



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

FERNANDO BRANDÃO CRUZ

**PELA APLICABILIDADE MÁXIMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NAS
TRANSGRESSÕES MILITARES: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI 7.990/2001 DO
ESTADO DA BAHIA**

Salvador
2017

FERNANDO BRANDÃO CRUZ

**PELA APLICABILIDADE MÁXIMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NAS
TRANSGRESSÕES MILITARES: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI 7.990/2001 DO
ESTADO DA BAHIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Especialista em Ciências
Criminais, Faculdade Baiana de Direito.

Salvador
2017

FERNANDO BRANDÃO CRUZ

**PELA APLICABILIDADE MÁXIMA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NAS
TRANSGRESSÕES MILITARES: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI 7.990/2001 DO
ESTADO DA BAHIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Especialista em Ciências
Criminais, Faculdade Baiana de Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2017.

Aos meus pais, a quem dedico.

À minha esposa, por todo carinho e compreensão.

À minha família, por todo o apoio e união.

Aos meus amigos irmãos, pela companhia e alegrias compartilhadas.

AGRADECIMENTOS

Durante a vida aprendemos, ainda aos poucos passos, que inexistem conquistas sem gratidão. Chegar a algum lugar, alcançar um objetivo, concluir uma meta, nada disso seria possível sem a presença de outras pessoas, que tornam o caminho menos árduo, por vezes, facilitando-o.

De fato, sem a presença de alguns, a realização e conclusão deste trabalho, seria impossível, restando-me agora a grandiosa tarefa de reconhecer e agradecer a cada um deles:

Primeiramente, agradeço aos meus pais. Sem eles, qualquer passo seria impossível e tem sido assim desde o primeiro. O apoio é incondicional, pois minha vontade fez-se a deles. E não há outra razão para isso, senão o semente e cultivo do sentimento mais simples que podemos direcionar ao outro: o amor. Agradeço-lhes, portanto, por este maior ensinamento, que levarei por toda a vida;

Aos meus familiares, por estarem sempre na torcida, sempre dispostos a reconhecer, a parabenizar, a compreender e, acima de tudo, pelo constante espírito de união e celebração.

À minha amada esposa, de quem a simples companhia seria suficiente. Entretanto, não contente, faz da companhia um constante apoio, uma constante amizade, que me faz olhar pra frente e nunca pensar em desistir. Por isso, agradeço e espero poder proporcionar o mesmo sentimento, tornando a sua vida fácil, quando mais precisar ou quando mais achar que não vai conseguir;

Aos meus grandes amigos, que talvez não sejam muitos, mas, sem dúvida, são os melhores. Poderia listá-los facilmente, mas não preciso, eles sabem. Agradeço pelos momentos de “resgate”: aqueles momentos de felicidade que sempre me revigoram, e que poderiam ser eternos;

Quando abro cada manhã a janela do meu quarto
É como se abrisse o mesmo livro
Numa página nova...

Mário Quintana

CRUZ, Fernando Brandão. **Pela aplicabilidade máxima do princípio da legalidade nas transgressões militares: uma análise à luz da Lei 7.990/2001 do Estado da Bahia**. 2017. f. Monografia (Especialização) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

RESUMO

O Estado Democrático de Direito, escolha política brasileira desde 1988, inseriu na ordem jurídica um sistema de garantias fundamentais e princípios constitucionais que passaram a vincular toda a atuação do Estado. Diante desta nova ordem, uma ordem constitucional, é feita uma análise, no Estatuto da Polícia Militar da Bahia, Lei 7.990/2001, da possibilidade de restrição de liberdade aos militares do Estado. Busca-se, com isto, demonstrar uma necessidade de atuação legislativa, voltada a elaborar um sistema de disposição da penalidade de detenção que vincule, em grau máximo, a atividade administrativa disciplinar militar e, além disso, garanta aos policiais militares do Estado da Bahia um grau de segurança jurídica elevado. Para tanto, realiza-se uma comparação entre a infração penal e infração disciplinar militar, destacando os elementos distintivos, para, em função disto, defender a máxima aplicabilidade do princípio da legalidade penal nas infrações disciplinares militares. Ultrapassado esse ponto, segue-se a uma inteira análise da atual disposição da penalidade de detenção no referido diploma, que, conforme se verá, não é feita de forma sistemática. Com base nessa análise, verificar-se-á o grau de vinculação do regramento disciplinar em relação à autoridade administrativa militar, bem como do grau de segurança jurídica a que estão sujeito os militares estaduais, relacionando, por último, com o papel do legislativo diante do quadro atual.

Palavras-Chave: Legalidade Penal. Direito disciplinar militar. Estado Democrático de Direito. Autoridade administrativa disciplinar militar. Segurança jurídica.

CRUZ, Fernando Brandão. **Due to the maximum applicability of the principle of legality in military transgressions: an analysis in of Law 7.990/2001 of the State of Bahia 2017**. f. Monograph (Specialization)– Baiana Faculty of Law, Salvador, 2017.

ABSTRACT

The Democratic State of Law, a Brazilian political choice since 1988, inserted in the legal order a system of fundamental guarantees and constitutional principles that began to link all the state's actions. In view of this new order, a constitutional order, an analysis is made, in the Statute of the Military Police of Bahia, Law 7.990 / 2001, of the possibility of restricting freedom to the military of the State. The purpose of this article is to demonstrate a need for legislative action aimed at developing a system of disposition of the detention penalty that binds, to a maximum degree, the military disciplinary administrative activity and, in addition, guarantees the military police of the State of Bahia Degree of legal certainty. To do so, a comparison is made between criminal infraction and military disciplinary infraction, highlighting the distinctive elements, so as to defend the maximum applicability of the principle of criminal legality in military disciplinary infractions. After this point, it follows an entire analysis of the current provision of the detention penalty in said diploma, which, as will be seen, is not done in a systematic way. Based on this analysis, the degree of linkage of the disciplinary rule with respect to the military administrative authority, as well as the degree of legal certainty to which the state military will be subjected, will be verified, relating, finally, to the role of the legislature Of the current frame.

Keywords: Criminal Law. Military disciplinary law. Democratic state. Disciplinary administrative military authority. Legal security.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E PODER DISCIPLINAR MILITAR	13
2.1	DIREITO PENAL MILITAR X DIREITO DISCIPLINAR MILITAR.....	17
2.2	CARACTERÍSTICAS DO DIREITO ESPECIAL MILITAR.....	31
2.2.1	A Hierarquia e Disciplina	32
2.2.2	Regime Jurídico Diferenciado	34
3	A PENALIDADE RESTRITIVA DE LIBERDADE E NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE	37
3.1	ANÁLISE DO ARTIGO 5º, INCISO LXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA	42
3.2	O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A PREVISÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES RESTRITIVAS DE LIBERDADE.....	61
4	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DISPOSIÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR RESTRITIVA DE LIBERDADE NO ÂMBITO DO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DA BAHIA.....	64
4.1	AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES E O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE... ..	66
4.2	A ATUAL DISPOSIÇÃO DA PENALIDADE RESTRITIVA DE LIBERDADE NO ESTATUTO DA POLÍCIA MILITAR DA BAHIA	72
4.2.1	Técnica Legislativa Utilizada	75
4.2.2	Consequências da Técnica Legislativa Utilizada na Margem de Escolha da Autoridade Disciplinar Militar.....	80
4.3	A INTERSEÇÃO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO E A DISPOSIÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR RESTRITIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DA BAHIA: PRINCÍPIO BALIZADOR	89

4.3.1	Funções do Elemento de Interseção e a Disposição da Sanção Restritiva de Liberdade no Estatuto da Polícia Militar da Bahia.....	93
4.4	SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO BALIZADOR DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DE ATOS CAPAZES DE RESTRINGIR A LIBERDADE	95
4.4.1	Necessidade de Atuação do Poder Legislativo Orientada pelo Princípio Constitucional da Segurança Jurídica: por uma sistematização.....	101
5	CONCLUSÃO.....	110
	REFERÊNCIAS.....	113

1 INTRODUÇÃO

A partir de 1988, com a entrada em vigor da nova Constituição Federal, o povo brasileiro passa a experimentar um novo sentimento a respeito do Poder Público. A recente saída de um Estado de exceção deixou marcas indeléveis, que ainda, por algumas vezes, influencia a relação entre o poder e povo.

A ordem constitucional recém surgida, entretanto, objetiva, sobretudo, modificar essa relação: antes sujeitos a uma vontade estatal arbitrária e opressora, os indivíduos são transformados em sujeitos de direito, sendo-lhes reconhecidos, pelo próprio Estado, direitos e garantias fundamentais, além do exercício do poder ficar vinculado a uma ordem jurídica subordinada a princípios constitucionais.

Uma série de mudanças foi realizada no ordenamento constitucional infra legal, a fim de adequar-se à nova Lei suprema. Algumas leis foram revogadas, outras recepcionadas, outras ainda recepcionadas em nova forma. Tudo para que a ordem constitucional vigente ganhasse máxima efetividade entre o povo brasileiro.

O processo não foi instantâneo e, por conta disto, a máxima efetividade do ordenamento constitucional ainda resta prejudicada em relação a determinadas pessoas. Entre essas pessoas, destaca-se uma classe especial de servidores públicos: os militares.

O militares são considerados, para todos os efeitos, servidores públicos, que prestam serviço e atuam em nome do poder público, sendo subordinados à Administração direta e regidos por Estatutos próprios, ficando sujeitos ao legítimo exercício do poder disciplinar militar.

A lei 7.990/2001, Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia, prevê, entre outras circunstâncias, o regramento disciplinar aplicado aos militares estaduais. Neste dispositivo legal estão descritas as condutas consideradas transgressões e disciplinares, bem como previstas as sanções disciplinares aplicáveis.

Com base no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, o regramento disciplinar acima mencionado prevê a possibilidade de aplicação da sanção disciplinar de detenção, de natureza restritiva de liberdade. Apesar da autorização constitucional para restringir a liberdade dos militares, sem a necessidade de atuação do judiciário

ou de estado de flagrância, a forma como a penalidade restritiva de liberdade está disposta na Lei 7.990/2001 não proporciona segurança jurídica aos destinatários da norma.

Para tanto, considerando as semelhanças entre o direito penal e o direito disciplinar militar, diante da possibilidade de imposição de sanção restritiva de liberdade, verificar-se-á a necessidade de aplicabilidade máxima do princípio da legalidade penal, como instituto de garantias dos militares estadual perante a atual ordem constitucional.

Apesar de não se tratar da questão central, por imperiosa necessidade de construção do presente do trabalho, serão destacados alguns aspectos da aplicação, pela autoridade administrativa disciplinar militar, da sanção restritiva de liberdade, que encontra fundamento legal na atual disposição.

Com essa análise busca-se responder a seguinte questão: a forma como a sanção restritiva de liberdade está disposta no atual regramento disciplinar, a que estão submetidos os policiais militares do Estado da Bahia, confere segurança jurídica aos destinatários da norma, obedecendo aos ditames de um Estado Democrático de Direito, exigência imposta aos destinatários das normas penais?

Porém, durante a fase inicial de pesquisa para confecção do trabalho, surgiu outra questão cujo enfrentamento tornou-se imprescindível. Ocorre que o princípio constitucional da legalidade, previsto em relação aos crimes, nem sempre é reconhecido quando se trata de transgressão disciplinar, sendo relativizado nesse caso, ou mesmo não empregado.

Diante disso, concluiu-se que o objetivo final poderia carecer de sentido, em caso de não aplicabilidade máxima do referido princípio às transgressões disciplinares. Sendo assim, foi preciso trazer à tona algumas decisões jurisprudenciais e posicionamentos doutrinários, a fim de construir um entendimento a respeito do problema levantado.

Dessa forma, o ponto de partida do trabalho foi traçar uma comparação entre a infração penal e a infração disciplinar militar, evidenciando os pontos de distinção e as semelhanças materiais existentes entre os dois ilícitos, localizando, no âmbito didático, o Direito Disciplinar Militar.

Num segundo momento, foram destacados os princípios basilares dos

organismos militares, a hierarquia e a disciplinar, como fundamentos do regime jurídico diferenciado a que estão sujeito os militares, inclusive na ordem constitucional.

Em seguida, partindo do entendimento de que não existem diferenças substanciais entre as infrações penais e disciplinares, será feita uma análise do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal e da conseqüente aplicabilidade do princípio constitucional da legalidade em relação às transgressões e sanções disciplinares.

Por último, como proposta do trabalho, será feita uma análise mais detida da forma como a sanção disciplinar de detenção, de natureza restritiva de liberdade, está disposta no atual regramento disciplinar a que estão sujeitos os policiais militares do Estado da Bahia.

Após exposição desse quadro, que se encontra disponível para aplicação pela autoridade disciplinar militar, buscar-se-á, no atual ordenamento constitucional, critérios e fundamentos para que a penalidade de detenção esteja não à disposição para a aplicação, mas que esteja sistematizada, através de uma atuação do poder Legislativo.

O reconhecimento e máxima efetividade dos princípios e garantias constitucionais, em relação aos militares, revela-se de fundamental importância, diante do ainda recente processo de consolidação do Estado Democrático de Direito. Entretanto, conforme será exposto no decorrer do trabalho, essa classe específica de pessoas ainda fica à margem, quando se trata da máxima aplicabilidade de princípios constitucionais básicos, como a legalidade e a segurança jurídica.

Tratar de princípios e garantias constitucionais e sua aplicabilidade é algo que, *de per sí*, ganha relevância, seja no âmbito doutrinário ou jurisprudencial. Essa importância, porém, é potencializada quando se trata da não aplicabilidade ou do não reconhecimento desses princípios e garantias a determinada parcela de pessoas.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E O PODER DISCIPLINAR MILITAR

O processo administrativo disciplinar é o instrumento utilizado pela Administração Pública para exercer o poder disciplinar perante os servidores públicos que estão a ela vinculados¹. A apuração das condutas transgressoras, através de um processo disciplinar adequado, é condicionante para aplicação de determinada penalidade prevista em lei.

No entanto, como forma de melhor entender e determinar a importância dos processos administrativos disciplinares, é necessário dedicar algumas linhas para destacar a amplitude de garantias asseguradas com a procedimentalização da atividade administrativa² como um todo.

A Administração Pública é incumbida da realização de diversas e complexas tarefas, que devem ser direcionadas ao atendimento do interesse público. Para cumprir seu dever, o Poder Público goza de uma série de prerrogativas, sendo estas estabelecidas pela ordem jurídica. A atuação, seja através de ações ou omissões, do Estado deve pautar-se, exclusivamente, pelo que está estabelecido em lei.

Para consecução de seus fins, o Estado produz uma elevada quantidade de atos administrativos³. Entretanto, segundo Sundfeld, citado por Bandeira de Mello: “entre a lei e o ato administrativo existe um intervalo, pois o ato não surge como um passe de mágica.”⁴

Desta forma, o processo administrativo, elemento que precede o ato administrativo final, surge como principal instrumento de garantia de direitos dos

¹ Utiliza-se aqui a divisão proposta por Heuseler, para quem “servidor público abrange três pessoas: a) o funcionário público, que é o servidor que titulariza um cargo, sob regime estatutário; b) o empregado público, que é servidor que titulariza um emprego, sob um regime celetista diverso daquele empregado da iniciativa privada; e o c) contratado em caráter temporário, que é aquele contratado diante de uma situação excepcional de interesse público.” HEUSELER, Elbert da Cruz. *Processo Administrativo Disciplinar Comum e Militar à Luz dos Princípios Constitucionais e da Lei n. 9.784 de 1999*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

² O conceito de procedimentalização é trabalhado por Justen Filho, afirmando o autor que “consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisitos de validade das ações e omissões adotadas.” JUNSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2014, p. 340.

³ JUSTEN FILHO afirma que o “Estado pós moderno é um estrutura organizacional vocacionada a produzir atos em massa, não a promover atos isolados.” *Op. cit.*, p. 338.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015, p. 500.

administrados, diante do poder público, permitindo, ainda, um maior controle da atividade administrativa⁵. Lembrando, com Bandeira de Mello que “[...] para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si [...]”, continua afirmando que “[...] cada um desses atos integrados conserve sua identidade funcional própria, que autoriza [...].”⁶

Assim, o controle sobre os atos da Administração Pública não fica limitado a um ato final isolado e conclusivo. É possível averiguar o caminho percorrido até se chegar ao ato final, pois cada ato produzido durante o processo administrativo goza de uma parcela de autonomia. Isso permite que os administrados se oponham a determinado ato, produzido durante o iter processual.

Portanto, ainda que na manifestação final da vontade, o Administrador tenha, aparentemente, externado todos requisitos que demonstram a sua legalidade, ou oportunidade e conveniência, é possível identificar, no processo, algum ato eivado de vício, que culmine com a possibilidade de anulação ou revogação do ato final.

É certo que a processualização da atividade administrativa não ficou restrita aos casos que afetam diretamente a prestação de serviços ou atendimento de interesses públicos. No exercício do poder disciplinar, quando a Administração Pública, exercendo competência autorizada por lei, aplica penalidades aos seus agentes, a abertura de um processo administrativo disciplinar é indispensável.

Hoje um procedimento corriqueiro e imprescindível, nem sempre o processo administrativo disciplinar foi utilizado pelo Estado da Bahia, na aplicação de punições disciplinares aos militares, conforme se observa na seguinte apelação cível e remessa necessária, de relatoria do Desembargador Augusto de Lima Bispo:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE POLICIAL MILITAR “EX OFÍCIO”. ATO FORMAL NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE SINDICÂNCIA PRELIMINAR E DE

⁵ A professora Kaline David Ferreira, em dissertação de mestrado, citando Patrícia Baptista, explica que: “a processualização do Direito Administrativo é um movimento que vem tentar compensar as defasagens da administração pública, no tocante à legitimação, eficiência e de controle. Com esse novo instrumento que é o processo tenta-se suprir o déficit de legitimação com a participação popular; a ausência de eficiência com a racionalidade dos métodos; e a falta de efetivação do controle com a maior transparência dos atos e facilitação do acesso a informação.” DAVID, Kaline Ferreira. Dimensão política da administração pública sob a ótica de um direito administrativo constitucionalizado / Kaline Ferreira Davi. - 2008.

⁶ MELLO, *Op. cit.*, p. 495.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA DE AMPARO LEGAL PARA A PUNIÇÃO APLICADA. ILEGALIDADE DO ATO EVIDENCIADA. ANULAÇÃO. REINCLUSÃO À CORPORação. SALÁRIOS DEVIDOS, INCLUSIVE RETROATIVOS. RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.⁷

No acórdão, negando, por unanimidade, o recurso interposto pelo Estado da Bahia, o relator descreve o procedimento utilizado para exclusão, *ex officio*, do policial militar, então apelado. Apenas com o objetivo de demonstrar algumas das formas⁸ pelas quais os servidores públicos militares eram sancionados administrativamente, seguir-se-á, tendo como referência o voto do eminente Desembargador, a descrição do procedimento utilizado.

O Comandante Geral da Polícia Militar da Bahia (PMBA), à época, o então Cel PM Antônio José de Souza Filho, recebeu um conjunto de documentos oriundos do 20º Batalhão de Polícia Militar, contendo as fichas individuais de alguns policiais militares pertencentes àquela unidade. De posse das respectivas fichas, verificou que alguns deles tinham cometido faltas de natureza grave. A partir de disso, e com fundamento no Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia⁹, que vigorava à

⁷ APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE POLICIAL MILITAR “EX OFFICIO”. ATO FORMAL NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE SINDICÂNCIA PRELIMINAR E DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA DE AMPARO LEGAL PARA A PUNIÇÃO APLICADA. ILEGALIDADE DO ATO EVIDENCIADA. ANULAÇÃO. REINCLUSÃO À CORPORação. SALÁRIOS DEVIDOS, INCLUSIVE RETROATIVOS. RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. No caso concreto, não há prova nos autos de que tivesse havido a regular instauração do procedimento administrativo em decorrência das supostas faltas disciplinares atribuídas ao apelado, as quais teriam motivado a sua exoneração *ex officio*. Em realidade, o ato que excluiu o soldado das fileiras da Corporação Militar foi ilegal, pois além de não ter sido efetivado através do devido processo administrativo disciplinar, foi aplicada ao militar penalidade máxima sem que lhe fosse oportunizado o exercício dos direitos constitucionais do contraditório e o da ampla defesa, a ensejar a declaração de nulidade do ato perseguida pelo autor da ação, ora apelado. (TJ-BA, Relator: Augusto de Lima Bispo, Data de Julgamento: 06/08/2012, Primeira Câmara Cível). Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115380654/apelacao-reexame-necessario-reex-188165219998050001-ba-0018816-5219998050001?ref=juris-tabs>. Acesso em: 19/06/2017.

