrativo Sancionador, assim entende FÁBIO MEDINA OSÓRIO (2009, p.420):

“No direito Administrativo Sancionador, a motivação assume especial relevância, visto que, aqui, o ato administrativo priva alguém de seus direitos, restringe liberdades, limita movimentos. É fundamental que esses atos sejam devidamente motivados, sob pena de configurar-se a intolerável arbitrariedade”.

Em razão disto, identificar e classificar se uma decisão proferida por uma autoridade militar no uso de suas atribuições constituiu ou não abuso de poder é uma tarefa extremamente complicada, vez que, para a manutenção da hierarquia e disciplina, muitas destas decisões, embora ocorridas dentro da legalidade, podem causar estranheza aos que desconhecem as rotinas diárias que a vida castrense impõe.

Essa legalidade é um ponto extremamente sensível dentro do direito administrativo sancionador, uma vez que a vida castrense possui leis e regulamentos próprios. No entanto, não podemos esquecer que as organizações militares estão subordinadas em última instância à Constituição Federal e aos seus princípios.

⁶⁸ *In*: MORAES, Daniel Cardoso e PINTO, Helena Elias Pinto. Entre discricionariedade legítima e a arbitrariedade camuflada: os impactos dos novos paradigmas de juridicidade democrática no exercício da função administrativa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>. Acesso em: 31 de Ago de 2018.

Além disso, estão inseridas no Estado Democrático de Direito e, desta forma, para se conceber a discricionariedade como legítima, torna-se necessário perquirir a concreção de uma gama de princípios e valores democrático-constitucionais.

Não basta apenas o cumprimento dos pressupostos legais. Então, no lugar da legalidade formal ou estrita, passa-se a compreender uma dimensão mais alargada do princípio da legalidade, para que alcance um “status” de juridicidade, mais compatível com a concepção de legitimidade da atuação estatal. Desse modo, será legítima a atuação discricionária, não se apenas estiver respaldada em uma norma, mas, se também foi guardada obediência aos princípios republicanos democráticos implícitos e expressos no ordenamento jurídico, desde o nascedouro do processo decisório até o resultado concreto. Essa é a nova concepção da legalidade da atividade administrativa no Estado Democrático de direito. Essa é a compreensão da juridicidade como instrumento de aferição da legitimidade da atividade da Administração⁶⁹.

⁶⁹ MORAES, Daniel Cardoso e PINTO, Helena Elias Pinto. Op. cit.

4. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR, DETENÇÃO E PRISÃO NO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO CORPO DE BOMBEIROS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (RDCBMERJ).

4.1. Transgressão disciplinar

Uma vez que um bombeiro militar cometa uma falta inobservando os princípios de hierarquia e disciplina, deveres e obrigações inerentes à sua função estará configurada uma transgressão disciplinar (TD), e será submetido a um Processo Administrativo Disciplinar, o qual está previsto no Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro (RDCBMERJ).

Tal regulamento está disposto no Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980, que segue a mesma lógica dos demais regulamentos disciplinares de não terem sido editados à luz de nossa atual Constituição.

Segundo o RDCBMERJ, transgressão disciplinar é “qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações de bombeiro-militar, na sua manifestação elementar simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime”⁷⁰.

O RDCBMERJ traz ainda o que seriam transgressões disciplinares especificamente:

“São transgressões disciplinares: 1 - todas as ações ou omissões contrárias à disciplina de bombeiro-militar especificadas no Anexo I do presente Regulamento; 2 - todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressões do Anexo citado, que afetem a honra pessoal, o pundonor do bombeiro-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto

⁷⁰ Art. 13 do **Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ**, disponível em: <http://www2.cbmerj.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03767.pdf>. Acesso em 29 ago. 2017.

dos Bombeiros-Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviço estabelecidas por autoridade competente”.⁷¹

Pela leitura do referidos artigos percebemos a amplitude e indeterminação do conceito de transgressão disciplinar, bem como permite-nos enquadrar os tipos transgressoriais como atípicos ou inespecíficos, ou seja, aqueles que não permitem ao destinatário compreender a exata descrição das condutas transgressoriais. Nessas infrações, o conteúdo do ilícito acaba por ser preenchido pelo aplicador da norma.