⁸ Os policiais militares com mais tempo de serviço contam que havia demissões dos servidores militares do Estado da Bahia, na modalidade *ex officio*, baseadas, exclusivamente, por informações prestadas por um determinado apresentador de jornal, que exigia, ao vivo, a exclusão do policial militar. Conta-se que, após veiculação de matéria relacionada a determinado policial militar, mostrando imagens negativas ou qualquer tipo de denúncia relacionada ao mesmo, um fax era enviado ao programa televisivo, sendo lido pelo próprio apresentador, que anunciava a exclusão *ex officio*. Ressalta-se que o fax enviado continha um ato decisório assinado pelo Comandante Geral da PMBA e surtia efeitos naquele exato momento, restando ao policial militar se apresentar na unidade onde servia para devolver a farda e a carteira funcional.

⁹ A Lei 3.933/1981, alterada pela Lei 6.474/1993, previa:

Art. 123 – A exclusão, a bem da disciplina, será aplicada “*ex officio*” às praças sem estabilidade assegurada, nos seguintes casos:

...

época, resolveu excluir alguns policiais militares do respectivo Batalhão, dentre eles o apelado, no caso ora analisado.

Vê-se, portanto, que a aplicação de punições disciplinares, inclusive a exclusão, considerada mais grave, aos militares estaduais nem sempre foi precedida por um processo administrativo disciplinar. De certo não havia, nessa época, em relação aos militares, ainda que sem estabilidade profissional, respeito aos direitos e garantias asseguradas aos servidores públicos em geral. Havia espaço para diversas manifestações de abusos de autoridade e aplicações de sanções disciplinares sem uma apuração criteriosa, baseadas, exclusivamente, na avaliação discricionária de autoridade superior.

Diante do que já foi até aqui exposto, torna-se prescindível deter-se ainda mais nesse ponto. Fica evidente que, com o advento do processo administrativo disciplinar¹⁰, no âmbito do exercício do poder disciplinar militar, a aplicação das sanções administrativas disciplinares ficou condicionada a uma série de atos anteriores. Estes, como já foi visto, devem ser preordenados e conexos entre si, possibilitando aos sujeitos diretamente interessados participação ativa e maior controle do ato final produzido, através da observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Antes de finalizar o tópico, faz-se necessária uma breve consideração a respeito do poder disciplinar militar. O poder disciplinar, seja ele comum ou militar é exercido através da instauração de processos administrativos disciplinares, instrumento que permite a aplicação de sanções disciplinares.

Ocorre que os organismos militares, sejam as Forças Armadas ou as forças estaduais de segurança pública, são submetidos, com maior rigor, aos princípios da hierarquia e da disciplina¹¹. Por força desses valores, que gozam de elevada respeitabilidade e aplicabilidade nas organizações militares, o poder disciplinar militar não está limitado à aplicação de sanções disciplinares.

A manutenção da disciplina militar faz parte da rotina diária dos servidores públicos militares, manifestando-se, sobretudo, nas ordens emanadas das

V - infligência de punições seguidas, por falta disciplinar de natureza grave;

¹⁰ A Lei 7.990/2001, atual Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia, determinou um marco administrativo processual, no âmbito das apurações disciplinares militares. Esse ponto será analisado de forma detida no tópico 2.3 do presente trabalho.

¹¹ Os dois institutos serão melhor analisados em tópico exclusivo.

autoridades hierarquicamente superiores, com o correlato dever de obediência por parte dos subalternos. Recorre-se a um exemplo para melhor consolidar esse entendimento. É comum os Estatutos Militares¹² imporem aos servidores militares a obrigação de zelar pela boa apresentação pessoal. Para tanto, a conduta desleixada em relação à aparência pessoal, durante execução do serviço, por parte do militar, é considerada transgressão disciplinar.

Ora, a autoridade superior, verificando que um militar não se encontra com apresentação pessoal adequada, barba por fazer, por exemplo, deve, imediatamente, instaurar um processo administrativo para apuração da conduta transgressora? Não parece a melhor solução, considerando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade¹³, além do princípio administrativo da eficiência¹⁴. A manutenção da disciplina militar encontra guarida, como já foi dito, nos valores da hierarquia e disciplina. No exemplo escolhido, a aplicação de uma sanção disciplinar pode ser facilmente substituída por uma simples determinação para que o militar faça a barba e se apresente, em momento posterior predeterminado, para uma nova verificação.

Portanto, o exercício do poder disciplinar militar, como forma de aperfeiçoamento da atividade militar, não está restrito à necessidade de imposição de uma sanção administrativa, precedida de um processo disciplinar. Os procedimentos de correção de posturas e instruções diárias, antes, durante e após a execução do serviço, completam o exercício de poder disciplinar militar, contribuindo para a manutenção da disciplina militar.

2.1 DIREITO PENAL MILITAR X DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

Inobstante a dificuldade de determinar critérios substanciais capazes de distinguir a classificação de uma conduta como infração penal ou administrativa¹⁵, busca-se, neste tópico, apresentar elementos diferenciais entre os dois institutos, a

¹² Aqui toma-se por base o anexo 1, número 39, do Regulamento Disciplinar do Exército, bem como o Art. 37, II, c, c/c o Art. 49, da lei 7.990/2001, o Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia. Ambos dispositivos consideram a desídia com apresentação pessoal transgressão disciplinar.

partir da análise das espécies normativas que tratam da matéria.

A princípio, é imperioso localizar o Direito Disciplinar Militar no ordenamento jurídico pátrio. Por força de dispositivo constitucional¹⁶, são consideradas organizações militares as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, além das polícias e bombeiros militares. Os primeiros estão sob autoridade suprema do Presidente da República, sendo órgãos vinculados à União, enquanto os servidores militares de segurança pública estão subordinados aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

É reconhecida aos militares a condição de servidores públicos especiais, em face das peculiaridades da atividade exercida¹⁷ por esses agentes. São regidos por Estatutos próprios, que dispõe sobre as situações, deveres e direitos da classe. A lei 6.680/1980, Estatuto dos Militares, rege os servidores das Forças Armadas, ficando os membros estaduais subordinados aos Estatutos militares de cada Estado.

Além dos Estatutos, os servidores militares, por força dos valores constitucionais da hierarquia e disciplina, são submetidos a rigorosos regulamentos disciplinares¹⁸.

¹⁶ 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.

[...]

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

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 (grifos nossos).

¹⁷ 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.

[...]

§ 3º

[...]

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, **consideradas as peculiaridades de suas atividades**, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Grifo nosso).

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.

§ 1º **Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º**, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Grifo nosso).

¹⁸ A Constituição Federal Brasileira, no seu art. 5º, inc. LXL, prescreve 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**,” (Grifo nosso).

Estes dispositivos estabelecem uma série de condutas que é considerada transgressão disciplinar, sendo, portanto, passível de aplicação de sanções disciplinares, inclusive as de natureza restritiva de liberdade.

A subordinação à Administração Pública direta, a condição de servidores públicos especiais, prestadores de serviços públicos essenciais, a possibilidade de exercício, por parte do Estado, do poder disciplinar, são algumas das circunstâncias que inserem o Direito Disciplinar Militar¹⁹ no rol das atividades administrativas, sendo portanto ramo de estudo do Direito Administrativo.

A divergência surge a respeito da autonomia do Direito Disciplinar Militar, em relação ao Direito Disciplinar geral, nesse caso sendo incluído no Direito Administrativo Militar. Basseta destaca que:

[...] inicia-se bem antes, na interpretação acadêmica, na qual há divergências sobre se a questão disciplinar (de cunho administrativo) militar seria um ramo autônomo do Direito, um setor do Direito Militar, incluído no Direito Administrativo Militar, ou, ainda, para outros autores, parte de um Direito Disciplinar geral.²⁰

Há duas características fundamentais, relativas ao Direito Disciplinar Militar, que o diferenciam do Direito Disciplinar geral, apesar dos aspectos processuais guardarem profunda semelhança. Resta saber se tais características são suficientes para consagrar uma desvinculação, sendo incluído no Direito Administrativo Militar, como sugere Basseta.

A primeira diz respeito ao bem tutelado pelo poder disciplinar militar. Embora a concepção de hierarquia e disciplina²¹ exista nas diversas instituições da

Uma interpretação literal desse dispositivo constitucional tornaria inconstitucionais os diversos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e órgãos militares estaduais, já que vigoram através de decretos. No entanto, a maior parte da doutrina, bem como a jurisprudência, interpreta a lei, nesse dispositivo constitucional, em sentido *latu*, como sendo qualquer espécie normativa. Apesar disso, diversos Estados, entre eles a Bahia, Minas Gerais e São Paulo, através de processo legislativo, subordinaram suas forças militares à Estatutos específicos, nos quais estão elencadas as transgressões disciplinares.

¹⁹ A expressão Direito Administrativo Disciplinar Militar é utilizada por Neves, quando se referem à aplicação do poder disciplinar em relação aos servidores militares, o que revela uma especificidade do poder disciplinar militar. NEVES, Cícero Robson Coimbra. Manual de Direito Penal Militar. Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

²⁰ Basseta APUD Souza, SOUZA Marcelo Weitzel Rabello de. O Direito Disciplinar Militar e sua distinção ante o Direito Penal Militar. Revista do MPM, Brasília, n. 20, 2007, p. 90, Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/porta/editorial/revista-20.pd>. Acesso em: 19/06/2017.

²¹ Os conceitos serão trabalhados de forma mais detalhada em tópico seguinte.

Administração Pública, esses valores, segundo Heuseler²², “no âmbito do regime militar tem uma relevância maior.” Encontra razão a afirmação do referido autor na medida em que a nossa Lei Maior, ao tratar das organizações militares²³, eleva a hierarquia e disciplina a valores institucionais fundamentais.

Portanto, no militarismo, a hierarquia e a disciplina são um fim si mesmo, a razão organizacional das instituições militares, enquanto em outras organizações são apenas instrumentos de manutenção da organização e aperfeiçoamento do serviço. Há uma espécie de “plus” conjuntural, quando o bom funcionamento da atividade militar e as relações profissionais entre superiores e subordinados dependem, exclusivamente, do respeito aos valores basilares dos organismos militares.

Não se trata apenas de uma diferença quantitativa, quando tais valores são mais protegidos no ordenamento militar do que no comum. Trata-se de um proteção máxima aos valores fundantes das instituições militares, sem os quais tais organismos estariam fadados à extinção.

Assim, os estatutos ou regulamento militares, ao tipificarem determinadas condutas, conferindo um desvalor às mesmas, com possibilidade de aplicação de sanção disciplinar, tutela, em todos os tipos, de forma direta ou indireta, a hierarquia e a disciplina.

O segundo aspecto, característico do poder disciplinar militar, revela-se na possibilidade de aplicação da sanção restritiva de liberdade. Os únicos servidores públicos que podem ser submetidos a esse agravo pessoal são os militares, em casos de cometimento de condutas transgressoras.

A exceção de restrição à liberdade encontra fundamento na Carta Maior²⁴, sendo

²² HEUSELER, *Op. cit.*, p. 13.

²³ 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. (Grifo nosso)

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. (Grifo nosso).

²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

a sanção incorporada na maioria dos regulamentos disciplinares ou estatutos militares do país. As características da sanção restritiva de liberdade, bem como sua natureza e fundamento, além das consequências e forma de aplicação nos processos disciplinares militares, fatores que corroboram para especificidade do Direito Disciplinar Militar, serão analisadas em tópicos seguintes.

Portanto, em virtude do bem tutelado, direta ou indiretamente, nos processos disciplinares militares, bem como pela possibilidade de aplicação da pena restritiva de liberdade, limitada aos servidores públicos militares, pondera-se pela inserção do Direito Disciplinar Militar no ramo especial do Direito Administrativo Militar.

A partir de agora busca-se aspectos diferenciais entre o Direito Penal Militar e o Direito Disciplinar Militar. Souza destaca que:

[...] no meio jurídico castrense uma das questões mais vivas e polêmicas em termos de debates é aquela referente à distinção entre Direito Penal e Direito Disciplinar. No caso da vida militar, maior intensidade assume o debate em razão de que o Direito Disciplinar Militar assume um plus em termos de rigor quando comparado ao Direito Disciplinar conferido aos servidores públicos em geral, aos integrantes do MP e aos magistrados, haja vista a possibilidade da sanção restritiva de liberdade, sanção esta que, conforme o caso concreto, pode atingir limite semelhante àquele previsto como pena mínima na hipótese de infração penal.²⁵

E continua afirmando que:

Enquanto o Direito Penal, por sua importância e reflexo na sociedade, pela sua franqueza punitiva e voracidade de atuação, tende a se expandir e conseqüentemente a ser melhor e abertamente discutido, o Direito Disciplinar, como de âmbito administrativo, tende a se retrair perante o debate social, a se fechar em particularidades internas da instituição, tratando o ordenamento militar como no sentido de algo com uma “noção de ordenamento interno”, como uma instituição que faz parte “da estrutura organizativa do Estado”, que vem com intenso senso limitativo, em que pese fazer parte de uma estrutura que deve obediência aos ditames do Estado de Direito.²⁶

Há, de fato, com maior intensidade na esfera castrense, resistência, por parte da doutrina, em se dedicar ao estudo do Direito Disciplinar. A causa mais provável,

Esse dispositivo constitucional será melhor analisado em tópico específico do presente trabalho.

²⁵ SOUZA, *Op. cit.*, p. 90.

²⁶ *Ibid.*, p. 91.

conforme apontado pelo autor, está na institucionalização do regime disciplinar por parte das organizações administrativas. No âmbito militar, razões históricas colaboram para um maior distanciamento, devido à época em que o país viveu sob um estado de exceção, que deixou marcas indeléveis.

Nesse contexto, por um longo período, os servidores militares foram submetidos a um completo estado de sujeição, sendo comum a aplicação de sanções administrativas, sem observância do devido processo legal. Conforme já foi visto, a processualização da atividade administrativa condicionou a imposição das sanções administrativas à instauração de processos administrativos, que garantam ao servidor participação e acesso a todos os atos produzidos antes do ato final, o que reduziu a aplicação arbitrária de penalidades administrativas.

Na Polícia Militar da Bahia, a consequência mais evidente foi, e ainda é, o alto índice de jurisdicionalização das questões administrativas disciplinares, sobretudo para as condutas penalizadas com as sanções de demissão ou detenção. As primeiras pelos efeitos provocados pela sanção, que desvincula o servidor da instituição, excluindo todos direitos, prerrogativas e remuneração inerentes ao cargo que ocupava. As segundas pela própria natureza restritiva de liberdade, bem como pelos efeitos secundários que possam gerar²⁷.

Ao contrário do Direito Disciplinar, como destaca o autor, o Direito Penal, por envolver diretamente interesses da sociedade, sempre foi objeto de estudos doutrinários e discussões acadêmicas, além de objeto de constantes variações legislativas²⁸, acompanhando o desenvolvimento e transformações sociais.

Entretanto, tanto o Direito Penal, quanto o Direito Disciplinar, têm como objeto, a seletividade de condutas, que são consideradas um desvalor social. Seria a gravidade da ação fator determinante para a distinção entre o Direito Penal e o Direito Disciplinar? Não parece essa a melhor solução, como se verá adiante.

²⁷ A lei 7.990/2001, Estatuto dos Policiais Militares da Bahia, no art. 147, § 7º, “a”, proíbe a concessão de licença prêmio por assiduidade ao servidor que sofre pena de detenção, durante o período de quinquênio.

²⁸ A observação é válida parcialmente quando se refere ao Direito Penal Militar, já que a parte especial do Código Penal Militar, Decreto-Lei 1001/1969, com exceção do art. 190, alterado pela Lei 9.764/98, não sofreu alterações legislativas mais significativas, desde sua publicação, tornando-o obsoleto em relação ao Código Penal comum.

No dia 18 de março de 2015 um comissão formada por Magistrados do Superior Tribunal Militar apresentou, na Câmara dos Deputados, anteprojeto de atualização do Código Penal Militar.

Antes, porém, como forma de estabelecer um ponto de partida, buscar-se-á, nas espécies normativas pátrias que tratam do tema, algum ponto distintivo adotado pelo legislador ou pelas autoridades administrativas, estas no exercício do poder normativo atípico.

O Código Penal Militar (CPM), em seu artigo 19, exclui as transgressões militares desse dispositivo legal, expressando que: “Este Código não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares.” Percebe-se, portanto, que não houve qualquer preocupação do legislador em estabelecer diferenças substanciais entre a infração penal e a administrativa.

Ainda nesse diploma legal, artigo 240, § 1º, na tipificação do furto simples, o legislador após estabelecer algumas condições, possibilita ao julgador perseguir o crime militar com a imposição de uma sanção administrativa. Com tal postura o legislador dificulta ainda mais a distinção entre a infração penal e disciplinar, visto que, como aponta Souza:

O argumento de que o delito disciplinar se ocupa de fatos de contravenções e regras de conduta de militares que turbam apenas o ordenamento interno, enquanto os crimes militares incriminam hipóteses de lesões ao ordenamento jurídico geral do Estado não supera também certas dificuldades [...] ²⁹

Portanto, não é a ordem jurídica protegida que distingue o Direito Penal Militar do Direito Disciplinar Militar. Ambos concorrem para tutelar a regularidade das instituições militares, fundadas nos valores máximo da hierarquia de disciplina, como foi dito acima.

O termo regularidade das instituições militares é utilizado por Cícero Coimbra³⁰ quando analisa o bem jurídico-penal militar. Em seguida, na busca por uma definição da expressão, afirma que “que pode ser entendida como a condição necessária, tanto interna como externamente, para que determinada instituição militar possa cumprir seu escopo constitucional, não turbando os direitos fundamentais.”

Ora, tal condição nada mais é do que a manutenção da hierarquia e disciplina, indispensáveis à existência de qualquer ordenamento militar. O próprio autor, ao

²⁹ SOUZA, *Op. cit.*, p. 110.

³⁰ NEVES, *Op. cit.*, p. 59.

analisar o bem jurídico tutelado na tipificação do crime de pederastia, artigo 235 do CPM, afirma “[...] a objetividade jurídica não é a liberdade sexual do indivíduo, mas sobretudo a **disciplina militar**, que será turbada com a promiscuidade no interior da caserna [...]” (Grifo nosso).

A proteção de uma ordem jurídica comum ganha força em Seone, que, pela clareza da lição, merece ser compartilhada na totalidade:

Qual é a finalidade e a razão de um Direito Penal Militar? Ao que depois responde: Parece necessário reconhecer que a existência de um tal ‘ramo’ jurídico não tem mais fundamento que o de outorgar maior proteção, a máxima proteção jurídica, precisamente a todos aqueles valores considerados essenciais para o funcionamento e eficácia da organização militar; a importância que esses valores e princípios têm na ‘sociedade militar’ é a única justificativa para que sua tutela se encomende ao Direito punitivo. Por isso, em nossa opinião, esses valores são os mesmos que tutelam o Direito Disciplinar, sem que seja possível encontrar diferença material ou de natureza entre as esferas, entre os ilícitos penal e disciplinar militar, ou seja, a fronteira é puramente quantitativa e convencional, sendo o único critério para trazer o maior ou menor desvalor que se queira atribuir a cada conduta constitutiva do injusto. Esse critério não pode ser mais que de oportunidade legislativa, essencialmente contingente e variável.³¹

Portanto, resta insuficiente o critério que considera o desvalor da conduta como diferenciador da infração penal e infração administrativa. Bem como o que considera o Direito Penal como protetor da ordem social externa e o Direito Disciplinar direcionado a uma ordem interna. Nas palavras de Fábio Medina Osório:

Parece-nos um pouco artificial essa divisão entre “ordem interna” das instituições e “ordem social externa”, para fins de justificar regimes jurídicos radicalmente distintos, ao menos não resulta daí nenhuma distinção digna de relevância para separar as infrações administrativas das infrações penais ou disciplinares. De qualquer sorte, sempre se retorna ao ponto de origem: a soberana e discricionária escolha legislativa³².

O Direito Disciplinar, ainda que voltado para uma classe específica de agentes, vinculados a determinada instituição, protege sempre, em maior ou menor grau, a ordem pública. Afinal, a que esses servidores servem, senão ao interesse do público, seja na prestação de serviços, seja não manutenção da ordem pública? Ensina ainda Osório que “não se pode, em matéria de infrações administrativas efetuar absoluta e

³¹ SEONE apud SOUZA, *Op. cit.* p. 98.

³² OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 142.

radical distinção entre ordem interna e externa, pois toda lesão, inclusive disciplinar [...].”³³

As transformações legislativas no âmbito penal seguem diretrizes da Política Criminal do país, que pode ser modificada a qualquer momento. Assim, uma infração que era considerada administrativa, pode, por razões de conveniência política, ser tipificada como crime. Além disso, algumas condutas tipificadas como crime no CPM também são consideradas infrações disciplinares em determinados estatutos ou regulamentos disciplinares³⁴.