O tipo aberto que considera como transgressão disciplinar toda e qualquer ação ou omissão, ainda que não especificadas no regulamento disciplinar, mas que seja contrária a honra, ao pundonor militar, e ao decoro da classe, fere as garantias asseguradas aos militares federais e estaduais em atendimento ao texto constitucional e aos instrumentos internacionais que foram subscritos pelo Brasil em atendimento ao art. 5.º, § 2.º, da CF. (ROSA, p.04, 2011).

Ainda sobre essa temática, aduz PAULO TADEU RODRIGUES ROSA (2001, p. 35):

"As normas desta espécie previstas nos regulamentos disciplinares castrenses são inconstitucionais, pois permitem a existência do livre arbítrio, que pode levar ao abuso e excesso de poder" (grifos no original). Esse entendimento é partilhado por PAIXÃO (2001, p. 27) uma vez que "Tais dispositivos são incompatíveis com o disposto no caput do art. 37 da Constituição Federal".

No mesmo sentido entende ELIEZER PEREIRA MARTINS (1996, p. 74):

“Definir a transgressão disciplinar consiste, portanto, no imperativo de estruturar com clareza as condutas transgressoriais de sorte que possam ser, de imediato, compreendidas por seus destinatários, evitando-se assim, a combinação de limites transgressoriais demasiadamente dilatados. Desse modo, não se concebe que o administrador seja transformado em legislador, criando figuras típicas segundo seu prazer ou ódio, deixando em insegurança jurídica o administrado que a qualquer momento Pode ser punido pelo mero capricho do detentor do direito disciplinar”.

⁷¹ Art. 14 do **Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ**, disponível em: <http://www2.cbmerj.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03767.pdf>. Acesso em 05 jul 2018.

4.2. Transgressão disciplinar (TD) e instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD)

Uma vez caracterizada a transgressão disciplinar, haverá um julgamento da mesma, no qual será realizado um exame e análise os antecedentes do transgressor; das causas que a determinaram; da natureza dos fatos que a envolveram; e das conseqüências que dela possam advir⁷².

Essa apuração da transgressão disciplinar será realizada no bojo de um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) que tanto apura transgressões disciplinares graves que podem ensejar a exclusão do militar ou sua reforma administrativa quanto apura faltas simples ou ordinárias, bastando nesse caso um processo mais simples que contemple a ampla defesa e o contraditório (ASSIS, 2018, pág. 339).

Poderão ainda ser levantadas causas que justifiquem a falta ou circunstâncias que atenuem e/ou agravem-nas⁷³.

O bombeiro-militar que no exercício de sua função venha praticar uma transgressão disciplinar que possa ser justificada com base em uma das excludentes apresentadas na legislação⁷⁴, não poderá ser apenado pela autoridade administrativa militar, ou seja, não é uma faculdade do julgador reconhecer ou não as justificativas apresentadas e sim um dever.

⁷² Art. 15 do **Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ**, disponível em: <http://www2.cbmerj.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03767.pdf>. Acesso em 05 jul 2018.

⁷³ Art. 16 do **Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ**, op. cit.

⁷⁴ Art. 17 - São causas de justificação: 1 - ter sido cometida a transgressão na pratica de ação meritória, no interesse do serviço ou da ordem pública; 2 - ter cometido a transgressão em legítima defesa, própria ou de outrem; 3 - ter sido cometida a transgressão em obediência à ordem superior; 4 - ter sido cometida a transgressão pelo uso imperativo de meios violentos, a fim de compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, no caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública, manutenção da ordem e da disciplina; 5 - ter havido motivo de força maior, plenamente comprovado e justificado; e 6 - nos casos de ignorância, plenamente comprovada, desde que não atente contra os sentimentos normais de patriotismo, humanidade e probidade. Parágrafo único - Não haverá punição quando for reconhecida qualquer causa de justificação.

A presença de uma das causas de justificação será motivo para o arquivamento do processo ou da sindicância sem a imposição de qualquer penalidade ao militar que em tese teria praticado uma falta disciplinar.

Para PAULO TADEU RODRIGUES ROSA (2011, p.06):

“A configuração da transgressão disciplinar militar não admite a aplicação do poder discricionário. Por força da CF, os atos ilícitos devem estar previamente previstos em lei, podendo-se afirmar que nula é a transgressão sem a prévia norma disciplinar que a defina de forma específica. A ausência dos elementos que constituem o ilícito disciplinar é motivo para o reconhecimento da atipicidade do fato, que traz como consequência o arquivamento do processo administrativo, sob pena de abuso de autoridade que poderá ser corrigido pela via judicial, incluindo a indenizatória”.

Não havendo justificação e sendo aplicada as atenuantes e agravantes, a transgressão disciplinar será classificada de acordo com gravidade em **leve, média e grave** (grifo nosso), cabendo essa classificação a quem couber aplicar a punição, respeitadas as considerações sobre 1 - os antecedentes do transgressor; 2 - as causas que a determinaram; 3 - a natureza dos fatos que a envolveram; e 4 - as consequências que dela possam advir⁷⁵.

Observamos aqui que o RDCBMERJ apresenta um alto grau de discricionariedade, já que a classificação é feita pela autoridade militar responsável pela aplicação da pena se distanciando das forças auxiliares de outros Estados brasileiros que trazem no bojo de seus regulamentos disciplinares artigos descrevendo as transgressões pela classificação, como exemplo trazemos o regulamento da Polícia Militar de Alagoas que fixou em seu art. 30 as transgressões leves, no art. 31 as médias e; no art. 32 as de natureza grave⁷⁶.

É difícil concordar com a possibilidade de regulamentos disciplinares onde não exista a previsão da correspondência entre a classificação das infrações e a punição, não havendo razão para que se deixe uma margem de decisão tão ampla ao comandante que pune, trazendo consequências muito graves na medida em que uma simples violação de um dever militar possa levar à prisão do militar sem qualquer parametrização da pena. (ASSIS, 2018, p.186).

⁷⁵ Art. 15 do Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ, op. cit.

⁷⁶ Decreto Estadual 37.042 de 06.11.1996. Disponível em: http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/leis/lei_12.pdf. Acesso em 05 de out. de 2018.

JORGE CESAR DE ASSIS (2018, p.186) ainda sobre o tema aduz: “A toda evidência que em qualquer regulamento disciplinar deve ser feita uma tabela de correspondência, em que para determinada infração Y corresponderia uma pena X”.

Uma vez que ocorra a classificação da TD, no bojo do PAD será efetuada a gradação e execução das punições, com vista ao benefício educativo ao punido e à coletividade a qual ele pertence.

Assim aduz o art. 23 do referido Decreto:

“As punições disciplinares a que estão sujeitos os bombeiros-militares, segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, são as seguintes, em ordem de gravidade crescente: **1 - advertência; 2 - repreensão; 3 - detenção; 4 - prisão e prisão em separado; e 5 - licenciamento e exclusão a bem da disciplina (grifo nosso)**. Parágrafo único - As punições disciplinares de detenção e prisão não podem ultrapassar de 30 (trinta) dias.

4.3. Sanções Disciplinares de Detenção e Prisão

As sanções disciplinares de detenção e prisão chamam a atenção por serem sanções com privação de liberdade no âmbito de um processo administrativo. A prisão enquanto forma de privação de liberdade é uma exceção constitucional que deveria segunda a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ser definida em lei⁷⁷.

Tal possibilidade de privação da liberdade foi erigida ao patamar constitucional talvez porque o legislador da Magna Carta vislumbrou e compreendeu a real importância da manutenção da hierarquia e disciplina para o bom funcionamento das instituições militarmente organizadas, as quais, via de regra, representam o braço armado do Estado (BIEGER, 2012, p.4).

⁷⁷ A CF/88 estabelece, em seu art. 5º, inciso LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 2014).

A pena de detenção consiste no cerceamento da liberdade do punido, o qual deve permanecer no local que lhe for determinado, normalmente o quartel, sem que fique, no entanto, confinado⁷⁸ e a pena de prisão consiste no confinamento do punido em local próprio e designado para tal⁷⁹.