Ainda, com reforço na lição de Seone, é possível concluir que o bem tutelado pela ordem penal, o qual ele expressa como “valores essenciais para o funcionamento e eficácia da organização militar”, não difere do bem tutelado pela ordem administrativa. Assim, o bem jurídico protegido se iguala nos ordenamentos penais e administrativos militares, quais sejam a hierarquia e disciplina, ou, como prefere Cícero Coimbra, a “regularidade das instituições militares”, que em todas as tipificações, seja como crime ou transgressão disciplinar, é tutelada de forma direta ou indireta³⁵.

Afastados os critérios de gravidade ou desvalor da conduta e do bem ou ordenamento jurídico protegidos, como pontos distintivos da infração penal e administrativa, segue-se em busca de aspectos diferenciadores, tomando como ponto de partida, neste momento, o Estatuto dos Militares, Lei 6.880/1980 e, em seguida, os Regulamentos Disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

O dispositivo legal mencionado, no art. 42, estabelece que: “A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.” Observa-se que não há qualquer diferenciação entre crime ou transgressão disciplinar. Ao contrário, ambos os institutos são colocados no mesmo plano de proteção das obrigações e deveres militares.

³³ *Ibid.*, p. 145

³⁴ O crime de recusa de obediência é previsto no art. 163, do CPM, sendo a conduta também considerada transgressão disciplinar no art. 51, IV, do Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia.

³⁵ Neves, quando se refere ao bem tutelado pelo Direito Penal Militar, após definir a regularidade das instituições militares, afirma que “[...] o Direito Penal Militar é especial em razão do objeto de sua tutela jurídica: sempre a regularidade das instituições militares, seja de forma direta, imediata, seja de forma direta ou mediata.” *Op. cit.*, p. 61.

O § 2º desse artigo afasta a aplicação da sanção administrativa, quando houver concurso de crime e transgressão militar de mesma natureza. Quis o legislador, apenas, expressar a prejudicialidade da sanção penal sobre a administrativa. Tal posicionamento já era defendido por Nelson Hungria³⁶, quando afirma que “[...] deve-se, porém, reconhecer, a prejudicialidade ou prevalência do juízo penal [...].”

Há razoabilidade no entendimento do autor, visto que a *persecutio criminis* mobiliza uma estrutura do Poder Público especializada e organizada para tal fim. Carece de sentido, por exemplo, que a ação penal reconheça a inexistência de um crime em relação a determinada conduta, enquanto um processo administrativo persista na apuração disciplinar relacionada à mesma conduta. Parece mais adequado que a Administração Pública aguarde a decisão final do juízo penal, para submeter o profissional à processo administrativo.

Isso evita determinadas situações que podem causar prejuízo tanto ao agente, quanto ao Poder Público. Pode acontecer do servidor militar, por exemplo, ser punido, administrativamente, com a pena de detenção pelo cometimento de conduta também considerada crime. Posteriormente, em juízo penal, entende-se que crime não existiu, ou não foi ele o autor do fato. Já tendo cumprido a punição administrativa, não restaria alternativa ao servidor sancionado, senão mover ação indenizatória contra o Estado, além do pedido de exclusão da punição da ficha individual.

Esse entendimento, no entanto, pode levar a equivocada conclusão de que o Direito Penal Militar cuida das condutas consideradas mais ofensivas à sociedade, enquanto o Direito Disciplinar Militar das menos graves, sendo este, portanto, subsidiário àquele. Contudo, não há, ao menos no âmbito penal militar qualquer previsão de lei de contravenções penais para abarcar as condutas menos graves. Além disso, como já foi visto, algumas condutas tipificadas como crime militar também são consideradas transgressões disciplinares.

Observa-se, portanto, que a prevalência ou prejudicialidade do juízo penal é consequência da especialidade do aparato estatal voltado para a *persecutio criminis*. Não há nisso qualquer aspecto substancial que seja capaz de diferenciar a infração administrativa da infração penal. Note-se que, caso o juízo penal entenda pelo cometimento do crime, com aplicação da sanção penal, fica a Administração Pública

³⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2. Ed., vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1950, p. 315.

legitimada a apurar a falta administrativamente, com a possibilidade de imposição de uma sanção administrativa, já que são consideradas instâncias diferentes.

No que concerne aos regulamento disciplinares das Forças Armadas, como se verá, não há qualquer referência capaz de distinguir, substancialmente, a infração penal da administrativa.

O Regulamento Disciplinar para a Marinha, aprovado pelo Decreto 88.545/1983, define a contravenção disciplinar nos seguintes termos:

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.

Percebe-se a permanência do critério da conveniência legislativa, visto que, a qualquer momento, pode o legislador destacar determinadas condutas do rol das transgressões disciplinares e classifica-las como infração penal militar.

O Regulamento Disciplinar para o Exército, Decreto 3.436/2002, no seu artigo 14, apenas define transgressão disciplinar, sem fazer qualquer menção ao Código Penal Militar, nem mesmo relacionada à prejudicialidade deste.

O Regulamento Disciplinar para a Aeronáutica (RDAER), Decreto 76.322/1975, que, sendo uma espécie normativa oriunda do Poder Executivo, no exercício de poder normativo atípico, não deve contrariar o que está estabelecido por lei.

No entanto, o RDAER, no artigo 8º, ao definir transgressão disciplinar distingue a infração administrativa da infração penal, considerando, respectivamente, a menor ou maior gravidade da ofensa ao mesmo dever militar. Justifica esse critério de diferenciação alegando que é “segundo o preceituado na legislação penal militar.”

Acontece que a legislação penal militar, em nenhum dos seus artigos, estabelece qualquer critério de diferenciação entre as infrações penais e administrativas. Como já foi visto, o art. 19 do Código Penal Militar apenas expressa que esse dispositivo legal “não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares.”

Por fim, por se tratar de objeto específico do presente trabalho, o Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia, Lei 7990/2001, também não traz qualquer critério distintivo entre os dois institutos. Apenas expressa, no artigo 49, que “a

violação de obrigações e deveres militares poderá constituir crime ou transgressão disciplinar.”

Com tal posicionamento, o legislador estadual parece compartilhar do entendimento de que, tanto o Direito Disciplinar Militar, quanto o Direito Penal Militar, protegem uma ordem jurídica comum, o que já foi destacado anteriormente em relação ao legislador federal.

Constata-se, portanto, que o legislador optou por não estabelecer qualquer critério que distinga, substancialmente, a infração administrativa da penal, limitando-se à conveniência ou necessidade da Política Criminal estabelecida. Em relação às autoridades administrativas, chefes do Poder Executivo, ao definirem transgressão disciplinar em seus decretos, também não adotaram qualquer critério distintivo e, quando fez, no caso do RDAER, disse mais do que é permitido dizer.

Diante da falta referências legais, bem como da insuficiência dos critérios acima mencionados, permanece a indefinição dos aspectos distintivos entre infração penal e administrativa. Fábio Medina, citando Nieto, destaca que:

[...] os ilícitos penais e administrativos não são normativamente idênticos, são figuras normativas diferentes [...] a distinção resulta de discricionárias opções legislativas. Os alemães gastaram séculos debatendo a natureza jurídica dos ilícitos penais e administrativos, construindo teorias, mas os resultados de suas pesquisas desmoronavam-se como um castelo de cartas quando o Legislador tinha o capricho de converter de repente algumas infrações em delitos, e em outros casos o inverso. ³⁷ (tradução livre).

O autor vincula-se ao que Seone denomina “puro convencionalismo de fronteira”³⁸, já que diferencia a infração administrativa da penal, exclusivamente, pela discricionariedade legislativa, afastando qualquer critério ontológico.

Entretanto Venditti³⁹ aponta quatro critérios os quais considera suficientes para diferenciar substancialmente os dois institutos. Sobre esses critérios Souza⁴⁰ afirma que “[...] são as únicas que conseguem elucidar as diferenças entre os institutos (penal/administrativo), como ainda oferecem solução para suas aplicações.”

O primeiro refere-se à tipicidade das condutas, que conforme submetida ao regime jurídico punitivo penal ou administrativo, poderá sofrer variações relacionadas

³⁷ OSÓRIO, *Op. cit.*, p. 147.

³⁸ SEONE apud SOUZA, *Op. cit.*, p. 96

³⁹ VENDITTI apud SOUZA, *Ibid.* p. 111.

⁴⁰ SOUZA, *ibid.* p. 113.

à taxatividade da descrição do tipo. No ilícito penal a conduta deve ser descrita de forma clara, objetiva e determinada, evitando ou suprimindo termos vagos, que possam resultar em interpretações diversas.

Já os ilícitos administrativos são, em regra, descritos em tipos abertos. Aqui a relevância do tipo está diretamente relacionada ao bem que se visa proteger, a exemplo dos valores e imagem institucional, bem como a disciplina e o deveres organizacionais. São conceitos de difícil definição, que podem englobar condutas diversas. Torna-se tarefa impraticável para o legislador descrever, taxativamente, cada conduta que possa ofender diretamente cada um desses bens.

Em resumo, a descrição dos tipos penais incriminam a forma como o bem é lesionado, enquanto os ilícitos administrativos preocupam-se, mais especificamente, com a lesão em si. Na descrição do tipo administrativo não importa de que forma o bem tutelado será ofendido, mas, seguindo o juízo discricionário da autoridade administrativa, se determinado bem foi lesionado. Para sedimentar o entendimento recorre-se às palavras de Souza, para quem “[...] o ilícito penal é um ilícito de modalidade de lesão, enquanto o ilícito civil é um ilícito sempre relacionado à lesão.”⁴¹

A segunda diferença diz respeito ao sujeito ativo de cada infração. Nas infrações disciplinares, o agente sempre será o militar, enquanto os ilícitos penais militares podem ser cometidos por um civil, como no caso do crime de insubmissão, por exemplo, previsto no art. 183 do CPM.

Em relação ao elemento subjetivo, os tipos penais, em regra consideram o dolo ou, taxativamente, a culpa. Já nas infrações disciplinares não há avaliação subjetiva da conduta, considerando-se apenas a voluntariedade da ação. Porém, esse critério de diferenciação, utilizado pelo autor, carece de fundamentação constitucional, no que diz respeito ao princípio da culpabilidade e a decorrente proibição de responsabilização objetiva.

O último critério adotado por Venditti faz referência à disposição das penas. Segundo o autor, “no crime militar cada pena é especificamente prevista para cada singular figura do crime; na punição disciplinar a “punição” vem elencada em regra de maneira geral [...]” Em virtude do objetivo do presente trabalho, torna-se imprescindível tecer algumas considerações a respeito deste último critério.

⁴¹ VENDITTI *apud* SOUZA, *ibid*, p. 111.

Os estatutos militares, ou regulamentos, ao descreverem as condutas elencadas como transgressões disciplinares, em regra, não especificam que tipo de sanção administrativa é cabível para determinada ação. Como expôs o autor, as penalidades são previstas de uma maneira genérica, geralmente em capítulo diferente das transgressões. Assim, poderá a autoridade administrativa, em sede de juízo discricionário, aplicar a sanção disciplinar que achar adequada para qualquer infração, salvo se houver alguma proibição no próprio dispositivo.

Ocorre que, como já foi mencionado, para transgressões militares há possibilidade de aplicação de sanção administrativa disciplinar de natureza restritiva de liberdade: a detenção ou prisão. Sendo uma medida que restringe absolutamente um bem jurídico considerado fundamental, não deveria o servidor militar ficar sujeito apenas ao juízo discricionário da autoridade administrativa julgadora. Este pode, em regra, aplicar, em qualquer caso, para qualquer conduta, a dosagem de “pena” que entenda adequada.

Com a devida vênia, entendemos que a disposição das sanções administrativas é meramente convencional, não diz respeito à natureza da infração, se penal ou administrativa. Poderia o legislador optar por distribuir de, forma específica, as sanções cabíveis para cada conduta considerada transgressão disciplinar. Certo que com isso a discricionariedade administrativa restaria afetada, o que poderia provocar dificuldade na manutenção da disciplina e proteção dos valores institucionais.

Além disso, a vinculação legal do administrador, pessoa que melhor conhece o organismo a qual serve, à aplicação de determinada sanção administrativa disciplinar pode tornar o poder disciplinar ineficaz. Pode acontecer, por exemplo, que determinada sanção, a única prevista em lei, não surta mais efeitos em determinado servidor, vindo o mesmo a ser contumaz na prática de determinada transgressão. Nesses casos, é aconselhável que a autoridade administrativa adote uma postura mais rigorosa e aplique uma sanção mais adequada, sendo este o motivo da necessidade de uma disposição de penas mais genéricas.

Portanto, para as sanções administrativas de natureza não restritiva de liberdade, considerando a necessidade de eficácia na aplicação das sanções disciplinares como condição para manutenção da disciplina organizacional, é viável que a disposição dessas espécies de penalidades seja feita de maneira genérica.

No entanto, tal entendimento não pode ser utilizado quando se trata de sanções disciplinares de natureza restritiva de liberdade, pois configura-se bem de relevância

fundamental, como se verá adiante. Neste caso, na distribuição das penalidades, pautadas por mera discricionariedade legislativa, deve o legislador, em respeito ao princípio da segurança jurídica⁴², determinar, *in abstracto*, os limites máximo e mínimo, especificando-os para cada conduta transgressora.⁴³

2.2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO ESPECIAL MILITAR

O Direito Militar possui determinadas características que o tornam especial em relação a outros ramos do Direito. No âmbito do Direito Penal Militar parece não haver maior dificuldade em visualizar a especialidade desse ramo jurídico. A própria Constituição Federal brasileira, ao dispor sobre competência jurisdicional, define as regras de competência da Justiça Militar⁴⁴.

No entanto, Lobão alerta que “classificar o Direito Penal especial segundo órgão judiciário encarregado de aplicar o direito objetivo, demonstra evidente confusão entre Direito Penal especial e Direito Processual Penal especial”⁴⁵.

Parece acertado o posicionamento do autor, pois a especialidade do órgão judiciário não é critério suficiente para determinar a especialidade do direito material aplicado. Além disso, a especialização da justiça também se verifica em razão critérios formais, como valor da causa atribuída a ação, ou crimes de menor potencial ofensivo, no caso dos Juizados Especiais Criminais.

Conforme já se mencionou em linhas anteriores, o Direito Penal Militar foi criado

⁴² O estudo desse princípio e sua aplicabilidade no regime jurídico administrativo disciplinar será realizado em capítulo próprio do presente trabalho.

⁴³ O Estado de Pernambuco, através da Lei 11.817/2000, dispõe sobre o Código Militar do Estado de Pernambuco. Nesta Lei, as sanções disciplinares de natureza não restritiva de liberdade estão dispostas de forma genérica, enquanto as restritivas de liberdade encontram-se especificadas para determinadas condutas na parte especial. O dispositivo será analisado de forma detida em tópico que se propõe a sugerir, para o Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia, uma sistematização na disposição das penalidades restritivas de liberdade.

⁴⁴ Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

⁴⁵ LOBÃO *apud* NEVES, *Op. cit.*, p. 60.

com o objetivo de conferir máxima proteção aos valores fundantes das instituições militares. Esse é o critério mais adequado para reconhecer o caráter especial do Direito Penal Militar: a tutela das instituições militares, particularmente, da disciplina e hierarquia.

No entanto, a especialidade do Direito Militar não se restringe, apenas, ao âmbito penal deste ramo jurídico. O Direito Administrativo Militar, como já foi visto, concorre com o Direito Penal Militar para proteção dos bens e valores jurídicos valiosos aos organismos militares. Nos tópicos seguintes serão delineados e analisados alguns institutos e características, exclusivos ao Direito Militar, que corroboram para especialidade em relação aos outros ramos jurídicos.

2.2.1 A hierarquia e disciplina

Hierarquia e disciplina são dois institutos reconhecidos constitucionalmente como valores organizativos basilares das instituições militares, em regra, definidos nos Estatutos Militares. O Estatuto da Polícia Militar da Bahia os definem da seguinte forma:

Art. 3º - A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Polícia Militar.
§ 1º - A hierarquia policial militar é a organização em carreira da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura da Polícia Militar, consubstanciada no espírito de acatamento à sequência de autoridade.
§ 2º - Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo policial 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 observados e mantidos em todas as circunstâncias da vida, entre os policiais militares.

Infere-se dos dispositivos acima transcritos que a hierarquia e disciplina são valores essenciais nas relações entre militares, estejam eles em ambiente militar ou não, em situação de atividade ou não.

A atividade militar, geralmente consagrada em atividades de alto risco à vida, inclusive de terceiros, requer um respeito funcional, uma cadeia sistematizada em que um indivíduo, por seu grau ou precedência hierárquica, dirige e comanda outros que

lhes são subordinados, devendo estes respeitar as ordens, manifestamente recebidas, e acatá-las prontamente. Além disso, todos devem cumprir as leis, regulamentos e normas que disciplinam os organismos militares e coordenam o funcionamento regular e harmônico.

Conforme ensina José Afonso da Silva, “disciplina é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores.”⁴⁶

Na estrutura organizacional militar, a hierarquia pode ser entendida “como uma ordenação vertical e horizontal da autoridade dentro da estrutura da Forças Armadas”⁴⁷. Essa estrutura é dividida entre postos e graduações, ocupados pelos oficiais e praças, respectivamente, distribuídos em níveis de autoridade diferenciados.

Na ordenação vertical, a autoridade de maior posto ou graduação possui grau hierárquico superior em relação ao de menor posto ou graduação. Já na ordenação horizontal, por ocuparem o mesmo posto ou graduação, prevalece o critério de antiguidade, tendo precedência hierárquica, em vez de superioridade, aquele oficial ou praça que encontra-se em determinado posto ou graduação há mais tempo.

Portanto, hierarquia e disciplina são valores que se completam numa organização militar, porém não se confundem. A disciplina militar apresenta-se como corolário do sistema hierarquizado: pelo grau hierárquico superior ou pela precedência hierárquica, a autoridade tem o poder de dar ordens, sejam normativas ou individuais, direcionadas aos subordinados, devendo estes, salvo quanto às ordens manifestamente ilegais, cumpri-las de imediato.

Todavia, é preciso ressaltar que a hierarquia e a disciplina não são valores restritos à atividade militar, sendo também reconhecidas nas demais atividades a cargo do Poder Público. No entanto, pondera Heuseler, “tais valores assumem posição fundante, não posição veicular ou instrumental como são para as outras atividades.”⁴⁸ Conclui ainda o autor que

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38ª ed. rev. e atual. até a Emenda constitucional n. 84 de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 787.

⁴⁷ ABREU, Jorge Luiz de. Direito Administrativo Militar. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 293.

⁴⁸ HEUSELER, *Op. cit.*, p. 14.

[...] o processo administrativo disciplinar militar deve ser tratado e estudado à luz desses princípios, de tal modo que sopesando os princípios da hierarquia e disciplina em relação a qualquer outro princípio de outros ramos do direito, devem prevalecer os primeiros⁴⁹.

Por conta disto, como se verá no tópico seguinte, o regime jurídico aplicado aos militares é diferenciado, quando comparado aos demais servidores públicos, destacando-se, de início, a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* contra as restrições à liberdade decorrentes punições disciplinares militares.

2.2.2 Regime Jurídico Diferenciado

Como decorrência direta dos princípios fundantes dos organismos militares, torna-se imprescindível submeter os sujeitos, diretamente vinculados a essas instituições, a um regime jurídico distinto daquele a que estão subordinados os demais servidores públicos. Portanto, ainda em sede de normas constitucionais, é possível observar notáveis diferenças, quando se trata do regime jurídico aplicado aos militares.

Pretende-se, neste tópico, destacar, no sistema normativo do direito constitucional, administrativo e penal, as regras específicas empregadas aos agentes estatais militares, pelo mero fato de encontrarem-se na condição de militar.

Antes porém, é necessário firmar o entendimento de que os militares formam uma categoria especial de agentes públicos. São, portanto, servidores públicos em sentido amplo, porém, regidos por um regime jurídico diferenciado.

A categorização dos militares surgiu com Emenda Constitucional n.º 18, de 1998, quando, no exercício da competência constitucional derivada reformadora, o constituinte substituiu a denominação “DOS SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES” por “DOS MILITARES DOS ESTADOS DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”, alterando, desta forma, a Seç. III, do Cap. VII, do Tít. III da Constituição Federal, sendo os militares federais incluídos no art. 142.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20.

Di Pietro⁵⁰ distingue quatro categorias de agentes públicos: os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o poder público. A autora afirma que “[...] A partir dessa Emenda, excluiu-se, em relação a eles, a denominação de servidores, o que significa ter de incluir, na classificação apresentada, mais uma categoria de agente público [...].”

Já para Justen Filho⁵¹, apesar da Emenda deixar de enquadrar os militares na categoria de servidor público, “a vontade constitucional orienta-se a impedir a extensão automática aos militares do **regime jurídico próprio dos agentes não políticos civis**” (grifo nosso). Para o autor não haveria impedimento em utilizar a expressão servidor em relação aos militares, entretanto, evita essa terminologia para evitar confusões.