No que tange a prisão disciplinar, segundo PAULO TADEU RODRIGUES ROSA⁸⁰:

“Se a prisão somente pode ser decretada por uma autoridade judiciária militar com base na lei, como o sistema poderá admitir uma prisão administrativa fundada em um ato praticado por autoridade administrativa que justifica a sua decisão em um regulamento disciplinar militar que não foi editado por meio de lei, mas um decreto do executivo?”

A Prisão Administrativa não deve ser um instrumento de coação, mas uma medida excepcional, devendo ser assegurado ao infrator todas as garantias processuais, para que o cerceamento da liberdade, *jus libertatis*, possa ser revisto pelo Poder Judiciário, que é o guardião dos direitos e garantias do cidadão⁸¹.

A Polícia Militar de Minas Gerais reconhecendo a importância das atividades policiais e buscando aplicar os princípios estabelecidos na Constituição Federal extinguiu a pena de prisão administrativa, sem que em qualquer momento a hierarquia e a disciplina fossem quebradas. O respeito ao profissional não significa submissão, mas o cumprimento das disposições constitucionais que devem ser observadas e respeitadas por todas as pessoas que vivem no território nacional⁸².

Importante ressaltar que nenhum bombeiro-militar é punido sem que tenha sido ouvido e apuradas as razões da transgressão, sendo, portanto, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório.

⁷⁸ Art. 26 do Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ.

⁷⁹ Art. 27 do Decreto Estadual 3.767 de 03 de dezembro de 1980- RDCBMERJ.

⁸⁰ Rosa, P.T.R. **Extinção da prisão administrativa disciplinar militar – uma nova visão em face de questões de natureza doutrinária e processual em busca da construção de novos paradigmas em face do Estado democrático de Direito.** Disponível em: <http://assoade.com/m/index.php/todas-noticias/74-extincao-da-prisao-administrativa-disciplinar-militar> acesso em 05 de out. 2018.

⁸¹ LIMA, A.S. **Prisão Administrativa Militar por Transgressão Disciplinar.** Disponível em: www.jusmilitares.com.br. Acesso em: 05 de out. de 2018.

⁸² Idem.

4.4. (In) Constitucionalidade e controle das penas de detenção e prisão

Antes do advento da CF de 1988, a maioria dos regulamentos disciplinares foram editados por meio de decretos expedidos pelo chefe do Poder Executivo (Governadores ou Interventores) nomeados pelo Presidente da República, como é o caso do RDCBMERJ que é do ano de 1980.

Em atendimento ao princípio da recepção, os regulamentos disciplinares aprovados por meio de decretos foram recebidos pela nova ordem constitucional, como ocorreu com o Código Penal, Código de Processo Penal, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar e outros diplomas legais. O fato destes diplomas legais terem sido recepcionados não significa que possam sofrer modificações em desacordo com o previsto na CF.

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

Assim, segundo a doutrina, qualquer modificação ocorrida após a Constituição Federal de 1988 nos regulamentos disciplinares, somente poderá ser feita por meio de lei proveniente da Assembléia Legislativa ou do Congresso Nacional, sob pena de nulidade do ato, que poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário em atendimento ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁸³.

A fim de extinguir a privação e restrição de liberdade para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, foi proposta a Proposta de Lei da Câmara (PLC) 148/ 2015, cuja ementa altera a Lei de Reorganização da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar (Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969), para estabelecer que tais corporações serão regidas por Código de Ética e Disciplina, aprovado por lei estadual específica, que define as transgressões disciplinares e regulamenta o processo administrativo disciplinar, as sanções disciplinares e o funcionamento do Conselho

⁸³ LIMA, A.S. **Prisão Administrativa Militar por Transgressão Disciplinar**. Disponível em: www.jusmilitares.com.br. Acesso em: 05 de out. de 2018.

de Ética e Disciplina Militares, observada a vedação de medida privativa e restritiva de liberdade. Estabelece prazo de 12 meses para implementação pelos Estados.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou no dia 03/08/2016 a PLC 148/2015⁸⁴ atualmente encontra-se pronta para deliberação do Senado⁸⁵.

Em relação ao controle jurisdicional sobre as punições disciplinares, no dizer de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, o controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública á lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitem apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados⁸⁶.

A edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, ampliou a competência da Justiça Militar Estadual⁸⁷. Até dezembro de 2004, antes da vigência da referida emenda, a Justiça Castrense dos Estados, era essencialmente penal, restringindo-se ao julgamento de crimes militares, a partir das competentes ações penais militares.

A partir de então, os Tribunais Militares Estaduais passaram a exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares, por meio do conhecimento de ações judiciais cíveis⁸⁸ propostas contra atos disciplinares militares⁸⁹. Com isso, a Justiça Militar Estadual passou a ser competente para conhecer de ações de toda a sorte contra atos – não só punições – disciplinares militares, processadas sob os preceitos do Código de Processo Civil, Código Civil, normas administrativas e disciplinares aplicáveis aos casos concretos, leis ordinárias que regulamentam ações constitucionais.

84 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/03/ccj-aprova-fim-da-prisao-disciplinar-para-policiais-militares-e-bombeiros>. Acesso em 05 de out. de 2018.

85 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123455>. Acesso em 05 de out. de 2018.

86 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19º ed. São Paulo, 2006. p.711.

87 CF/88 - Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...]§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

88 A competência para processar e julgar as ações cíveis foi atribuída exclusivamente ao Juiz de Direito do Juízo Militar, nos termos do art. 125, §§ 4º e 5º, CF.

89 ASSIS, op. cit. p.343.

Tal como salienta HELDER RIBEIRO MACHADO (2016, p.69):

“As hipóteses são inúmeras, desde a simples anulação de uma punição disciplinar até um pedido de reintegração do militar expulso por suposta incompatibilidade com a função, seja por meio de um mandado de segurança (quando provado o direito líquido e certo e os outros requisitos para esta ação de rito especial) ou por ação comum de conhecimento pelo rito ordinário; ou qualquer medida contra a autoridade disciplinar no curso de processos administrativos disciplinares em trâmite nos quartéis, quando da ocorrência de vícios de legalidade, por exemplo, mandado de segurança em face de autoridade que cercear a defesa do militar, ou, por que não, *habeas corpus*, até mesmo preventivo, quando demonstrado o abuso ou a ilegalidade de determinada sanção decorrente de transgressão disciplinar”.

Esse deslocamento da jurisdição cível à Justiça Militar, todavia, ficou restrito aos tribunais estaduais, ou seja, à Justiça Militar Estadual. A ampliação da competência da Justiça Militar da União ainda depende da aprovação do texto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358/2005, que trata da segunda etapa da reforma do judiciário e aguarda tramitação no Congresso Nacional. Assim, a Justiça Militar da União continua sendo competente para julgar exclusivamente os crimes militares.

Em relação ao abuso de poder, o bombeiro-militar não tem muitos recursos para defender-se. O meio de defesa é através do *Habeas Corpus*, que embora haja vedação constitucional expressa no artigo 142, parágrafo 2º, da Constituição Federal⁹⁰, por ser garantia constitucional a todo cidadão brasileiro, já há o entendimento pacificado no sentido de ser a ação penal de conhecimento pela qual o militar transgressor requer perante o Poder Judiciário a prestação jurisdicional quando não se conforma com a punição disciplinar, cerceadora de sua liberdade de locomoção, aplicada por seu superior hierárquico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁹⁰ Art. 142, § 2º, CF: “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”.

O Direito Disciplinar Militar é antes de tudo uma disciplina autônoma, denominados por muitos autores como Direito Administrativo Disciplinar Militar, cujo poder sancionador é exercido pela autoridade sancionadora da administração pública, aqui representada pelo superior hierárquico.

As sanções disciplinares são espécies de sanções administrativas tendo como objetivo assegurar o bom funcionamento interno dos serviços e da ordem administrativa e para tal é regida por princípios constitucionais, legais, e outros meramente doutrinários.

No campo do Direito Administrativo Sancionador os principais princípios que regem e animam esse ramo do direito público são principalmente os princípios da legalidade, tipicidade, *non bis in idem*, irretroatividade das normas sancionadoras, razoabilidade e proporcionalidade, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal.

Outra característica desse ramo do Direito é ter a hierarquia e disciplina como base de toda a estrutura jurídica construída, sendo que esses dois institutos são constitucionalizados em favor das Forças Armadas e Forças auxiliares e são considerados princípios basilares da vida castrense em todos os regulamentos disciplinares.

Por serem valores centrais das instituições militares perpassam todas as relações entre os militares, manifestando-se pelo dever de obediência e subordinação. Dessa maneira, toda vez que um militar ferir esses princípios estará agindo contra a ordem e o serviço militar, estará descumprindo o dever de obediência e incorrendo em uma transgressão disciplinar.

A transgressão disciplinar como vimos é definida no bojo dos regulamentos disciplinares militares e como depreendemos da leitura dos conceitos apresentados nos regulamentos das forças armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e nos regulamentos das Forças Auxiliares da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro são conceituadas com vocábulos plurissignificativos, de significados

indeterminados, imprecisos, fluidos, expressões vagas, o que faz com que as definições de transgressões disciplinares sejam consideradas conceitos jurídicos indeterminados.

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu inicialmente no século XIX na Áustria, visando saber se tais conceitos eram ou não possíveis de serem controlados pelos tribunais administrativos.

Os diferentes doutrinadores que discutem essa teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, entre eles MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, defendem que os vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado podem alargar a discricionariedade administrativa, uma vez que ampliam a possibilidade de juízos de valores pautados em critérios subjetivos.

A discricionariedade administrativa vem do poder discricionário, que é um poder próprio da Administração, que nada mais é do que a liberdade que o administrador tem de fazer uma escolha de forma equilibrada, buscando a solução mais adequada e conveniente para o serviço público.

Havendo uma margem decisória, o agente público deve decidir baseado em critérios de conveniência e oportunidade, selecionando entre várias hipóteses legais e não em critérios subjetivos. Este não pode causar excessos e ultrapassar limites. Se isso vier a ocorrer estará configurado o chamado abuso de autoridade ou desvio de finalidades, que são tipos de ilegalidades previstos no nosso ordenamento jurídico.

O superior hierárquico ao atuar como agente administrativo possui esse poder discricionário, e embora seja um ramo autônomo do direito como falamos, não está autorizado a agir de forma diferente. Ele também precisa pautar suas decisões em critérios objetivos e hipóteses legais.

Pode ser que ao agir fora dos limites legais, com base em critérios subjetivos e agindo sobre o pretexto de agir discricionariamente, na verdade o aplicador da sanção administrativa esteja sendo arbitrário. Nesse caso ele exorbita sua competência e o interesse público. É uma conduta ilegítima e suscetível de controle jurisdicional.

Há, porém, uma grande dificuldade em estabelecer os limites entre discricionariedade, arbitrariedade e abuso de poder, os quais estão intimamente ligados aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Determinar uma margem de arbítrio do agente público sem que esse enverede para a ilegalidade de suas decisões o que acabaria por configurar-se em abuso de poder e/ou arbitrariedade, é, pois, uma tarefa difícil dentro da Administração Pública, e, ainda mais difícil na aplicação das sanções disciplinares.

Torna-se mais sensível a ocorrência de abuso de poder e arbitrariedade uma vez nesse caso já que dentro das possibilidades de sanção, o militar pode ser sancionado com detenção ou prisão, situações em que terá sua liberdade de ir e vir limitada, as quais ferem outros princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade.

Em relação ao caso específico do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, como uma força auxiliar do exército, seu regulamento é pautado nos mesmos princípios basilares de hierarquia e disciplina.

O Regulamento Disciplinar do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro (RDCBMERJ) traz o conceito de transgressão disciplinar, sendo esse alicerçado em um conceito indeterminado, composto de vocábulos plurissignificativos.

Ao cometer uma TD o bombeiro militar será submetido a um PAD, em que serão verificados a conduta, as atenuantes, agravantes e excludentes de ilicitude. Lembrando que a ele é garantido o direito ao contraditório e ampla defesa.

Uma vez caracterizada TD essa será classificada de acordo com gravidade em leve, média e grave e então será efetuada a gradação e execução das punições, com vista ao benefício educativo e manutenção da ordem.

O bombeiro militar poderá ser punido com advertência, repreensão, detenção, prisão e prisão em separado, licenciamento e exclusão a bem da disciplina, sendo a detenção e a prisão as sanções de interesse desse estudo, já que estão relacionadas ao cerceamento da liberdade.