Por fim, na opinião de José Afonso da Silva, “[...] ontologicamente, porém, nada mudou porque os militares são, sim, servidores públicos como eram considerados na regra constitucional reformada”⁵². O autor sustenta que, a partir da mencionada Emenda, é possível separar as duas categorias: agentes públicos administrativos e agentes públicos militares.

Di Pietro, após sugerir a divisão em quatro categorias de agentes públicos, conforme descrito acima, conclui que “[...] conceitualmente, não há distinção entre os servidores civis e os militares, **a não ser pelo regime jurídico, parcialmente diverso** (grifo nosso)”⁵³.

Percebe-se, portanto, que o objetivo do constituinte, ao alterar o dispositivo constitucional, não se restringiu a uma mera mudança de nomenclatura. À categoria dos militares é reservado um regime jurídico próprio, tendo na própria Constituição dispositivos que evidenciam a diferença entre os militares e os demais servidores públicos.

Esse tratamento distinto, originado ainda na Constituição Federal, irradiado nos demais sistemas jurídicos aplicados aos militares, deve-se exclusivamente à função exercida por esses agentes. Segundo Justen Filho, “[...] militares são os agentes estatais investidos de modo específico e especializado na competência para exercício

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo. Atlas. 2014, p. 596.

⁵¹ JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, p. 895.

⁵² SILVA, *Op. cit.*, p. 714.

⁵³ DI PIETRO, *Op. cit.* p. 596.

da violência monopolizada pelo Estado”, destacando, em seguida, que é “[...] precisamente por isso o regime a eles aplicável é diferenciado”⁵⁴.

Há também, como já foi visto, um regime jurídico penal próprio aos militares, além da persecução penal, nos casos dos crimes militares, ter uma justiça especializada, configurando um caráter especial do processo penal militar.

Aos militares também, por força de dispositivo constitucional, é vedado a filiação a partidos político, enquanto em serviço ativo (art. 142, § 3º, V), bem como proibidas a sindicalização e a greve (art. 142, § 3º, IV). Também não cabe *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares (art. 142, § 2º).

Tais distinções, não sendo objeto específico do presente trabalho, servem para ilustrar os aspectos diferenciais marcantes entre o regime jurídico dos agentes militares e o regime geral dos demais servidores públicos. Seria possível citar ainda outras, referindo-se às regras próprias relacionadas à investidura, exercício das funções, promoções, extinção do vínculo jurídico, além do regime disciplinar.

No entanto, de modo a limitar a abordagem a que se propõem o presente trabalho, evidenciada diferença do regime jurídico a que são submetidos os militares, destaca-se o que dispõe o art. 5º, LXI, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar** ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifo nosso).

Esse dispositivo constitucional deixa claro que a restrição à liberdade da pessoa humana, medida extrema, autorizada somente nos casos previstos pela Constituição Federal, é aplicável aos militares em caso de cometimento de transgressão disciplinar, o que revela uma notável diferença em relação ao regime jurídico dos demais agentes públicos.

O dispositivo constitucional mencionado, em virtude do objeto do presente trabalho, merece uma análise mais aprofundada, o que será feito no próximo capítulo.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, p. 895.

3. A PENALIDADE RESTRITIVA DE LIBERDADE NAS TRANSGRESSÕES MILITARES E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

O fundamento para previsão e aplicação, por parte da Administração Militar, no exercício do poder disciplinar⁵⁵, de sanções de natureza restritiva de liberdade é encontrado na Constituição Federal.

Assim como na esfera penal, na esfera administrativa, o Estado tem legitimidade para exercer o *ius puniendi*, restringindo a autonomia privada. Segundo a lição de Rogério Greco, o *ius puniendi* pode se subdividir em **positivo** e negativo, sendo o primeiro “[...]o poder que tem o Estado não somente para criar os tipos penais, como também para executar suas decisões condenatórias[...]”⁵⁶. Aqui o autor faz uma ressalva referindo-se ao Legislativo como criador das figuras típicas.

Portanto, na esfera penal, o exercício do poder punitivo do Estado fundamenta-se, exclusivamente, pela lei. Lei, nesse caso, compreendida quando elaborada respeitando-se o processo legislativo. Apenas dessa forma é possível que o Poder Público atinja e limite a esfera individual de direitos dos cidadãos, podendo, inclusive, restringir a liberdade dos mesmos.

A liberdade⁵⁷ foi consagrada pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental do cidadão, digno de proteção máxima contra qualquer coação considerada “anormal, ilegítima e imoral”⁵⁸.

Por conta disso, a Carta Maior, em diversos dispositivos constitucionais, busca proteger a liberdade do indivíduo em todas as formas em que se expressa. Somente a título exemplificativo, o art. 5º, inc. IX, considera que “é livre a expressão da atividade

⁵⁵ Aqui é necessário diferenciar o exercício do poder disciplinar do exercício do poder de polícia, ambos legitimados à Administração Pública. O primeiro, no entanto, segundo DI PIETRO, *op. cit.*, p. 95, “é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativas.” Ainda para a autora, p. DI PIETRO, p. 124, o poder de polícia se configura na “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.”

⁵⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 8.

⁵⁷ Apesar das várias formas de liberdade protegidas pela atual Constituição Federal, tais como liberdade de pensamento, religiosa e de ação profissional, este trabalho limitar-se-á a analisar a liberdade sob aspecto da liberdade de locomoção.

⁵⁸ As expressões são utilizadas por José Afonso da Silva para afirmar que liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. SILVA, *Op. cit.*, p. 234.

intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Toda produção individual e a expressão de qualquer ideia humana é, reconhecidamente, livre para ser disseminada no meio social. Qualquer censura ou necessidade de licença prévia vai de encontro à norma constitucional, dispondo o cidadão de remédios constitucionais aptos a garantir o livre exercício do pensamento.

Ao conceituar liberdade, José Afonso da Silva traz o problema da autoridade ou da resistência à autoridade. Esclarece o autor:

Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.⁵⁹

Apesar do autor negar o conceito de liberdade baseado na autoridade, verifica-se, na própria argumentação, que o exercício da autoridade é condicionado ao atendimento a determinados requisitos, sejam formais ou morais, para que seja considerado legítimo.

Assim, por exemplo, se um pai exerce autoridade sobre o filho, tendo este que suportar sessões de espancamento, alegando aquele que está exercendo sua autoridade de pai, não há dúvida da ilegitimidade da conduta paterna, devendo o filho receber qualquer tipo de proteção contra aquela ação.

Na esfera penal, o Estado tem a prerrogativa de exercer o *ius puniendi* sobre os cidadãos em geral. O mesmo ocorre na esfera administrativa, quando todos os cidadãos estão sujeitos aos limites impostos pela Administração Pública e, em caso de descumprimento, podem sofrer alguma sanção administrativa.

Sem ingressar de forma mais aprofundada na questão, observa-se que a limitação da liberdade, seja na esfera penal ou administrativa, deve obedecer às disposições previstas no ordenamento jurídico pátrio. Segundo as lições de Norberto

⁵⁹ *Idem.*

Bobbio:

[...]as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de ordenamento⁶⁰.

Nessa concepção piramidal do ordenamento jurídico, em respeito aos direitos fundamentais, a norma constitucional brasileira é considerada a “norma suprema” do ordenamento brasileiro. Nela se fundamenta as demais espécies normativas, que são hierarquicamente inferiores.

Conclui-se, portanto, que qualquer exercício de autoridade, por parte do Poder Público, deve respeitar os requisitos impostos pelo ordenamento jurídico, sobretudo o que está previsto na Constituição Federal, pois, sem isso, o Estado estaria agindo como um pai que espanca o filho.

Voltando à ideia de liberdade, entende-se esta, recorrendo à definição proposta por Dirley da Cunha Júnior, como a “prerrogativa que investe o ser humano de um poder de determinação ou de determina-se conforme a sua própria consciência”⁶¹. O autor ainda compreende a liberdade nas seguintes formas: liberdade de ação; de locomoção; de opinião ou de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; de informação; de consciência e crença; de reunião; de associação; e de opção profissional.

Para este trabalho interessa somente a forma de liberdade expressa na forma de liberdade de locomoção. É a liberdade de ir e vir, que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, VX, trata de definir da seguinte forma: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.”

José Afonso da Silva⁶² considera que a liberdade de locomoção, prevista na

⁶⁰ BOBBIO apud GRECO, *Op. cit.*, p. 8.

⁶¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodium, 2015.p. 555.

⁶² SILVA, *Op. cit.*, p. 239.

Constituição Federal, manifesta a liberdade da pessoa física. Esclarece que as formas de oposição à liberdade da pessoa física, ainda restantes, são “a **detenção**, a **prisão** ou qualquer impedimento à locomoção da pessoa” (grifos nosso).

Nesse sentido, o ordenamento constitucional, ao limitar as hipóteses de restrição à liberdade, em tempo de paz⁶³, criou imperativos constitucionais que devem ser seguidos pelo Estado ou pelos particulares, estes no exercício regular do direito de prender qualquer um que se encontre em flagrante delito, quando atuam na hipótese de restringir a liberdade de qualquer indivíduo.

Portanto, a Constituição Federal brasileira de 1988, reconhecida pela natureza democrática e garantista, assegura a liberdade de locomoção por todo o território nacional. Ainda no artigo 5º, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais e capítulo que prevê os **direitos e deveres individuais**⁶⁴ e coletivos, o ordenamento constitucional limita as possibilidades de restrição à liberdade a apenas quatro hipóteses, sendo, desta forma, a liberdade a regra e sua restrição exceção.

E quais são as quatro hipóteses em que é legitimado ao Estado restringir a liberdade do indivíduo? Estão previstas no artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, que prescreve: “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.

A primeira hipótese é o estado de flagrância delituosa, sendo esse estado definido nas hipóteses do art. 302, Decreto-Lei n.º 3,689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal⁶⁵.

⁶³ Outras possibilidades de restrição à liberdade surgem em casos de declaração de guerra, ou em decretação de Estado de Defesa ou Estado de Sítio, previstas nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, respectivamente.

⁶⁴ Há uma vedação constitucional expressa quanto à elaboração de leis delegadas, em relação aos direitos individuais:

Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

[...]

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
(grifo nosso)

⁶⁵ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

Outra hipótese é a decretação de prisão pela autoridade judiciária competente, devendo a ordem está fundamentada, admitindo-se as possibilidades de prisões provisórias ou sentença condenatória após julgamento de ação penal.

Portanto, os indivíduos, em regra, somente poderão ter a liberdade restringida nessas duas únicas hipóteses, sendo qualquer outra ação, que limite a liberdade física da pessoa, considerada inconstitucional. Além disso, o ordenamento jurídico estabelece outros requisitos legais, materiais e processuais, para imposição da privação de liberdade.

As duas outras hipóteses de restrição à liberdade são limitadas à uma categoria específica de agentes públicos: os militares. Nesse sentido, a prisão originada do cometimento de uma transgressão disciplinar ou da prática do crime propriamente militar, dispensa a ordem judicial fundamentada. Nesses casos, a autoridade militar, agindo com base nos princípios da hierarquia e disciplina, pode decretar a prisão do infrator.

Vê-se, portanto, que a previsão das penalidades privativas de liberdade nos diversos regulamentos militares, seja nas Forças Armadas ou nas Polícias e Bombeiros militares, tem base constitucional.

Resta saber agora quais requisitos constitucionais devem ser superados para que a imposição da penalidade restritiva de liberdade aos militares, no caso de transgressão disciplinar, não seja considerada o exercício de uma autoridade deformada, um mero autoritarismo. Em outras palavras, o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF, deve ser interpretado de maneira expansiva em relação às transgressões militares ou a expressão “definidos em lei”, do art. 5º, LXI deve ser interpretada de maneira restritiva em relação às transgressões de mesma natureza?

Em virtude da importância da discussão para o presente trabalho, reservar-se-á o próximo tópico para analisar, exclusivamente, a questão, tendo como referência alguns posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários.

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

3.1 ANÁLISE DO ARTIGO 5º, INCISO LXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Inicialmente, convém transcrever, mais uma vez, o que dispõe o artigo 5º, LXL, CF: “**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**” (grifos nosso).

A priori, como já foi mencionado, destaca-se umas das hipóteses constitucionais de possibilidade de restrição da liberdade. O militar que infringe o regulamento disciplinar ao qual está submetido, cometendo transgressão disciplinar, poderá ser sancionado com penalidade que restrinja sua liberdade.

A divergência surge quanto à possibilidade das transgressões militares serem definidas em outras espécies normativas diferentes de lei, como é o caso do Regulamento Disciplinar do Exército, que foi instituído pelo Decreto presidencial 4.346/2002. No Anexo I dessa espécie normativa estão definidas as transgressões disciplinares a que estão sujeitos os militares pertencentes ao Exército.

Ressalta-se que o Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia foi fixado pela 7.990/2001, nela estando dispostas as transgressões disciplinares que podem ser cometidas pelos militares do Estado.

Portanto, a discussão sobre reserva de lei para definição das transgressões militares não é estendida, diretamente, ao atual regulamento da Polícia Militar da Bahia⁶⁶. Entretanto, a discussão é de extrema relevância para o objetivo do presente trabalho, por conta da possibilidade de aplicação do princípio da legalidade no âmbito administrativo disciplinar militar.

A controvérsia foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por iniciativa da Procuradoria Geral da União, que propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto 4.346/2002, Regulamento Disciplinar do Exército. O Pleno do STF iniciou o

⁶⁶ Os Estados de Pernambuco, Minas Gerais e São Paulo também, adequando-se ao que determina a atual Constituição Federal, instituíram o Regulamento Disciplinar das suas milícias na forma de lei: Lei 11.817/2000, Lei 14810/2002 e Lei Complementar 893/2001, respectivamente.

juízo da ADIn 3.340-9⁶⁷, em 03/11/2005, entretanto, a maioria dos ministros não conheceu da ação, por ter considerado o pedido genérico, já que visava a declaração de inconstitucionalidade de todo o Decreto, não especificando os artigos a serem examinados pelo Pleno.

A proposta de não conhecimento da ação foi levanta pelo Ministro Gilmar Mendes que asseverou: “comungo com a ideia já esposada aqui de que estamos diante de um **modelo de reserva legal estrita**, mas não me sinto habilitado, a partir da formulação, contida na ADI, a indicar esses dispositivos (grifo nosso).

Antes da decisão pelo não conhecimento da ação, alguns Ministros manifestaram o posicionamento a respeito da divergência, sendo alguns favoráveis a reconhecer a constitucionalidade do mencionado dispositivo.

Entre eles destaca-se o voto do relator, o Ministro Marco Aurélio, que recorre à interpretação sistemática da Lei Fundamental em vigor e prossegue afirmando que:

[...] a prisão decorrente da transgressão militar não enseja o ataque na via do *habeas corpus*, o que não acontece não acontece na prática de crime militar [...]. Vale dizer que o cerceio à liberdade de ir e vir, em virtude de punição disciplinar, pode ser questionada no judiciário [...], afastada, porém, a ação constitucional de enervadura maior que é o *habeas corpus*.

E segue, indicando outros argumentos, que merecem ser transcritos na totalidade, a fim de uma análise mais detalhada:

⁶⁷ Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto no 4.346/2002 e seu Anexo I, que estabelecem o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro e versam sobre as transgressões disciplinares. 2. Alegada violação ao art. 5º, LXI, da Constituição Federal. 3. Voto vencido (Rel. Min. Marco Aurélio): a expressão ("definidos em lei") contida no art. 5º, LXI, refere-se propriamente a crimes militares. 4. A Lei no 6.880/1980 que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, no seu art. 47, delegou ao Chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar transgressões militares. Lei recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Improcedência da presente ação. 5. Voto vencedor (divergência iniciada pelo Min. Gilmar Mendes): cabe ao requerente demonstrar, no mérito, cada um dos casos de violação. Incabível a análise tão-somente do vício formal alegado a partir da formulação vaga contida na ADI. 6. Ausência de exatidão na formulação da ADI quanto às disposições e normas violadoras deste regime de reserva legal estrita. 7. Dada a ausência de indicação pelo decreto e, sobretudo, pelo Anexo, penalidade específica para as transgressões (a serem graduadas, no caso concreto) não é possível cotejar eventuais vícios de constitucionalidade com relação a cada uma de suas disposições. Ainda que as infrações estivessem enunciadas na lei, estas deveriam ser devidamente atacadas na inicial. 8. Não conhecimento da ADI na forma do artigo 3º da Lei no 9.868/1999. 9. Ação Direta de Inconstitucionalidade não-conhecida.

(STF - ADI: 3340 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/11/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 09-03-2007 PP-00025 EMENT VOL-02267-01 PP-00089). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762635/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3340-df>. Acesso em: 19/06/2017.

A celeuma surge ao se estabelecer o alcance da expressão “definidos em lei”, contida no término do inciso LXI do artigo 5º, sob o aspecto linguístico. Realmente, preceitua a Constituição Federal que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. O enfoque vernacular cede, em si, à razão de ser do dispositivo, em que se excluiu da regra limitativa da prisão, restrita ao flagrante delito ou à ordem escrita da autoridade judiciária competente, a perda da liberdade em razão da transgressão disciplinar ou crime propriamente militar. Têm-se instrumentais diversos, conforme envolva a situação concreta: processo administrativo ou processo penal. **O emprego da expressão “definidos em lei” há de merecer empréstimo que não fuja a essa distinção.** É sabida a existência de rol de delitos militares, como também de balizas reveladoras de transgressões simplesmente administrativo-militares. Tratando-se de prisões de origens diversas, descabe a óptica idêntica quanto à necessidade de se ter a previsão neste ou naquele documento. A parte final do inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal **deve ser tomada em consonância com o princípio basilar segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.** Restringe-se a previsão de se contar com lei em sentido formal e material aos desvios de condutas capazes de ser considerados como crime propriamente militar, não possuindo extensão suficiente à necessidade de o regulamento disciplinar, presente a conduta de integrante das Forças Armadas, estar obrigatoriamente em lei. O preceito em questão, ao referir-se a “definidos em lei”, **cláusula final, restringe-se a “casos de crimes propriamente militar.” Não há de se potencializar a vírgula que antecede a expressão “definidos em lei” a ponto de se assentar que ambas as figuras – o crime militar e a transgressão disciplinar – estão vinculadas ao princípio da legalidade estrita.** [...] A transgressão militar circunscreve-se ao campo administrativo das Forças Armadas, **decorrendo da hierarquia e disciplina** que qualificam esse segmento da Administração Pública. Vale dizer que a versatilidade e a dinâmica da vida militar direcionam a ter-se o **trato da matéria via regulamento, via ato circunscrito ao comando cabível e previsto constitucionalmente – inciso XIII do artigo 84 da Constituição Federal. Ao Chefe do Poder Executivo cumpre a fixação das balizas definidoras do comportamento do cidadão ou cidadã enquanto integrantes das Forças Armadas,** enquadrando certos atos como transgressões disciplinares e impondo punição ante o desvio de conduta no dia-a-dia da atividade específica, peculiar, que é a militar. A garantia constitucional está na necessidade de previsão e esta não exige disciplina rígida como é a estritamente legal, podendo decorrer de texto de regulamento. (Grifos nosso).

O voto do relator resume a base argumentativa daqueles que se posicionam a favor da constitucionalidade do Decreto 4.346/2002. Posicionamentos semelhantes podem ser encontrados em outras decisões judiciais⁶⁸, entretanto, há votos

⁶⁸ HABEAS CORPUS. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 4.346/02. EXAME DA LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. - Consoante precedente desta Corte, "O Decreto 4.346/2002 limita-se a especificar as sanções previstas para as transgressões disciplinares estabelecidas pela Lei 6.880/80, não havendo falar, portanto, em inconstitucionalidade quanto a tal regramento" (HC nº 2009.04.00.000054-4, Sétima Turma, Relator Tadaaqui Hirose, D.E. 20/01/2010). - Cumpre ao Poder Judiciário apenas analisar a legalidade do ato administrativo que impôs a sanção disciplinar, não podendo discutir o respectivo mérito.

divergentes que demonstram a necessidade de reserva legal para definição das transgressões militares. Entre estes, destaca-se o voto do Ministro Carlos Britto, conciso, porém contundente, também exarado na Adin 3.340-9:

[...] pelo que entendi do voto do Ministro- Relator, quando se tratar de crime propriamente militar, este será definido em lei, porém quando se tratar de simples transgressão, digamos assim, que tem caráter administrativo, é matéria reservada para o regulamento.

[...]