A liberdade é um direito fundamental do cidadão e no Estado Democrático de Direito não se admite a existência de disposições que não estejam previamente previstas em lei, não importando se o ato ilícito é um crime ou uma contravenção. Além disso, a violação a estes princípios é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Discutir sobre essas formas de sanção trazem à tona questões de (in) constitucionalidade de sua permanência dentro de um Estado Democrático de Direitos.

Os regulamentos disciplinares foram aprovados por meio de decretos e foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, como ocorreu com o Código Penal, Código de Processo Penal, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar e outros diplomas legais, mas não significa que não possam ser modificados.

Para que sejam modificados a doutrina entende que somente poderá ocorrer por meio de lei proveniente da Assembléia Legislativa ou do Congresso Nacional, sob pena de nulidade do ato, que poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário em atendimento ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Até o momento apenas a Polícia Militar de Minas Gerais modificou seu regulamento, mas extinguiu apenas a pena de prisão, mantendo a detenção, que como visto é uma forma de cerceamento de liberdade.

Uma proposta mais ampla a fim de extinguir a privação e restrição de liberdade para as polícias militares e os corpos de bombeiros militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, foi proposta a Proposta de Lei da Câmara (PLC) 148/ 2015 que no momento encontra-se pronta para deliberação do Senado.

Estudar esse tema representa um desafio, pois significa discutir conceitos enraizados, que mobilizam questões de poder e uma estrutura organizacional distinta da vida civil, mas que por tal fato não está isenta de controle e nem está autorizada a agir em desconformidade com as garantias constitucionais.

Trata-se fundamentalmente de liberdade e de dignidade da pessoa humana. O militar é uma pessoa que como tal não é desprovido de direitos pelo fato de submeter-se a uma organização militar. É, pois, necessário questionar a detenção e a prisão como forma de sanções administrativas. Cercear a liberdade deve ser a última *ratio*. Não parece, pois, razoável mantê-las como possibilidades no direito administrativo sancionador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge Cesar de. **Curso de Direito disciplinar militar: da simples transgressão disciplinar ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 5º ed. 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: Informação e documentação - Referências – Elaboração**. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em < <http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnbr6023.pdf>>. Acesso em 30 out.2017.

_____. **NBR 10520: Informação e documentação - Citações em documentos – Apresentação**. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em < <http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/nbr10520-original.pdf>> Acesso em 30 out. 2017.

ANDREIS, Antonio Daniel. **Do pressuposto lógico do ato administrativo disciplinar militar**. Disponível em < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/20018-20019-1-PB.pdf>>. Acesso em 31 out. 2017.

ARAÚJO, Alexandre. Carvalho de. **Controle jurisdicional do ato administrativo disciplinar militar**. 2013. 48 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso)- Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro: ESG, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª. ed. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. 49. ed. atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto nº 88.545, de 26 de Julho de 1983. Aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88545-26-julho-1983-438491-norma-pe.html>. Acesso em 20 de jul. de 2018.

BRASIL. Decreto nº 4.346, de 28.08.2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em 20 de jul. de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 76.322, de 22.09.1975.** Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76322-22-setembro-1975-424806-norma-pe.html>. Acesso em 20 de jul. de 2018.

BRASIL. **Decreto Estadual 37.042 de 06.11.1996.** Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Alagoas. Disponível em: http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/leis/lei_12.pdf. Acesso em 05 de out. de 2018.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 148, de 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123455>. Acesso em 05 de out. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969.** Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Território e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm. Acesso em 05 de out. de 2018.

BRASIL. **Lei 6.880, DE 09.12.1980.** Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6880.htm. Acesso em 20 de jul. de 2018.

BIEGER, Laerte. **A necessidade de previsão em lei das transgressões militares que implicam em cerceamento da liberdade.** Revista Ordem Pública. ISSN 1984-1809 Vol. 5, n. 2, Semestre II - 2012.

BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. **As sanções disciplinares previstas na lei de execuções penais e a discricionariedade da administração pública na sua aplicação: o caso do regime disciplinar diferenciado.** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/02_328.pdf. Acesso em 30 mai. de 2018.