Entendo, com um pouco mais de rigor, vamos chamar mesmo formal, o

(TRF-4 , Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 17/03/2010, OITAVA TURMA). Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17218190/habeas-corpus-hc-38798-pr-20090400038798-0-trf4>. Acesso em: 19/06/2017.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO DISCIPLINAR DE MILITAR. ESTATUTO DOS MILITARES (LEI 6.880/80). RECEPÇÃO PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO (DECRETO 4.346/2002) CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. VERBAS SUCUMBENCIAIS. DESCONTO EM FOLHA. IMPOSSIBILIDADE. - A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXI, ressalva a possibilidade de haver prisão em casos de transgressões e crimes militares que estejam definidos em lei, mesmo que não seja em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. - O artigo 47 da Lei 6.880/80 não conflita com o regramento constitucional que foi estabelecido no mencionado artigo 5º, inciso LXI, já que a lei estabeleceu as contravenções e transgressões disciplinares, delegando a sua especificação para regulamento das Forças Armadas, circunstância que evidencia a sua recepção pela Constituição Federal. - O Decreto nº 4.346/2002 não inovou a ordem jurídica, mas tão somente pormenorizou a situação antes generalizada pela Lei nº 6.880/80, sem colidir formal ou materialmente com a lei que regulou, na medida em que se limita a classificar e especificar as possíveis transgressões militares, inexistindo, pois, qualquer vício de inconstitucionalidade. - A hierarquia e a disciplina são os pilares que sustentam as Forças Armadas (art. 142, da Constituição Federal, c.c. art. art. 14 da Lei n.º 6.880/80) cujos integrantes se submetem a regime próprio, distinto dos demais servidores do Estado (art. 3º da Lei n.º 6.880/80). - A transgressão disciplinar, que atenta contra as bases da estrutura militar, enseja providências administrativas, de modo a preservar o regular funcionamento da instituição, sempre respeitando a normatização pertinente. - Hipótese em que a punição foi cominada conforme previsão do Decreto nº 4.346/02, tendo atendido aos pressupostos da legalidade, quais sejam, hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente e, ainda, que se situou dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo como acolher-se a alegação de nulidade formulada pelo Autor, ora Recorrente. - Incabível a autorização para efetivação de desconto em folha de pagamento dos valores referentes aos honorários advocatícios, na medida em que tal determinação, salvo nos casos previstos em lei, não pode se efetivar sem a observância prévia do contraditório, bem como de anterior autorização do servidor, ante a natureza alimentar de que se revestem os soldos e a impenhorabilidade expressa disposta no artigo 649, inciso IV do Código de Processo Civil. - Recurso de apelação parcialmente provido, tão somente para afastar a autorização de desconto em folha da verba honorária.

(TRF-2, Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, Data de Julgamento: 19/06/2012, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA). Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22213565/apelacao-civel-ac-201051010002112-rj-20105101000211-2-trf2>. Acesso em: 19/06/2017.

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DECRETO 4.346/02. CONSTITUCIONALIDADE. I - Não é inconstitucional o Decreto 4.346/02 que embasou punição disciplinar aplicada a militar. Precedentes do STF e do STJ. II - Recurso provido.

(TRF-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 12/04/2005, TERCEIRA TURMA). Disponível em: https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2244950/recurso-em-habeas-corpus-ex-officio-reohc-1279-ap-20043100001279-2?ref=topic_feed. Acesso em: 19/06/2017.

Comando que a Constituição inicia n art. 5º, inc. II, **de valorização máxima do Poder Legislativo [...]. Entendo que não é a lei mandando fazer, é a lei fazendo, não é a lei determinando que faça, é a lei, ela própria, tomando as providências, porque a expressão “senão em virtude lei” significa, para mim, senão pela boa qualidade da lei.** É por isso que a matéria foi incluída no rol dos direitos fundamentais. É virtude mesmo, não razão.

[...]

[...] **se não for para prestigiar a lei formal do Poder Legislativo, não faz sentido incluir esse tema no rol das garantias fundamentais.** Só é garantia fundamental porque a matéria está reservada à lei. Quando fica reservada a regulamento, a decreto, deixa de ser uma garantia fundamental pela razão simples de que já se sabe, por antecipação, quando, como e onde, o parlamento delibera; o que não sucede com atos administrativos, os atos do Poder Executivo. (Grifos nosso).

Fora do âmbito do Supremo, outro voto divergente, que merece destaque, é o proferido pelo Desembargador Paulo Afonso Brum Vaz no julgamento do HC nº 2009.04.00.000054-4, já citado em nota 67:

A Constituição Republicana vigente, entretanto, é expressa ao estatuir que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem expressa e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (artigo 5º, LXI). A utilização do plural em definidos deixa claro, a toda evidência, o propósito do legislador constituinte em estabelecer a necessidade de lei delimitando as hipóteses não apenas de crime, mas também de transgressão militar.

Outrossim, insta salientar que, conforme vaticina José Afonso da Silva, “é absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: a lei regulará, a lei disporá, a lei complementar organizará, a lei criará, a lei definirá, etc.” (*in Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997). **Não há como prosperar, portanto, no caso dos autos, o argumento que entende a expressão “definidos em lei” como forma genérica, de maneira a abranger outros instrumentos legiferantes.** (Grifo nosso).

Em regra, os que ponderam pela constitucionalidade do Decreto 4.346/2002 e pela prescindibilidade da lei formal, na definição das transgressões militares, recorrem aos princípios da hierarquia e disciplina.

Em que pese os mencionados princípios serem a causa do regime jurídico diferenciado aos quais estão submetidos os militares, inclusive no ordenamento constitucional, conforme abordado no capítulo anterior, nesse ponto, a norma constitucional os afastou, emprestando uma maior relevância à garantia fundamental da liberdade.

Afinal, que motivo levou o constituinte a prever a possibilidade de restrição à liberdade, nas transgressões cometidas por militares, no mesmo inciso em que prevê as demais hipóteses de exceção à liberdade, ainda mais por estar localizada no artigo que trata do rol dos direitos e garantias fundamentais individuais?

O exercício da liberdade é regra no ordenamento jurídico brasileiro, garantido, sobretudo, pela ordem constitucional, que é bem clara no sentido de reserva de lei para os casos de definição de transgressão militar, como bem observou o Ministro Carlos Britto.

Qualquer argumento que visa relativizar a regra constitucional, protetora de um bem fundamental, em nome dos princípios da hierarquia e disciplina, expõe um posicionamento contrário ao que preza a atual Constituição Federal.

Esse dispositivo inaugurou uma nova ordem no país: o Estado Democrático de Direito. Inseriu e irradiou nas demais esferas jurídicas um movimento garantista, quando objetiva proteger todos os indivíduos, sem exceção, sejam nacionais ou estrangeiros, das arbitrariedades ou ilegalidades que possam vir a ser cometidas pelo Estado.

Portanto, quando a Constituição, de forma clara, reservou à lei a tarefa de definir as transgressões militares que podem ter, como consequência, a sanção restritiva de liberdade, o fez no sentido de sobrepôr a liberdade à autoridade.

É o processo legislativo que permite uma discussão mais aprofundada, quando diversos pontos de vista, daqueles que foram escolhidos para representar o povo, são considerados e debatidos. Além disso, garante a participação dos interessados, que podem se manifestar livremente durante o processo, desde que pacificamente, o que resulta, em regra, numa espécie normativa virtuosa.

Os decretos, ao contrário, ou outras espécies normativas de competência do Executivo, são confeccionados pela própria autoridade, assessorada por chefes de gabinete de sua própria escolha, cuja permanência na função depende, exclusivamente, daquela. Nesse caso, o que impediria o Chefe do Executivo de definir transgressões, proibindo determinadas condutas, que pudessem lhe trazer algum tipo de benefício? Afinal, a categoria de militares, contando apenas os integrantes das

milícias estaduais, era de, aproximadamente, quatrocentos mil homens no ano de 2015.⁶⁹

Não se quer aqui prosperar numa discussão sobre Ciência Política ou Teoria do Estado, entretanto, é imprescindível evidenciar que a possibilidade de restringir comportamentos, impondo proibições através de atos normativos expedidos por decretos, é um perigoso instrumento a favor de governos que se pretendem totalitários. Basta lembrar do período de exceção vivido pelo país, quando os Presidentes da República impunham medidas restritivas de direitos através de Atos Institucionais, que eram expedidos por decretos. Naquela época, foi em nome da segurança nacional, atualmente, e por enquanto, é em nome da hierarquia e disciplina.

Feitas essas considerações, é imperioso enfrentar alguns dos posicionamentos favoráveis à constitucionalidade do Decreto 4.346/2002 e, conseqüentemente, à desnecessidade de lei para definição de transgressões disciplinares para, em seguida, responder ao questionamento realizado no tópico anterior: o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF, deve ser interpretado de maneira expansiva em relação às transgressões militares ou a expressão “definidos em lei”, do art. 5º, LXI deve ser interpretada de maneira restritiva em relação às transgressões de mesma natureza?

Posto aqui de maneira resumida, um desses argumentos diz que a expressão “definidos em lei” sugere lei em sentido genérico, ou seja, qualquer espécie normativa. Nesse sentido, não sendo a normatividade competência exclusiva do Poder Legislativo, o Poder Executivo está apto, neste caso, a elaborar normas que definam as transgressões militares.

Ora, se o argumento é válido para as transgressões militares, porque não seria também para os crimes propriamente militares? O uso da expressão “definidos em lei”, assim no plural, revela a intenção de englobar as duas espécies e não se trata de “potencialização da vírgula”, mas de concordância verbal.

O constituinte poderia ter se expressado da seguinte forma, caso quisesse referir-se apenas aos crimes militares: salvo nos casos de transgressão militar ou **crimes propriamente militares**, definidos em lei. Assim o verbo estaria em

⁶⁹ O dado foi retirado do site da globo.com, disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/mesmo-com-alta-de-efetivo-no-pais-sobe-n-de-habitantes-para-cada-pm.html>; acesso em: 19/06/2017.

concordância com a espécie que objetivava reservar à lei. Ao mencionar as duas espécies no singular e colocar o verbo no plural, englobou as duas. Desta forma, tanto a transgressão disciplinar quanto os crimes propriamente militares poderiam ser definidos em qualquer espécie normativa.

No entanto, ainda seguindo a linha argumentativa acima aventada, essa possibilidade é afastada pelo princípio da legalidade, disposto no art. 5º, XXXIX, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina.” Então, numa interpretação coerente, podemos concluir que lei, também nesse caso, é qualquer espécie normativa. Caso contrário, teríamos uma hipótese de incongruência constitucional ou de norma constitucional inconstitucional, visto que em determinado momento a Constituição reserva à lei formal a possibilidade de definir crimes (XXXIX), noutro permite que seja definida por qualquer espécie normativa (LXI).

Num outro sentido, o que levou o constituinte a, em dois momentos distintos, reservar a lei a definição dos crimes propriamente militares? De fato, o princípio da legalidade já seria estendido aos crimes propriamente militares com a inserção, no artigo 5º, do inciso XXXIX. No entanto, logo em seguida, inciso LXI, os crimes propriamente militares são mencionados de forma específica, seguidos da expressão “definido em lei.”

Diante disso, duas hipóteses podem ser seguidas: ou tem razão aqueles que interpretam, na expressão “definidos em lei”, lei como qualquer espécie normativa e o objetivo do constituinte, nesse caso, foi permitir que os crimes propriamente militares fossem definidos por decreto; ou outros motivos levaram o constituinte a destacar do “gênero” crime, previsto no inciso XXXIX, o crime propriamente militar, para que não restasse qualquer incerteza a respeito da imprescindibilidade da reserva de lei para defini-los.

Diante do sistema jurídico surgido após o advento da Constituição Federal de 1988, seria mesmo absurdo permitir que a proibição de qualquer conduta, com a possibilidade de imposição de pena restritiva de liberdade, fosse imposta através de algo diferente da lei formal. Parece mais razoável a ideia de que outras razões levaram o constituinte a registrar, em diferentes momentos, a necessidade de reserva de lei para as hipóteses de restrição à liberdade provenientes de crime propriamente militar.

Nos organismos militares, por vezes, os princípios da hierarquia e disciplina são utilizados não como bases da estrutura militar, mas como meros instrumentos que

justificam ações diversas⁷⁰. Ações estas muitas vezes afastadas da expressão da dignidade da pessoa humana, que se manifesta no respeito aos direitos e às garantias fundamentais asseguradas pela Carta Maior. É possível asseverar que determinadas ações não se restringem ao período pós Constituição de 1988, mas que também existiam antes, tal como a aplicação de punição disciplinar, inclusive restritiva de liberdade e de exclusão, sem o respeito ao devido processo legal, tudo isso “a bem da disciplina.”

Dado que o argumento da hierarquia e disciplina serve à autoridade, esta, quando em conflito com a liberdade, ganha menor importância. Tudo indica que o constituinte, diante do contexto no qual os militares estavam inseridos, ainda mais pelo recente período de exceção por qual o país havia passado, quando os militares gozavam de prerrogativas praticamente absolutas, reservou à lei qualquer possibilidade de restrição à liberdade.

E exatamente pela influência e importância que sempre tiveram, e ainda têm, os princípios da hierarquia e disciplina no seio militar, que poderiam legitimar atos normativos restritivos de liberdade expedidos através de decretos de autoridades administrativas, para que não restasse qualquer dúvida, a Constituição especificou, em inciso próprio, a necessidade de reserva de lei para definição de crimes militares.

Em sentido análogo, somente com o intuito de exaurir a argumentação, destaca-se, na seara administrativa, o princípio da supremacia do interesse público. Assim como os princípios da hierarquia e disciplina são para o Direito Militar, o princípio da supremacia do interesse público é a base do regime jurídico administrativo. Segundo Di Pietro, “esse princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como

⁷⁰ APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE POLICIAL MILITAR “EX OFFÍCIO”. ATO FORMAL NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE SINDICÂNCIA PRELIMINAR E DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FALTA DE AMPARO LEGAL PARA A PUNIÇÃO APLICADA. ILEGALIDADE DO ATO EVIDENCIADA. ANULAÇÃO. REINCLUSÃO À CORPORação. SALÁRIOS DEVIDOS, INCLUSIVE RETROATIVOS. RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. No caso concreto, não há prova nos autos de que tivesse havido a regular instauração do procedimento administrativo em decorrência das supostas faltas disciplinares atribuídas ao apelado, as quais teriam motivado a sua exoneração *ex officio*. Em realidade, o ato que excluiu o soldado das fileiras da Corporação Militar foi ilegal, pois além de não ter sido efetivado através do devido processo administrativo disciplinar, foi aplicada ao militar penalidade máxima sem que lhe fosse oportunizado o exercício dos direitos constitucionais do contraditório e o da ampla defesa, a ensejar a declaração da nulidade do ato perseguida pelo autor da ação, ora apelado. (TJ-BA, Relator: Augusto de Lima Bispo, Data de Julgamento: 06/08/2012, Primeira Câmara Cível). Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115380654/apelacao-reexame-necessario-reex-188165219998050001-ba-0018816-5219998050001>. Acesso em: 19/06/2017.

no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”⁷¹.

Poderia então, a Administração Pública, em nome da supremacia do interesse público, agir restringido os direitos individuais, mesmo daqueles que estão diretamente subordinados a ela, como os servidores públicos em geral? Não parece ser essa a melhor conclusão.

Em paralelo com a supremacia do interesse público, a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade. Valendo-se ainda da lição de Di Pietro, a autora aduz que:

Este princípio [...] nasceu com o Estado de Direito e constituiu uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais [...] a lei [...] estabelece também os **limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade**⁷². (Grifo nosso).

Portanto, nesse mesmo sentido, a lei atua limitando a ação da autoridade que, em nome dos princípios da hierarquia e disciplina, visa restringir o livre exercício dos direitos individuais reconhecidos e protegidos pela atual ordem constitucional.

No próprio ordenamento constitucional reservado exclusivamente aos militares há previsão de reserva de lei para determinadas situações, como se vê no art. 142, X, transcrito abaixo:

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.

[...]

X - **a lei disporá** sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra (grifos nossos).

Outro argumento, utilizado pelos que defendem a possibilidade de definição das

⁷¹ DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 65.

⁷² *Ibid.* p. 64.

transgressões militares, envolve a impossibilidade de impetração de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares, prevista no art. 142, § 2º, da CF. O remédio constitucional disponível a qualquer indivíduo que se encontre em iminência de perder a liberdade, ou já tendo-a perdida, é defesa aos militares quando sancionados com a pena restritiva de liberdade por prática de transgressão.

Não há dúvida de que aqui, nesse caso, o constituinte optou por conceder maior relevância ao exercício da autoridade administrativa. É certo que o regime jurídico a que estão submetidos os militares, em virtude da hierarquia e disciplina, exige um maior rigor disciplinar, inclusive com a proibição de determinadas condutas que afetam tão somente a vida castrense.

Por conta dessa especialidade do regime jurídico disciplinar militar, somada às peculiaridades das situações fáticas no seio castrense, com o desenvolvimento de atividades que, por vezes, colocam em risco a própria vida e a vida de terceiros, impõe-se uma necessidade de eficácia da aplicação da sanção disciplinar restritiva de liberdade, como forma de assegurar a manutenção da ordem militar.

A sanção restritiva de liberdade, porém, mesmo na esfera administrativa, só pode ser aplicada se forem observados os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico. Assim, há necessidade de um devido processo legal, com oportunidade para que o militar possa exercer a ampla defesa e o contraditório, garantias constitucionais.

Por conta disso, a jurisprudência⁷³ tem reconhecido possibilidade de impetrar

⁷³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de *habeas corpus*, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do *habeas corpus*. Recurso conhecido e provido.

(STF - RE: 338840 RS, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 19/08/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 12-09-2003 PP-00049 EMENT VOL-02123-03 PP-00647). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770610/recurso-extraordinario-re-338840-rs>. Acesso em: 19/06/2017.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR. CABIMENTO DO WRIT CONTRA PUNIÇÃO DISCIPLINAR. OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. MILITAR. PRISÃO DISCIPLINAR. REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO. 1 - Admissível a impetração de *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar quando esta apresentar manifesta ilegalidade, proporcionando prejuízo irreparável à parte (Precedentes do STJ). 2 - Evidenciada a flagrante ilegalidade da punição disciplinar imposta ao militar, cabível o *habeas corpus*, não sendo possível, nos termos do § 2º do artigo 142 da Constituição Federal, o exame do mérito da respectiva decisão. 3 - Cuidando-se de *habeas corpus* que ataca decisão que nega pedido de liminar em outro *habeas corpus*,

ação de *habeas corpus contra* as punições disciplinares militares, restringindo-se o judiciário, nesses casos, ao exame dos aspectos legais que ensejaram a prisão, sem adentrar às questões de mérito, que envolve o exercício da autoridade administrativa militar e fundamenta-se, exclusivamente, pelo juízo discricionário.

Verifica-se, desta forma, que o constituinte buscou preservar os princípios da hierarquia e disciplina, inclusive com a previsão de restrição de liberdade nos casos de transgressão militar: instrumento de extrema importância para o regular funcionamento dos organismos militares. Entretanto, não quis com isso deixar que a autoridade administrativa decidisse quais condutas seriam definidas como transgressão disciplinar, reservando essa tarefa ao Poder Legislativo.

Ou seja, na avaliação judiciária a respeito da legalidade da prisão, além das garantias processuais já mencionada, deve o juiz observar se conduta considerada transgressão disciplinar é prevista em lei.

Esse posicionamento, no entanto, não é unânime entre os tribunais, sendo possível encontrar decisões e opiniões bem diversas. Verifica-se que existe um elevado índice de demanda ao judiciário⁷⁴, que se dá em função da previsão de

a análise de mérito deve limitar-se às condições para o deferimento daquela, que, uma vez satisfeitos, deve ser concedida. 4 - Ordem de habeas corpus concedida. Agravo legal prejudicado. (TRF-4 - HC: 34051 RS 2004.04.01.034051-2, Relator: LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, Data de Julgamento: 22/09/2004, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/10/2004 PÁGINA: 727). Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1167950/habeas-corpus-hc-34051>. Acesso em: 19/06/2017.

⁷⁴ PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DECRETO 4.346/02. CONSTITUCIONALIDADE. I - Não é inconstitucional o Decreto 4.346/02 que embasou punição disciplinar aplicada a militar. Precedentes do STF e do STJ. II - Recurso provido. (TRF-1, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 12/04/2005, TERCEIRA TURMA). Disponível em: https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2244950/recurso-em-habeas-corpus-ex-officio-reohc-1279-ap-20043100001279-2?ref=topic_feed. Acesso em: 19/06/2017.

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. CF, ART. 142, § 2º. CABIMENTO DO *WRIT* PARA A ANÁLISE DA LEGALIDADE DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRISÃO E DETENÇÃO DISCIPLINARES. RESERVA LEGAL. CF, ART. 5º, XLI. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 47 DA LEI Nº 6.880/80. ILEGALIDADE DO ART. 24, IV E V, DO DECRETO Nº 4.346/02. As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei *stricto sensu* (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição de tais reprimendas. Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Consequentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo

transgressões militares no Decreto 4.346/2002.

Como já foi frisado, o STF não reconheceu a Ação Direta de Constitucionalidade contra o referido decreto. Em julgamento mais recente, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, o STF reconheceu a repercussão geral, como se observa na seguinte ementa:

EMENTA CONSTITUCIONAL. ESTATUTO DOS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS. CONTRAVENÇÕES E TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES. ACÓRDÃO QUE DECLAROU NÃO RECEPCIONADO O ARTIGO 47 DA LEI Nº 6.880/80 PELO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL VIGENTE À LUZ DO ART. 5º, INCISO LXI, DA CF. TEMA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL E QUE NÃO SE CONFUNDE COM A AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL FIXADA NO RE Nº 610.218/RS-RG (TEMA 270). REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.
(STF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 06/03/2014)

A questão, entretanto, ainda não foi julgada pelo Pleno, o que possibilita tecer algumas considerações sobre a questão, tomando por base alguns posicionamentos jurisprudenciais.

Quando uma nova Constituição ingressa no ordenamento jurídico, ensina Dirley da Cunha, “causará a revogação da Constituição passada, deixando o anterior, como

pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25). (TRF-4 - HC: 34984 RS 2009.04.00.034984-0, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 14/10/2009, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/10/2009). Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6925084/habeas-corporis-hc-34984-rs-20090400034984-0-trf4>. Acesso em: 19/06/2017.

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO. AFERIÇÃO DE LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 47 DA LEI Nº 6.880/80. ART. 24, IV E V, DO DECRETO Nº 4.346/02. PRECEDENTES. 1. A União carece de legitimidade para interpor recurso contra sentença concessiva de ordem de habeas corpus, porquanto, em matéria penal e processual penal, o interesse público é resguardado através da atuação do Ministério Público Federal. Precedentes. 2. Não padece de inconstitucionalidade ou ilegalidade a detenção disciplinar prevista no Regulamento Disciplinar do Exército, editado pelo Decreto nº 4.346/02, segundo a previsão do art. 47 da Lei nº 6.880/90 (Estatuto dos Militares). Precedentes. (TRF-4, Relator: GUILHERME BELTRAMI, Data de Julgamento: 27/01/2010, OITAVA TURMA). Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17143248/recurso-em-sentido-estrito-rse-8679-rs-20097100008679-0-trf4#!>. Acesso em: 19/06/2017.

PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR MILITAR. NÃO-RECEPÇÃO PELA MAGNA CARTA DO ART. 47 DA LEI 6.880/80. PRECEDENTES. Consoante recente jurisprudência desta Corte, o artigo 47 da Lei 6.880/80 não foi recepcionado pela Constituição Federal, mostrando-se com ela incompatível, pois quando delegou competência ao regulamento para estabelecer as transgressões disciplinares e respectivas penas privativas de liberdade (prisão e detenção: incidiu em manifesta contrariedade ao inciso LXI do artigo 5º da CF. (TRF-4 - RSE: 5966 RS 2004.71.02.005966-6, Relator: ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, Data de Julgamento: 27/09/2006, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/10/2006 PÁGINA: 1071). Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8827356/recurso-em-sentido-estrito-rse-5966-rs-20047102005966-6-trf4>. Acesso em: 19/06/2017.

é natural, órfão de seu fundamento constitucional originário.”⁷⁵

Diante disto, continua o autor, “o direito infraconstitucional existente à época e que dele extraía o seu fundamento de validade, pode se deparar diante de duas situações: ser recepcionado pela nova Constitucional, ou ser revogado por ela.”

Será recepcionada caso esteja em conformidade material com a nova Constituição. Assim, finaliza o autor:

[..]o princípio da recepção é o fenômeno pelo qual a Constituição recebe a ordem normativa constitucional anterior, surgida sob a égide das Constituições precedentes, se com elas tais normas forem substancialmente compatíveis, ainda que formalmente, não o sejam.

Dessa forma, se a Constituição nova exige tratamento de determinada matéria por forma distinta da que era tratada na Constituição anterior, a espécie normativa que vigorava será recebida pela nova ordem constitucional com o status exigido pela nova Constituição, caso com esta não entre conflito. Foi o que ocorreu com o Código Tributário Nacional, que vigorava, originariamente, como lei ordinária, sendo recepcionado pela nova Constituição como lei complementar, por força do art. 146, CF.

O Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80, em seu art. 47, prescreve que:

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

Assim, obedecendo ao que determinava esse artigo, o Presidente da República expediu o Decreto 90.608/84, instituindo o Regulamento Disciplinar do Exército. O Anexo 1 do Decreto define quais são as condutas consideradas transgressões disciplinares. Em 2002, com base no referido artigo, o Presidente da República expede, através do Decreto 4.346, novo regulamento disciplinar do Exército, revogando, expressamente o Decreto anterior.

⁷⁵ CUNHA JÚNIOR, *Op. cit.* p. 214.

Com o a entrada em vigor da nova ordem constitucional, a partir de 1988, surgem alguns questionamentos: O artigo 47 da Lei 6.880/80 foi recepcionado ou revogado? O Decreto 90.608/1984 foi recepcionado com status de lei ordinária ou tornou-se inconstitucional? É constitucional o Decreto 4.346/2002?

São raros os posicionamentos doutrinários relacionados especificamente a esse tema, sendo possível destacar as opiniões de Eliezer Pereira Martins⁷⁶, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa⁷⁷ e Jorge César de Assis⁷⁸. Este último, divergindo dos dois primeiros, defende a constitucionalidade do Decreto 4.346/2002, alegando, para tanto, a ingerência dos princípios da hierarquia e disciplina, conforme se depreende da seguinte passagem:

Dos princípios basilares da hierarquia e disciplina decorre um dever de obediência, calcado na obrigação que tem o subordinado de obedecer ao seu superior, salvo ordem manifestamente ilegal. Um dos instrumentos para salvaguardar as instituições militares e zelar pela regularidade de suas importantes funções constitucionais é, sem sombra de dúvida o regulamento disciplinar, o qual, se declarado inconstitucional deixará a Força Militar desarmada, sem ter como manter a disciplina e a hierarquia (princípios constitucionais). Aliás, os defensores da inconstitucionalidade do atual Regulamento Disciplinar do Exército não aludem sobre qual seria a maneira de se manter a disciplina e a hierarquia sem o indispensável regulamento disciplinar.

A jurisprudência, em controle difuso de constitucionalidade, também se divide em relação ao tema, havendo, inclusive, quem se orienta pela inconstitucionalidade do segundo Decreto e reconhece efeito repristinatório em relação ao primeiro, situação em que este voltaria a vigorar com status de lei ordinária⁷⁹.

⁷⁶ MARTINS, Eliezer Pereira. Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade, do Direito, Leme, 1996, p. 87.

⁷⁷ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Princípio da legalidade na transgressão disciplinar militar. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/37092/aplicacao-do-principio-da-legalidade-nas-transgressoes-de-natureza-disciplinar-no-ambito-das-instituicoes-militares>. Acesso em: 19/06/2017.

⁷⁸ ASSIS, Jorge César de. Os Regulamentos Disciplinares Militares e sua Conformidade com a Constituição Federal. Revista Jurídica Consulex nº 221, Brasília, 31.03.2006, p.15. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/rdmconformcf.pdf>. Acesso em: 19/06/2017.

⁷⁹ PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. CF, ART. 142, § 2º. CABIMENTO DO WRIT PARA A ANÁLISE DA LEGALIDADE DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRISÃO E DETENÇÃO DISCIPLINARES. RESERVA LEGAL. CF, ART. 5º, XLI. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 47 DA LEI Nº 6.880/80. ILEGALIDADE DO ART. 24, IV E V, DO DECRETO Nº 4.346/02. As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei stricto sensu (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na

Considerando as opiniões aventadas, é possível simplificar a divergência construída da seguinte forma: de um lado estão aqueles que consideram, na expressão “definidos em lei” no inciso LXI, art. 5º, como sendo lei em sentido genérico em relação às transgressões disciplinares; de outro lado, há os que consideram, na mesma expressão, como lei formal, resultante de um processo legislativo.

Pelos motivos expostos linhas atrás, este trabalho posiciona-se conforme o segundo entendimento, considerando que os princípios da hierarquia e disciplina não podem ser invocados, neste caso, para afastar o princípio da legalidade, quando se tem por objeto a garantia fundamental da liberdade da pessoa humana em relação ao exercício de autoridade administrativa.

No entanto, conforme salientado por Jorge César de Assis, desse posicionamento decorre um problema de ordem prática: se o decreto 4.346/2002 for considerado inconstitucional, o poder disciplinar do Exército restaria “desarmado”, visto que é com base no que está disposto nessa espécie normativa que as autoridades hierarquicamente superiores atuam, impondo penalidades quando algum tipo de transgressão disciplinar é constatada.

De fato, a ausência de uma base normativa capaz de legitimar o exercício da autoridade administrativa militar, provocaria um verdadeiro colapso no sistema disciplinar do Exército. Entretanto, é necessário vislumbrar outras soluções que não importem na manutenção e aplicação de um dispositivo que não supera os requisitos impostos pelo ordenamento jurídico constitucional para restrição à liberdade.

Não se discute aqui os aspectos materiais do mencionado dispositivo, podendo o mesmo se mostrar, por vezes, substancialmente, mais positivo do que o anterior. No entanto, a forma como foi instituído abre um precedente perigoso, por se tratar de

imposição de tais reprimendas. Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Consequentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25).

(TRF-4 - HC: 34984 RS 2009.04.00.034984-0, Relator: PAULO AFONSO BRUM VAZ, Data de Julgamento: 14/10/2009, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/10/2009). Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6925084/habeas-corporus-hc-34984-rs-20090400034984-0-trf4>. Acesso em: 19/06/2017.

instrumento que impõe restrições a determinadas condutas dos indivíduos, à liberdade de agir, a favor de uma única autoridade. Como qualquer outra restrição à liberdade, deve resultar de lei em sentido formal, proveniente de processo legislativo.

Por conta da nova Constituição, o Decreto anterior foi recepcionado com o status de lei ordinária⁸⁰, já que com aquela não conflitava. Além disso, houve revogação do artigo 47 da Lei 6.880/80, pois a partir de 1988, a definição das transgressões militares deve estar em lei e não somente previstas, como na forma do referido artigo. Não sendo possível, desta forma, especificá-las em espécie normativa hierarquicamente inferior, tal como fez o Decreto 4.346/2002.

Além disso, norma hierarquicamente superior não pode ser revogada por norma inferior. Se o Decreto 90.608/84 foi recepcionado com o status de lei ordinária, não poderia ser revogado por decreto. Entretanto, o Decreto 4.346/2002 assim o fez expressamente, conforme se depreende da leitura do artigo 74 desse dispositivo.

Alguns ainda defendem a possibilidade de decreto presidencial definir as transgressões disciplinares, com base no art. 84, inc. VI, a, que prevê uma das competências do Presidente da República:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, **mediante decreto**, sobre:

a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

[...]

XIII - **exercer o comando supremo** das Forças Armadas, nomear os

⁸⁰ ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CABO DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. TRANSGRESSÃO MILITAR. ANULUÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. DECRETO Nº 90.608/84. STATUS DE LEI ORDINÁRIA. I - O DIREITO DE PLEITEAR A ANULAÇÃO DAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES ENCONTRA-SE PRESCRITO, CONSIDERANDO-SE QUE ENTRE A DATA DA PUBLICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A PROPOSITURA DA AÇÃO JÁ TRANSCORREU O PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL REGULADO PELO DECRETO Nº. 20.910/32. II - AS TRANSGRESSÕES MILITARES FORAM PRATICADAS SOB A ÉGIDE DO DECRETO Nº 90.608/84, RECEPCIONADA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL COM LEI ORDINÁRIA, OBEDECENDO-SE, POR CONSEGUINTE, O DISPOSTO NO ART. 5º, LXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. III - NEGOU-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJ-DF - APL: 1342338620058070001 DF 0134233-86.2005.807.0001, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 11/02/2009, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 26/02/2009, DJ-e Pág. 111). Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5903644/apelacao-ci-vel-apl-1342338620058070001-df-0134233-8620058070001>. Acesso em: 19/06/2017.

Em debate travado durante julgamento da ADIn 3.340, já mencionada em nota de rodapé 66, alguns Ministros consideraram que o Decreto 90.608/84 foi recepcionado pela nova ordem constitucional com status de lei ordinária, fazendo analogia ao Código Tributário Nacional:

Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativo;
(Grifos nossos)

Nenhum dos dois dispositivos legitima ao Presidente a expedição de decretos para definir transgressões disciplinares militares. O inc. VI refere-se à estrutura e funcionamento, que significa a criação de unidades militares e funções hierarquizadas, além da finalidade e competências atribuídas a cada uma.

Já o XIII fala em Comando supremo, que nada mais é do que uma autoridade hierárquica funcional máxima, tendo competência para realizar mobilização, instalação e deslocamento de tropa, além de ter direito a todas honras militares, na condição de superior hierárquico. Tem ainda o dever de exercer o poder disciplinar sobre os militares das Forças Armadas, desde que observe os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Além disso, o artigo 25 do Ato das Disposições Transitórias corrobora o entendimento de que o artigo 47 da Lei 6.880/80 foi revogado, ao estabelecer que:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, **todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência** assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:
I - **ação normativa**;
(Grifos nossos)

Pelo que foi exposto até o momento, pondera-se pela inconstitucionalidade do Anexo 1 do Decreto 4.346/2002, onde estão definidas as transgressões militares, passíveis de aplicação de penalidade restritiva de liberdade, com a consequente inaplicabilidade no âmbito disciplinar do Exército.

Conforme já foi mencionado, surge o problema da fragilidade do poder disciplinar, visto que a autoridade superior não teria base normativa para atuar. Diante disso, duas soluções podem se apresentar como razoáveis.

A primeira considera os efeitos da imposição do novo ordenamento constitucional, momento em que o Decreto 90.608/84 foi recepcionado com o status de lei ordinária. Desta forma, como já foi dito, não poderia ser revogado por um

decreto. Assim, nunca deixou de existir na ordem jurídica e suas disposições ainda são válidas.

Importante salientar que não se trata aqui do fenômeno da respristinção, o qual é expressamente vedado pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto – Lei 4.657/42, art. 2º, § 3º. Trata-se de reconhecer a subsistência de uma espécie normativa que, por não contrariar materialmente o novo ordenamento constitucional, foi recepcionada por este com o status de lei ordinária. Assim sendo, sua revogação, por decreto, é, originariamente, inválida.

Portanto, uma das soluções que se apresenta é considerar transgressões militares aquelas definidas no Anexo 1 do Decreto 90.608/84. Nesse sentido, haveria necessidade de modulação dos efeitos em relação aos processos judiciais e administrativos que já estão em curso, preservando a segurança jurídica e o exercício da autoridade disciplinar militar. No entanto, em relação às novas condutas, os efeitos seriam imediatos, ficando a autoridade superior vinculada às transgressões disciplinares previstas no referido dispositivo legal.

A segunda solução⁸¹ apresenta-se no sentido de preservar o Anexo 1 do Decreto 4.346/2002, porém, com a impossibilidade de aplicação da penalidade de restritiva de liberdade em relação às transgressões ali definidas, já que não estão em lei. Ficaria a autoridade administrativa impedida de aplicar as penalidades de prisão, detenção ou impedimento, restando as hipóteses de advertência, a repreensão o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Diante do que foi exposto, afasta-se o posicionamento daqueles que, recorrendo a uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional, e fundamentados pelos princípios da hierarquia e disciplina, entendem que a expressão “definidos em lei” deve ser interpretada de forma restritiva em relação às transgressões militares, pugnando, ao contrário, pela interpretação expansiva do princípio da legalidade em relação às transgressões de mesma natureza.⁸²

O posicionamento adotado ganha reforço no ensinamento de Luís Roberto

⁸¹ A construção é esposada pelo Ministro Cezar Peluso, quando proferiu o voto no julgamento da ADIn 3.340, já referenciado na nota 67.

⁸² Nesse sentido a Constituição Espanhola de 1978, art. 25.1: Ninguén pode ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que no momento de se produciren non constitúan delicto, falta ou **infracción administrativa**, segundo a lexislación vixente daquela. (grifo nosso). Disponível em: http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf. Acesso em: 19/06/2017.

Barroso, para quem:

[...] A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los à situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tenha reservado atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática [...].⁸³

Corroborada ainda pela preciosa lição de José Afonso da Silva, ao analisar o art. 5º, inc. II, da CF:

[...] A extensão dessa liberdade fica, ainda, na dependência do que se entende por lei. **Se se considerar a lei qualquer norma elaborada pelo Poder Público, independentemente da origem desse poder, então o princípio constitucional vale bem pouco.** Não é esse, porém, o sentido da palavra lei. [...] a liberdade não é incompatível com um sistema coativo, e até se pode acrescentar que ela pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico. A questão está na legitimidade do sistema coativo, do ordenamento jurídico. Desde que a lei que [...] seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada. Nesse caso, os limites a ela opostos pela lei são legítimos. **A Constituição em vigor preenche as condições de legitimidade para embasar uma lei legítima, desde que se harmonize com ela.**⁸⁴ (Grifos nossos).

Quando o ordenamento constitucional refere-se à lei, o faz com o objetivo de assegurar, aos cidadãos em geral, a certeza da lei, reconhecendo, que, no tratamento de determinada matérias, deve prevalecer a segurança jurídica, consolidando-se como um princípio constitucional no atual Estado Democrático de Direito.

3.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A PREVISÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES RESTRITIVAS DE LIBERDADE

Em decorrência da aplicação do princípio da legalidade nas transgressões

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212.

⁸⁴ SILVA, *Op. cit.*, p. 238.

disciplinares militares, impõe-se não somente a necessidade de reserva legal para definição das condutas transgressoras, como também para previsão das penalidades que podem ser aplicadas aos transgressores, conforme leitura do artigo 5º, XXXIX, da CF: não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal**. (Grifo nosso).

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁵, ao explicar o princípio da anterioridade nas infrações e sanções administrativas aduz que: “[...] Analogamente ao preceito penal do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, também não há infração administrativa nem sanção administrativa sem prévia estatuição de uma e de outra.”

Em regra, os estatutos militares ou regulamentos disciplinares, tanto nas Forças Armadas⁸⁶, quanto nas milícias estaduais, reservam um capítulo exclusivo para definição das transgressões disciplinares e outro para previsão das penalidades cabíveis.

Assim, pode a autoridade administrativa, em tese, aplicar, com base em juízo discricionário, a penalidade que julgue cabível para determinado fato. Ocorre que entre as sanções previstas nos diversos estatutos e regulamentos disciplinares,

⁸⁵ MELLO, *Op. cit.*, p. 876;

⁸⁶ Em relação às Forças Armadas, o Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80, em seu artigo 47, delega aos regulamentos disciplinares de cada Força a possibilidade de estabelecer as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, limitando-se a estabelecer o limite máximo de 30 dias na aplicação das sanções disciplinares de natureza restritiva de liberdade, como o impedimento, a detenção e a prisão. O Decreto 4.346/2002 prevê as seguintes punições disciplinares:

Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

- I - a advertência;
- II - o impedimento disciplinar;
- III - a repreensão;
- IV - a detenção disciplinar;
- V - a prisão disciplinar; e
- VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Ainda no artigo 37 do referido Decreto, é possível encontrar alguns limites de aplicação das punições, com base na gradação das condutas consideradas transgressões disciplinares.

Art. 37. A aplicação da punição disciplinar deve obedecer às seguintes normas:

I - a punição disciplinar deve ser proporcional à gravidade da transgressão, dentro dos seguintes limites:

- a) para a transgressão leve, de advertência até dez dias de impedimento disciplinar, inclusive;
- b) para a transgressão média, de repreensão até a detenção disciplinar; e
- c) para a transgressão grave, de prisão disciplinar até o licenciamento ou exclusão a bem da disciplina;

Observa-se que, apesar das limitações impostas ao aplicador, não há uma especificação da quantidade de dias que o transgressor militar terá sua liberdade restringida nas transgressões de natureza média ou grave, podendo a autoridade administrativa julgadora aplicar uma quantidade de até 30 dias de detenção ou prisão.

encontram-se as restritivas de liberdade⁸⁷. Tal prática legislativa ou regulamentar permite, por exemplo, que a autoridade administrativa militar aplique para um mesmo fato, em relação a pessoas distintas, uma quantidade de dias de detenção diferentes. Tal alerta já era feito por Eliezer Pereira Martins ao afirmar que:

Em Direito Penal, o legislador descreve a conduta em abstrato, já lhe prevendo a pena [...]. Desta forma a composição da lei penal faz-se através de duas partes, o comando principal (ou preceito primário) e a sanção (ou preceito secundário), resultando da conjugação de ambas a proibição (norma).

Já na transgressão disciplinar militar, via de regra, o legislador estabelece o comando primário classificando a gravidade da transgressão, apartando o preceito secundário que atuará por conta de artigo distintos pelo critério da gravidade das sanções e pela competência de cada autoridade na aplicação da dosimetria, o que do ponto de vista de aplicação torna o sistema disciplinar mais complexo e confuso do que o sistema penal.