CARDOSO, José António Martins Lucas. **Do problema dos conceitos jurídicos indeterminados em direito administrativo: Para uma análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa.** Disponível em: <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/polis/article/view/929>. Acesso em: 01 de Ago. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Celso. **Administração Pública e o Risco da Arbitrariedade.** Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/5930/5665>. Acesso em: 31 de ago de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed., São Paulo: Atlas S.A., 2001.

Direito Administrativo. 19º ed. São Paulo, 2006.

Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE, Antonio Pereira. **Direito Administrativo Militar.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

FRANÇA, Vladimir Da Rocha. **Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos.** R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 222: 97-116, out./dez. 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17ª ed. Atualizada por Fabrício Motta. São Paulo. Saraiva, 2012.

LAKATOS, E. M. & MARCONI, M.A. **Metodologia do Trabalho científico.** 6º Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Fundamentos da Metodologia Científica. 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Antônio da Silva. **Prisão Administrativa Militar por Transgressão Disciplinar.** Disponível em: www.jusmilitares.com.br. Acesso em: 05 de out. de 2018.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 2000.

KARL ENGLISH. **Introdução ao pensamento jurídico (tradução portuguesa)**, Lisboa 1988.

MACHADO, Helder Ribeiro. **O controle judicial da sanção administrativa disciplinar militar na perspectiva da teoria da argumentação jurídica**. 2016. 131f. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. São Paulo: Franca, 2016.

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

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar e sua processualidade**. Leme - SP: Editora de Direito, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2013.

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

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 110 p.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Daniel Cardoso e PINTO, Helena Elias Pinto. **Entre discricionariedade legítima e a arbitrariedade camuflada: os impactos dos novos paradigmas de juridicidade**

democrática no exercício da função administrativa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>. Acesso em: 31 de Ago de 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. "**Teoria geral do ilícito disciplinar militar: Um ensaio analítico**" in "**Direito Penal Militar e Processual Penal Militar**". Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, págs. 189/206.

NUNES, R. **Manual da Monografia Jurídica: Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese.** 8. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade Normativa.** Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007.

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

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, F.M. **Direito Administrativo Sancionador.** 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 3.767 de 04 de Dezembro de 1980.** Dispõe sobre o regulamento disciplinar do corpo de bombeiros do estado do rio de janeiro e dá outras providências. Disponível em:

http://www2.cbmerj.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03767.pdf>.

Acesso em 29 ago. 2017.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 6.579, de 05.03.1983.** Aprova o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro – RDPM e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/532ff819a4c39de50325681f0061559e/85d7a32b4f996d5903256c230061d4c6?OpenDocument>. Acesso em 20 de jul. de 2018.

ROSA, PAULO TADEU RODRIGUES. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/19969-19970-1-PB.pdf>> Acesso em 10 out. 2017.

_____. **Princípio da legalidade na transgressão disciplinar militar.** Caderno Goiano de Doutrina. Goiânia: Líber, maio/2001.

_____. **Extinção da prisão administrativa disciplinar militar – uma nova visão em face de questões de natureza doutrinária e processual em busca da construção de novos paradigmas em face do Estado democrático de Direito.** Disponível em: <http://assoade.com/m/index.php/todas-noticias/74-extincao-da-prisao-administrativa-disciplinar-militar> acesso em 05 de out. 2018.

_____. **Direito Administrativo Militar: Teoria e Prática.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Charleson Alves dos, LEITE, David de Medeiros Leite. **Sanção Administrativa Disciplinar: a discricionariedade na aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na pena de prisão em separado aos policiais militares do Rio Grande do**

Norte. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c1bc7f81bdba1b65>. Acesso em: 23 de jul de 2018.

SOUZA, Antonio Francisco de. **“Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1994.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. **Manual de Monografias da Faculdade de Direito, 2014.** Rio de Janeiro, 2014, 30 p.

VALLA, Wilson Ordiley. **Deontologia Policial Militar- Ética Profissional.** 3. Ed. Curitiba: Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, 2003.v.II, p.116.

VELLOSO, Gabba. **Desvio de poder: jurisprudência e aplicação prática.** São Paulo: Malheiros, 2007.