Outro inconveniente da disciplina dos regulamentos disciplinares é a possibilidade de aplicação de apenamentos distintos para o mesmo fato transgressional praticados por militares de círculos distintos [...].⁸⁸

Neste ponto do trabalho, é imprescindível, sob pena de ingressar numa tarefa hercúlea, limitar a análise da disposição da penalidade restritiva de liberdade apenas em relação ao Estatuto da Polícia Militar do Estado da Bahia, Lei 7.990/2001. Sendo assim, os outros dispositivos que preveem sanções restritivas de liberdade para as transgressões militares serão utilizados apenas de forma exemplificativa, a fim de auxiliar na consolidação do posicionamento defendido no presente trabalho.

Por fim, resta salientar que, em virtude da evidente colisão entre o poder disciplinar discricionário e o exercício da liberdade por parte dos agentes militares, diante da possibilidade de restrição desse bem, o próximo capítulo também irá estabelecer a liberdade como limite para atuação discricionária da Administração Militar.

⁸⁷ O Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, através da Lei 14.310/2002, excluiu das espécies sancionatórias, de competência da autoridade administrativa julgadora militar, as penalidades restritivas de liberdade, restando previstas as seguintes:

Art. 24 – Conforme a natureza, a gradação e as circunstâncias da transgressão, serão aplicáveis as seguintes sanções disciplinares: I – advertência; II – repreensão; III – prestação de serviços de natureza preferencialmente operacional, correspondente a um turno de serviço semanal, que não exceda a oito horas; IV – suspensão, de até dez dias; V – reforma disciplinar compulsória; VI – demissão; VII – perda do posto, patente ou graduação do militar da reserva.

⁸⁸ MARTINS, Eliezer Pereira. Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade. Editora do Direito: Leme, 1996, p. 71 – 72;

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DISPOSIÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR RESTRITIVA DE LIBERDADE NO ÂMBITO DO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DA BAHIA

A primeira parte desse capítulo irá delimitar, através de uma análise do ordenamento jurídico aplicável, a disposição da sanção disciplinar de detenção, aplicável no exercício do poder disciplinar militar, no âmbito da Polícia Militar da Bahia. Em seguida, como parte final do trabalho, verificar-se-á se o ordenamento disciplinar atual encontra-se em consonância com a ordem constitucional, diante do contexto inaugurado pela concepção de Estado Democrático de Direito.

A autoridade administrativa, de uma forma geral, dispõe de algumas prerrogativas sem as quais a atividade administrativa restaria prejudicada. Tais poderes são inerentes à Administração Pública pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse particular.⁸⁹

Em seguida, a autora, após explicar que tais poderes não se tratam de uma faculdade, pois são irrenunciáveis, elenca o poder normativo, o poder disciplinar e os decorrentes da hierarquia, além do poder de polícia como o conjunto de poderes necessários para consecução da atividade administrativa.

O exercício desses poderes, por parte da Administração Pública, possui maior ou menor margem de liberdade, a depender do grau de vinculação do ato administrativo com a lei. Assim, se o legislador estabelece todos os requisitos necessários à produção do ato, não cabe ao administrador, se presentes os requisitos, avaliar a oportunidade ou conveniência do ato, pois esses aspectos já foram valorados pelo legislador.

⁸⁹ DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 90.

Ao contrário, quando o legislador deixa uma margem de decisão para a Administração Pública, tem esta uma maior liberdade de apreciação diante do caso concreto, que deve ser exercida nos limites estabelecidos pela lei. Desta forma, o Poder Público, através das autoridades administrativas, exerce os poderes que lhe são reconhecidos de forma vinculada ou discricionária. Ou, nas palavras de Di Pietro⁹⁰, “várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não, pelo legislador à Administração Pública.”

Valendo-se ainda da lição de Di Pietro⁹¹, considera-se “poder disciplinar o que cabe à Administração para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa.” No exercício do poder disciplinar, a autoridade administrativa, de uma forma geral, dispõe de uma maior liberdade, tanto no enquadramento do fato concreto à conduta abstrata prevista em lei, quanto no momento da aplicação da penalidade.

Essa margem discricionária concedida à Administração Pública, no exercício do poder disciplinar, é defendida pela maioria da doutrina administrativista⁹², bem como nas decisões judiciais⁹³. Salienta-se que a Administração Pública não pode escolher

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* p. 95.

⁹² Conforme será visto no tópico seguinte.

⁹³ TJ-ES - Apelação Cível AC 24050122704 ES 24050122704 (TJ-ES)

Data de publicação: 27/05/2011

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. Anulação de Ato Administrativo. POLICIAL MILITAR. PUNIÇÃO POR TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Estando o julgador apto a formar seu convencimento pleno e firme à vista das provas coligidas, como no caso em epígrafe, não há que se falar em nulidade, até porque presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, e dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder. (STJ - 4ª Turma - REsp 2832 / RJ - Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. 14/08/1990 - DJ. 17/09/1990). Preliminar rejeitada. 2. O controle judicial do processo administrativo disciplinar restringe-se à verificação da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, sendo vedada a incursão no mérito para se aferir a conveniência e oportunidade da sanção, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes. *In casu*, considerando o contexto fático demonstrado, conclui-se pela inexistência de qualquer irregularidade no procedimento que culminou na aplicação da penalidade de 16 (dezesesseis) dias de detenção, não cabendo ao Poder Judiciário adentrar ao mérito do julgamento realizado pela Administração. Recurso desprovido. VISTOS, relatados e discutidos estes autos em epígrafe, em que figuram as partes acima descritas, ACORDA, esta c. Quarta Câmara Cível, À UNANIMIDADE, REJEITAR A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, E, NO MÉRITO, POR IGUAL VOTAÇÃO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, nos termos do voto proferido pelo eminente Relator. Vitória (ES), 16 de maio de 2011. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR (TJES, Classe: Apelação Cível, 24050122704, Relator: CARLOS ROBERTO MIGNONE, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 16/05/2011, Data da Publicação no Diário: 27/05/2011).

entre punir ou não punir, pois, tendo ciência do cometimento da infração, por parte do servidor público, deve seguir com a apuração do fato e, se for o caso, aplicar a punição.

No âmbito discricionário do poder disciplinar militar, os dois pontos citados anteriormente, subsunção da conduta ao que está previsto em lei e aplicação da penalidade, merecem um maior enfoque, a fim de delimitar precisamente a atuação da autoridade administrativa militar. Para tanto, será feita uma análise da tipicidade da infração disciplinar militar, bem como da discricionariedade no momento da aplicação da punição em relação ao militar, tendo por base legal o Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia (EPM).

4.1 AS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES E O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

É possível encontrar na doutrina, em relação ao exercício do poder disciplinar por parte da Administração Pública, alguns posicionamentos que podem ser resumidos pela seguinte estrutura:

1 – Não há diferenças substanciais entre a infração disciplinar e a infração penal⁹⁴, sendo assim, é imprescindível que se aplique nas apurações disciplinares os

Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19234529/apelacao-civel-ac-24050122704-es-24050122704/inteiro-teor-104287057>. Acesso em: 19/06/2017.

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. MILITAR TEMPORÁRIO. TRANSGRESSÃO MILITAR. ANULAÇÃO DE PUNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. HIERARQUIA E DISCIPLINA COMO BASE INSTITUCIONAL. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. LEGISLAÇÃO MILITAR. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PRESENTES. APELO DESPROVIDO. 1. Trata-se de Apelação interposta pelo Autor, em face de sentença julgando improcedente a pretensão autoral, na forma do art. 269, I, do CPC. 2. Ação ajuizada objetivando anulação do ato de punição decorrente de transgressão militar e pagamento de 100 salários mínimos, acrescidos de juros e correção monetária, a título de indenização por danos morais. 3. Militar temporário. Prestação em caráter transitório. Punição aplicada por infração disciplinar. Poder discricionário da Administração. Critérios de conveniência e oportunidade. 4. Procedimento administrativo investigatório. Ampla defesa e contraditório, apesar da celeridade do rito. 5. Apelação a que nega provimento.

(TRF-2 - AC: 200251010224800 RJ 2002.51.01.022480-0, Relator: Desembargador Federal THEOPHILO MIGUEL, Data de Julgamento: 02/12/2009, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data: 15/12/2009 - Página: 115). <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6609384/apelacao-civel-ac-200251010224800-rj-20025101022480-0>. Acesso em: 19/06/2017.

⁹⁴ Esse ponto foi trabalhado de forma mais detida no capítulo 2 do presente trabalho, entretanto não foram considerados os posicionamentos de renomados doutrinadores. Pela importância do tema, cumpre trazer de volta, ainda que de maneira mais breve, a discussão, a fim de consolidar o entendimento já exposto.

mesmos princípios constitucionais, de natureza garantista, reconhecidos ao processo penal, destacando-se a ampla defesa e o contraditório, a legalidade, anterioridade;

2 - Apesar da incidência desses princípios, defende-se, por outro lado, a atipicidade ou a tipicidade mitigada na previsão das transgressões disciplinares, bem como uma maior margem de liberdade no momento de aplicação da penalidade.

Justen Filho⁹⁵ expressa esse posicionamento quando afirma que “[...] é perfeitamente possível aplicar a esse campo as concepções desenvolvidas no direito penal [...].” Em seguida afirma que “[...] é usual que as leis não prevejam a sanção de advertência. A natureza relativamente reduzida dos efeitos negativos [...].”

Cícero Coimbra, em ensaio sobre a teoria geral do ilícito disciplinar militar⁹⁶, após reconhecer, em relação às transgressões disciplinares, a estrutura analítica semelhante ao crime, fato típico, antijurídico e culpável, defende uma tipicidade moderada ou tipicidade mitigada, na previsão das condutas transgressoras. Argumenta que, se assim não fosse, “ingressaria o legislador numa cruzada invencível.”

Já Fábio Medina Osório, que, conforme já mencionado, não vislumbra diferenças substanciais entre a infração administrativa e disciplinar, sustenta que:

As leis administrativas mudam com grande rapidez, tendem a proteger bens jurídicos mais expostos à velocidade dos acontecimentos e transformações sociais, econômicas, culturais, de modo que o Direito Administrativo Sancionador acompanha essa realidade e é, por natureza, mais dinâmico do que o direito penal, cuja estabilidade normativa já resulta da própria estrita competência da União Federal.

Nesse passo, a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos altamente indeterminados, cláusulas gerais, que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial.⁹⁷

Carvalho Filho, sem aprofundar a discussão sobre as distinções entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Disciplinar, assevera que no primeiro o “legislador utilizou o sistema da rígida tipicidade, delineando cada conduta ilícita e a sanção

⁹⁵ JUSTEN FILHO, *Op. cit.*, págs. 1057 – 1058.

⁹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 990, 18 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8058>>. Acesso em: 7 maio de 2015.

⁹⁷ OSÓRIO, *Op. cit.*, p. 216.

respectiva.” Entretanto, em relação ao campo disciplinar, “a lei, limita-se, como regra, a enumerar os deveres e as obrigações funcionais, [...] e as sanções, sem contudo, uni-los de forma discriminada, o que afasta o sistema da rígida tipicidade.”⁹⁸

Di Pietro, após destacar a incidência da tipicidade no Direito Penal, reconhece que, no ilícito administrativo, nem sempre está presente. Em seguida, destaca a importância da motivação do ato administrativo para demonstrar “o correto enquadramento da falta e a dosagem da pena”⁹⁹. Observa ainda a autora:

A grande maioria da doutrina defende, hoje, o princípio da tipicidade na esfera administrativa, como decorrência do princípio da legalidade e aplicação analógica do princípio do direito penal, segundo o qual não existe crime nem pena sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). No entanto, a legislação nem sempre o observa, como ocorre nos exemplos já mencionados dos Estatutos dos Servidores Públicos e na lei de licitações e contratos administrativos.

Desse modo, o princípio da tipicidade, no direito administrativo, ainda é aplicado de forma limitada, se comparado com o direito penal.¹⁰⁰

O princípio da tipicidade ou taxatividade, ou ainda da “máxima taxatividade legal”¹⁰¹, derivado do princípio da legalidade, significa uma precisa descrição do fato punível com a correspondente sanção. Zaffaroni destaca que “não basta que a criminalização primária se formalize em lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível”¹⁰². O princípio da máxima taxatividade é o último e mais refinado fruto da evolução do princípio da legalidade.¹⁰³

Ainda com relação ao princípio da taxatividade, torna-se indispensável recorrer ao ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt para quem

[...] exige que a norma contenha a descrição hipotética do comportamento proibido e a determinação da correspondente sanção penal, com alguma precisão, como forma de impedir a imposição alguém de uma punição

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: Atlas, 2015, p. 72.

⁹⁹ DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 706.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 707.

¹⁰¹ A nomenclatura é encontrada em: E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan 2003, 4ª edição, maio de 2011, p. 206.

¹⁰² *Ibid.* p. 207.

¹⁰³ ROMANO, MÁRIO *apud* ZAFFARONI, *Ibid.*, nota de rodapé 25.

arbitrária [...].¹⁰⁴

É possível afirmar, portanto, que a taxatividade é uma decorrência direta do princípio da legalidade, de tal forma que a lei, ao prever as proibições, deve fazê-lo de forma clara e precisa, evitando termos vagos ou cláusulas gerais, bem como cominando a sanção que poderá ser imposta nos casos de descumprimento.

Em que pese a aplicação desse princípio seja amplamente defendida na esfera criminal, tanto no momento da elaboração da norma criminalizadora, quanto na aplicação da lei, na esfera administrativa disciplinar, conforme se viu, ainda prevalece a concepção do princípio da atipicidade ou da tipicidade mitigada.

Ainda que ambas as esferas importem proibição de determinadas condutas, com a conseqüente possibilidade de imposição de uma pena, no sentido de agravo pessoal, há ainda uma resistência em reconhecer, na esfera disciplinar, a correlata aplicação do mesmo princípio.

Os principais argumentos utilizados para defender esse posicionamento localizam-se em três esferas distintas, porém complementares: 1 – a técnica legislativa; 2 – a discricionariedade administrativa; e 3 – o controle judicial dos atos administrativos.

No primeiro grupo encontram-se aqueles que, considerando a dificuldade do legislador em descrever todas as condutas, capazes de ferir a disciplina ou imagem de determinada classe de agentes públicos, impondo uma pena específica para cada uma delas, defendem, no momento de elaboração da leis administrativas disciplinares, uma maior utilização de conceitos que necessitam de uma complementação valorativa, são as cláusulas gerais.

Além disso, as penalidades são apenas mencionadas, todavia, não há uma necessidade de especificar a sanção imposta para determinada conduta. Essa tarefa fica a cargo da autoridade administrativa julgadora, no exercício de um juízo discricionário. Nesse momento alguns dos autores citados, tais como Di Pietro¹⁰⁵ e

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, 1. 21. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2015, p. 53.

¹⁰⁵ Afirma a autora que “[...] Ela terá que levar em conta o princípio da razoabilidade, **em especial em seu aspecto de proporcionalidade** dos meios aos fins.” (Grifo nosso). DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 707.

Fábio Medina Osório¹⁰⁶, recorrem à utilização, pela autoridade administrativa julgadora, do princípio da proporcionalidade.

O segundo grupo alinha-se à ideia de que a autoridade administrativa, no controle disciplinar, deve possuir uma maior discricionariedade no enquadramento das condutas e imposição das penalidades. Esse posicionamento é justificado pela ampla margem do conceito de disciplina, conjugado com a dinâmica dos comportamentos humanos, o que dificultaria o efetivo controle da Poder Público sobre seus agentes.

Com efeito, alguma conduta, não prevista no ordenamento, pode, de alguma forma, afetar a disciplina do organismo. Assim, uma maior abertura textual, possibilitaria ao administrador vincular essa conduta a alguns dos conceitos abertos, reprimindo essas ações com aplicação da penalidade adequada. Considerando ainda que a sanção administrativa disciplinar, em regra, não está especificada para cada conduta, o que deixa uma maior margem de liberdade a autoridade administrativa julgadora no momento da aplicação.

Por fim, encontram-se aqueles que defendem a incidência da atipicidade, ou da tipicidade mitigada, considerando a inafastabilidade da apreciação judiciária em relação aos atos administrativos, com base no artigo 5^a, inciso XXXV da Constituição Federal, que fundamenta o controle judicial dos atos administrativos.

A taxatividade no âmbito administrativo, conforme foi visto, incide sobre a descrição da conduta transgressora, bem como na vinculação da penalidade à uma conduta específica, tal como ocorre na previsão dos crimes. A utilização de conceitos abertos ocorre, precisamente, no momento da descrição da conduta. Isso, porém, não é reservado aos ilícitos administrativos disciplinares conforme ensina Bitencourt:

Não se desconhece, contudo, que, por sua própria natureza, a ciência jurídica admite certo grau de indeterminação, visto que, como regra, todos os termos utilizados pelo legislador admitem várias interpretações. De fato, o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permite, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado.¹⁰⁷

¹⁰⁶ O autor considera o “o postulado da proporcionalidade” fonte do Direito Administrativo Sancionador. OSÓRIO, *Op. cit.* p. 187.

¹⁰⁷ BITENCOURT, *Op. cit.*, p. 52.

Já em relação à previsão das penalidades, não há, em regra, uma especificação desta a uma conduta determinada. Há uma predominância, nos diversos regulamentos, estatutos ou códigos disciplinares, da previsão em blocos: um capítulo ou seção para as transgressões e outro capítulo ou seção para as punições disciplinares. Com isso, prevalece a tipicidade mitigada quando se considera a previsão das sanções disciplinares, fundamentada, como foi visto, pela maior margem discricionária da autoridade administrativa julgadora, no momento da aplicação da sanção.

Antes de adotar um posicionamento referente à incidência da taxatividade nos ilícitos administrativos disciplinares, serão destacados dois importantes argumentos doutrinários. O primeiro é o de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se na caracterização das infrações administrativas são reclamados os indispensáveis cuidados que preservem a razão de existir do princípio da legalidade, **outro tanto se dirá no que respeita à identificação das sanções cabíveis em vista das condutas violadoras que ensejam.**

[...] **cumprir que a lei noticie de maneira clara aos administrados a que consequências estarão sujeitos se descumprirem as normas pertinentes.** O mínimo que se espera de um Estado de Direito – [...] – é que assegure aos administrados prévia ciência dos gravames que lhes serão infligidos caso desatendam às leis administrativas.

É óbvio que esta prévia ciência há de ser algo real, consistente, e não uma paródia, um simulacro de informação sobre o que, de veras, está previsto como sendo o específico gravame que deverá incidir.

Veja-se: **ninguém consideraria obediente ao princípio da legalidade a norma penal que estabelecesse para os crimes em geral, ou mesmo para um dado crime, dependendo da sua gravidade, sanções que iriam de 2 meses a 30 anos de pena privativa de liberdade.** Regramento de tal ordem, em rigor de verdade, **não estaria previamente noticiando ao administrado a consequência jurídica imputável à conduta ilícita.**

O vício que se lhe increparia é o do que a identificação da sanção não teria atendido ao mínimo necessário para a sua validade, pois a liberdade conferida ao juiz seria de tal ordem que o cidadão não estaria governado pela lei, mas pelo juiz – traindo-se, dessarte, o velho e fundamental princípio segundo o qual no Estado de Direito vigora a *rule of law*¹⁰⁸. (Grifos nossos).

O segundo argumento é o de Fábio Medina Osório no estudo da sanção administrativa, tendo como referência o direito espanhol. Como já foi mencionado, a constituição espanhola, artigo 25.1, prevê, expressamente a aplicação do princípio da legalidade para os ilícitos administrativos. Além disso, a Lei espanhola 30/1992, artigo

¹⁰⁸ MELLO, *Op. cit.*, p. 878.

129¹⁰⁹, assegura a aplicação do princípio da tipicidade também para as infrações administrativas. Após evidenciar esse aspecto do direito espanhol, afirma o autor:

Insistimos, sem dúvida, na tese de que há uma legalidade, uma necessária tipicidade das infrações administrativas, como consequência, **também do princípio da segurança jurídica, inerente à ordem da constitucional brasileira. Daí que me parece pertinente aplicar, analogicamente, as lições do direito espanhol ao sistema jurídico brasileiro.** São raciocínios válidos, cujas bases, positivas não diferem substancialmente, de modo que se torna possível estabelecer um paradigma de aplicação correta do direito comparado¹¹⁰. (Grifo nosso).

Assim, em que pese o reconhecimento de uma flexibilidade da taxatividade, no momento da descrição das condutas transgressoras disciplinares, em virtude da amplitude do conceito/valor de disciplina¹¹¹, com relação à previsão das penalidades, sobretudo as de maior gravidade, como a suspensão e as restritivas de liberdade, pugna-se por uma rígida tipicidade.

A previsão legal dos limites mínimo e máximo, de forma específica para cada conduta, atende ao princípio constitucional da segurança jurídica, conforme será visto. Antes porém, é indispensável fazer uma análise da disposição das penalidades restritivas de liberdade no Estatuto da Polícia Militar da Bahia. A partir disto, defender-se-á uma adequação da referida espécie legal ao princípio constitucional supramencionado.

¹⁰⁹ Principio de tipicidad. 1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley. Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley em leves, graves, y muy graves. 2. Unicamente por la comisión de **infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, em todo caso, estarán delimitadas por la Ley.** 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o limites de las que la Ley contempla, contribuyam a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. 4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>. Acesso em: 19/06/2017.

¹¹⁰ OSÓRIO, *Op. cit.*, p. 221.

¹¹¹ “Com efeito, a disciplina é um conceito polivalente, verdadeiramente polissêmico, que, ainda que possa muitas vezes utilizar-se como um significado restritivo, engloba uma série de valores que vão desde a correta prestação do serviço até o respeito à ordem hierárquica estabelecida, passando pelo cumprimento das leis e demais normas que regem a instituição, assim como as ordens e as instruções que em aplicação deste ordenamento possam emanar de quem está facultado para ditá-las: qualquer conduta que afete negativamente esses princípios rompe sem dúvida a disciplina e, portanto, altera perturbadoramente o funcionamento da organização. Tudo isso se traduz em que: quiçá a ideia que melhor convém à finalidade de qualquer ordenamento disciplinar é a proteção dos deveres formalmente impostos a todos que se integram a uma determinada organização.” SOUZA, *op. cit.*, p. 97.

4.2 A ATUAL DISPOSIÇÃO DA PENALIDADE RESTRITIVA DE LIBERDADE NO ESTATUTO DA POLÍCIA MILITAR DA BAHIA

A previsão das sanções disciplinares que, em tese, podem ser impostas aos policiais militares do Estado da Bahia estão dispostas, *numerus clausus*, no art. 52 da Lei 7.990/2001, Estatuto dos Policiais Militares do Estado da Bahia (EPM):

Art. 52 - São sanções disciplinares a que estão sujeitos os policiais militares:
I- advertência;
II - **detenção**;
III - demissão;
IV- cassação de proventos de inatividade.
(Grifo nosso)

Esse artigo está previsto no Título IV – Do Regime Disciplinar -, Capítulo II – Da Violação das Obrigações e dos Deveres Policiais Militares, Seção III – Das Penalidades.

Por outro lado, as transgressões disciplinares estão descritas, em parte¹¹², no mesmo Capítulo, porém, na Seção II, não havendo uma conexão direta entre a conduta e a penalidade que pode ser imposta, com exceção da penalidade de demissão¹¹³.

Aqui interessa a possibilidade de aplicação da sanção disciplinar detenção, que, conforme art. 25 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Bahia (RDPM), consiste “no **cerceamento da liberdade do punido**, o qual deve permanecer no local que for determinado, normalmente o quartel, sem que fique, no entanto, confinado.” (Grifo nosso).

A falta de uma conexão específica entre a conduta hipotética descrita e a penalidade consequente, concede, à autoridade administrativa militar julgadora, uma

¹¹² Os artigos 37, 38, 39, todos do Título III – Da Deontologia Policial Militar, Capítulo II – Das Obrigações –, bem como o artigo 41, do Título IV – Do Regime Disciplinar, Capítulo I – Dos Deveres Policiais Militares –, combinados com o Art. 49 – “A violação das obrigações ou dos deveres policiais militares poderá constituir crime ou transgressão disciplinar, segundo disposto na legislação específica”, preveem outros tipos transgressores. Estes são tipificados com conceitos mais abertos, tais como o inciso VI do artigo 41 – “o trato condigno e com urbanidade a todos”, o que confere à Autoridade Administrativa uma maior liberdade no momento da subsunção do fato concreto à conduta abstratamente prevista na Lei.

¹¹³ A penalidade de demissão, conforme artigo 57 da Lei 7.990/2001, só pode ser aplicada em determinados casos, expressos, taxativamente, nos incisos do artigo mencionado.

ampla margem discricionária, no momento de aplicar o *quantum* incidente, na dosimetria da sanção restritiva de liberdade.

Na previsão legal da sanção disciplinar de detenção, o legislador estadual apenas impôs, de forma genérica, o limite máximo de trinta dias, conforme artigo 55 do EPM. Desta forma, a autoridade administrativa militar julgadora, na hipótese de aplicação da penalidade restritiva de liberdade, não pode ultrapassar o limite de 30 dias.

Entretanto, optou o legislador por não fazer um prévio juízo gradativo das condutas tipificadas como transgressões disciplinares. Assim, em tese, para qualquer transgressão, pode a autoridade administrativa restringir a liberdade do policial militar transgressor pela quantidade de dias que achar adequado, respeitando o limite máximo mencionado anteriormente.

Reservou-se o legislador a elencar algumas circunstâncias que deverão ser consideradas no momento da aplicação da penalidade. Neste sentido, o artigo 53 prescreve que:

Art. 53 - Na aplicação das penalidades, serão consideradas a natureza e a **gravidade da infração cometida**, os antecedentes funcionais, os danos que dela provierem para o serviço público e as circunstâncias agravantes e atenuantes.
(Grifo nosso)

Essa norma não pode ser entendida sem considerar o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Bahia (RDPM), instituído pelo Decreto Estadual n.º 29.535, de 11 de março de 1983¹¹⁴. Essa espécie normativa não foi expressamente revogada pelo atual Estatuto da Polícia Militar da Bahia, fazendo com que algumas normas desse diploma ainda vigore no ordenamento jurídico próprio dos servidores públicos militares do Estado da Bahia. O referido Decreto foi derogado diante do atual Estatuto¹¹⁵,

¹¹⁴ Assim como os demais Decretos que tratavam do regramento disciplinar das Forças Armadas, prevendo transgressões passíveis de serem punidas com sanção restritiva de liberdade, o Decreto Estadual 29.535/83 foi recepcionado pela nova ordem constitucional com o status de lei ordinária.

¹¹⁵ Seguindo o entendimento de que a expressão “definidos em lei”, presente no artigo 5º, LXI, da CF, a Lei 7.990/2001 previu as transgressões disciplinares passíveis de serem punidas com sanção administrativa restritiva de liberdade.

quando este trata de mesma matéria¹¹⁶, a exemplo das transgressões e das sanções disciplinares¹¹⁷.

Apesar da previsão do artigo 53, acima transcrito, não há, na Lei 7.990/2001, qualquer parâmetro ou classificação que determine a gravidade da transgressão disciplinar. Diante do silêncio da Lei atual, prevalece o que está disposto no Decreto estadual acima mencionado, que trata especificamente da matéria nos artigos 19 e 20, assim dispostos:

Art.19 - Classifica-se a transgressão em:

- I - leve;
- II – média;
- III – grave.

Parágrafo Único - **A classificação da transgressão compete a quem couber aplicar a punição, respeitadas as considerações estabelecidas no artigo 14.**

Art.20 - A transgressão disciplinar **classifica-se como grave quando, não chegando a constituir crime, represente ela ato que atinja o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor policial-militar ou do decoro da classe.**

Parágrafo Único - A violação dos preceitos da ética policial-militar é tanto mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer.
(Grifos nossos)

Além desses dois artigos, vigora ainda, na aplicação e dosagem da sanção disciplinar o artigo 33, que prevê os seguintes critérios:

Art.33 - A aplicação da punição obedecerá às seguintes normas:

I - **a punição deve ser proporcional à gravidade da transgressão**, dentro dos seguintes limites:

- a) de advertência até 10 dias de detenção, para transgressão leve;
- b) de detenção até 10 dias de prisão, para transgressão média;
- c) de prisão à punição prevista no item V do artigo 22, deste regulamento, para a transgressão grave;

(Grifo nosso)

Assim, diante das disposições normativas acima transcritas, é possível delinear a forma de disposição da penalidade restritiva de liberdade para os policiais militares

¹¹⁶ Art. 2º, § 1º, da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto – Lei n.º 4.657, alterado pela Lei 12.376/2010.

¹¹⁷ Foi excluída a punição disciplinar de prisão, que consistia na restrição à liberdade de policial militar transgressor, devendo este cumprir a prisão em local confinado, ao contrário da detenção que deve ser cumprida em área livre do quartel.

do Estado da Bahia, considerando o ordenamento jurídico atual afeto a essa espécie de sanção disciplinar, o que será feito no tópico seguinte, considerando a técnica legislativa utilizada.

4.2.1 Técnica Legislativa Utilizada

Conforme foi visto no capítulo 2 do presente trabalho, o regime jurídico afeto aos militares é diferenciado, quando considerado em relação às pessoas em geral, inclusive com distinções originadas do próprio do ordenamento constitucional.

Na esfera administrativa disciplinar, a diferença ganha maior relevo pela possibilidade de impor aos militares sanções administrativas de natureza restritiva de liberdade.

Com base nisso, o legislador ordinário baiano previu a possibilidade de aplicação da detenção, sanção disciplinar de natureza restritiva de liberdade, aos servidores públicos militares.

Pelo que foi exposto no tópico anterior, a respeito do regramento legal da penalidade de detenção, é possível concluir que o legislador optou por conceder maior liberdade à autoridade administrativa julgadora no momento da aplicação da respectiva punição.

Em primeiro lugar, é preciso destacar a ampla utilização de conceitos valorativos abertos ou cláusulas gerais, na descrição das condutas tipificadas como transgressões disciplinares. Conforme afirmado anteriormente, defende-se a utilização dessa técnica legislativa, em virtude da dificuldade de previsão taxativa de todas as condutas que possam configurar dano à imagem ou disciplina da instituição militar.

Apesar disto, em que pese a análise da taxatividade, no momento da descrição das condutas, não ser objeto do presente estudo, é preciso destacar que o legislador baiano utilizou-se amplamente de conceitos vagos ao prevê-las no atual regramento disciplinar da polícia militar da Bahia. A título exemplificativo, é possível citar algumas tipificações encontradas no art. 39, que, combinado com o art. 49, ambos da Lei 7.990/2001, são consideradas transgressões disciplinares:

Art. 39 - O sentimento do dever, a dignidade policial militar e o decoro da classe impõem a cada um dos integrantes da Polícia Militar conduta moral e profissional irrepreensíveis, tanto durante o serviço quanto fora dele, com observância dos seguintes preceitos da ética policial militar:

I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal;

II - exercer com autoridade, eficiência, eficácia, efetividade e probidade as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;

III - respeitar a dignidade da pessoa humana;

[...]

VII - praticar a solidariedade e desenvolver permanentemente o espírito de cooperação;

VIII - ser discreto em suas atitudes e maneiras e polido em sua linguagem falada e escrita;

Diante de tamanha abertura textual, não é exagero afirmar que qualquer ação ou omissão, cometida pelo policial militar baiano, pode ser enquadrada como transgressão disciplinar, inclusive aquelas que possam ir de encontro, exclusivamente, ao modo de pensar de determinado superior hierárquico, ou ao que este entende por dignidade da pessoa humana.

Somado a isso, não há, por parte do legislador, como já foi mencionado, um juízo prévio da gravidade das condutas tipificadas como transgressões disciplinares. Essa tarefa fica a cargo da autoridade administrativa disciplinar, com base no que dispõe o artigo 19 do RDPM, que remete ao artigo 14 da mesma espécie normativa, que assim determina:

Art.14 - O julgamento das transgressões deve ser precedido de exame e de análise que considerem:

I - os antecedentes da transgressor;

II - as causas que as determinaram;

III - a natureza dos fatos, atos ou omissões que as motivaram; IV - as consequências que delas possam advir.

Ainda no que se refere à gradação das transgressões disciplinares, o artigo 20 do RDPM considera transgressões graves aquelas que “não chegando a constituir crime, represente ela ato que atinja o **sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor policial-militar** ou do **decoro da classe.**” (Grifos nossos)

Da conjugação dos artigos 14 e 19, é possível concluir que há determinados critérios no momento da aplicação das sanções disciplinares. Diante de um fato

concreto, a autoridade administrativa militar irá enquadrar a conduta numa das hipóteses previstas como transgressão.

Feito isto, instaura-se o processo administrativo, a fim de apurar as circunstâncias em que o fato foi praticado, para, ao final, aplicar a sanção considerando a gravidade da transgressão, sendo essa classificação estabelecida não pelo legislador, mas pela própria autoridade administrativa.

Além disso, o art. 33 do RDPM, já transcrito, estabelece limites para aplicação das punições disciplinares, conforme a classificação da conduta entre leve, média ou grave, sendo cabível a advertência até 10 dias de detenção para as primeiras, de detenção até 10 dias de prisão para as segundas e de prisão até licenciamento a bem da disciplina para as últimas.

Ocorre que as penalidades de prisão e licenciamento a bem da disciplina foram tacitamente revogadas pelo EPM. Desta forma, é possível concluir que as transgressões leves podem ser punidas com advertência até detenção de 10 dias e as médias e graves com detenção de até 30 dias. Ressaltando que no EPM não há qualquer previsão referente à gradação de condutas com cominação específica das sanções disciplinares cabíveis.

Além dessa limitação em razão da gravidade da conduta, há outras em razão autoridade que está aplicando sanção, como pode ser observado no artigo 39¹¹⁸, do

¹¹⁸ Art.39 - As punições disciplinares de que trata este Regulamento devem ser aplicadas de acordo com as prescrições nele estabelecidas. A punição máxima que cada autoridade referida no artigo 10 pode aplicar obedecerá aos seguintes limites:

I - para oficiais da ativa;

- a) de até 30 dias de prisão, as autoridades indicadas nos incisos I e II;
- b) de até 20 dias de prisão, a autoridade indicada no inciso III;
- c) de até 15 dias de prisão, as autoridades indicadas no inciso IV;
- d) de até 8 dias de prisão, as autoridades indicadas no inciso V;
- e) de repreensão, a autoridade indicada no inciso VI.

II - para oficiais da reserva e reformados:

- a) de até 30 dias de prisão, as autoridades indicadas nos incisos I e II;
- b) de até 20 dias de prisão, autoridade indicada no inciso III;
- c) de até 15 dias de prisão, as autoridades indicadas no inciso IV;
- d) de até 10 dias de prisão, as autoridades indicadas no inciso V;
- e) proibição do uso de uniforme, a autoridade indicada no inciso II.

III - para Aspirante-a-Oficial e Subtenente:

- a) de até 30 dias de prisão, as autoridades indicadas nos incisos I, II, III e IV;
- b) de até 10 dias de prisão, as autoridades indicadas no inciso V;
- c) de até 8 dias de detenção, a autoridade indicada no inciso VI.

IV - para Sargentos, Cabos e Soldados:

- a) de até 30 dias de prisão, as autoridades indicadas nos incisos I, II, III, e IV;
- b) de até 15 dias de prisão, as autoridades indicadas no inciso V;
- c) de até 6 dias de prisão, a autoridade indicada no inciso VI.

RDPM. Ocorre que o mencionado artigo trata, com maior amplitude, da sanção disciplinar de prisão, revogada tacitamente pelo EPM.

Uma maior cautela em relação à aplicação da prisão, dava-se por conta da forma como a respectiva sanção deveria ser cumprida, em confinamento, ao contrário da detenção, que deve ser cumprida em área livre do quartel. Assim, não se preocupou o legislador em estabelecer limites em razão de determinada autoridade, derogando, desta forma, o artigo 39 do RDPM¹¹⁹.

Diante disto, é possível delinear o seguinte quadro da disposição legal da penalidade restritiva liberdade no Estatuto da Polícia Militar do Estado da Bahia: transgressões leves, detenção até 10 dias; transgressões médias e grave, detenção até 30 dias. Com base nesses limites, a autoridade julgadora, após estabelecer a gravidade da conduta, impõe a quantidade de dias a serem aplicados em forma de sanção restritiva de liberdade¹²⁰, considerando as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas nos artigos 17 e 18 do RDPM, respectivamente.

Diante deste quadro proporcionado pela técnica legislativa utilizada, questiona-se se a disposição da penalidade de detenção, de natureza restritiva de liberdade, da forma como se encontra no atual ordenamento disciplinar dos policiais militares do Estado da Bahia, propicia a segurança jurídica àqueles que estão submetidos a esse regime?

Os tópicos seguintes serão reservados a uma análise desse quadro de exercício do poder disciplinar, tendo por base as considerações feitas acerca do princípio constitucional da legalidade, para, em seguida, determinar se esse regramento

V - para alunos-oficiais, alunos dos Cursos de Formação de Sargentos, alunos dos Cursos de Formação de Cabos e alunos do Curso de Formação de Soldados'.

a) de até 30 dias de prisão, as autoridades indicadas nos incisos I, II, III e IV;

b) de até 10 dias de prisão, a autoridade indicada no inciso V;

c) de até 8 dias de detenção, a autoridade indicada no inciso VI;

VI - para Subtenentes, Sargentos, Cabos e Soldados da reserva e reformados',

a) de até 30 dias de prisão, as autoridades indicadas nos incisos I, II, III e IV;

b) de até 10 dias de prisão, as autoridades indicadas no inciso V.

¹¹⁹ Ainda vigora o limite de 8 dias de detenção, previsto no inciso V, c, do artigo 39 do RDPM, já que essa penalidade não foi revogada pelo EPM. Ocorre que a autoridade prevista no artigo 10, inc. VI, Comandante de Pelotão Destacado, em regra, não aplica punições disciplinares, pois a instauração e julgamento de processos administrativos ficou concentrada na autoridade dos Comandantes de Unidade.

¹²⁰ A penalidade de detenção só pode ser imposta em caso de reincidência de transgressão punida com advertência, conforme dispõe o artigo 55, do EPM: "A detenção será aplicada em caso de reincidência em faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a demissão, não podendo exceder de trinta dias, devendo ser cumprida em área livre do quartel."

normativo favorece à segurança jurídica dos militares estaduais; ou, ao contrário, se a segurança jurídica resta afetada pela ingerência de uma ampla margem discricionária, flexibilizando, desta forma, o direito ao pleno exercício da liberdade, aqui no sentido único de liberdade de locomoção, conforme já foi destacado.

4.2.2 Consequências da Técnica Legislativa Utilizada na Margem de Escolha da Autoridade Julgadora

De uma análise do regramento normativo previsto para aplicação da sanção disciplinar de detenção, é possível destacar dois aspectos, escolhidos pelo legislador, que contribuem para uma maior carência de complementação¹²¹, o que deve ser realizado pela autoridade administrativa julgadora.

O primeiro encontra-se na transferência, do legislador para o administrador, da tarefa de definir a gravidade da conduta praticada concretamente e tipificada como transgressão disciplinar, após um juízo de subsunção.

O legislador não estabelece critério objetivo que possa considerar determinada transgressão grave, média ou leve. Afirma apenas que o aplicador da sanção administrativa, ao estabelecer a gravidade da conduta, deve examinar e analisar: I - os antecedentes da transgressor; II - as causas que as determinaram; III - a natureza dos fatos, atos ou omissões que as motivaram; IV - as consequências que delas possam advir.

Entretanto, não define quais as consequências se o transgressor tiver maus antecedentes, quais são as implicações das causas determinantes sobre a gravidade do fato, qual o sentido deve o aplicador da sanção tomar em face da natureza dos fatos, atos e omissões que as motivaram ou dos danos provocados.

O texto normativo é confuso e, ao contrário de estabelecer soluções objetivas no momento da aplicação da sanção administrativa, torna essa fase da dosimetria da sanção incerta e obscura para o possível apenado.

¹²¹ A expressão é utilizada por Gustavo Binbenbojm em: BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 231.

O legislador apenas classificou como grave as transgressões que, “não chegando a constituir crime, represente ela ato que atinja o sentimento do dever, a honra pessoal, o pundonor policial militar ou o decore da classe.”

A utilização de conceitos valorativos abertos e a ausência de critérios objetivos que possam definir a gravidade da conduta são aspectos que conferem, à autoridade administrativa, uma ampla margem interpretativa, que pode adequar o significado das expressões ao fim que pretende.

Assim, por exemplo, sendo a hierarquia e disciplina bem mediato ou imediato tutelado pelas transgressões militares, e sendo dever do militar se portar conforme esses dois princípios, qualquer transgressão disciplinar atinge o sentimento de dever, portanto, devendo ser classificada como grave.

O segundo aspecto a ser destacado encontra-se na ampla margem de apreciação outorgada à autoridade administrativa julgadora no momento da definição do *quantum* sancionatório. Isso ocorre por conta do limite legal imposto, que não determinada um mínimo ou máximo de sanção específica para cada conduta, reserva-se a estabelecer um limite genérico, considerando a gravidade da conduta praticada.

Diante disto, o aplicador da sanção poderá, para uma transgressão de gravidade média, restringir a liberdade do apenado por uma quantidade de dias semelhante a uma transgressão considerada grave, desde que insere dentro da margem apreciativa concedida ao administrador.

Desta forma, dois aspectos carentes de complementaridade, um interpretativa e outro apreciativa, concorrem para a definição da quantidade de dias que determinada pessoa poderá ter a sua liberdade restringida.

No atual sistema disciplinar que rege os policiais militares do Estado da Bahia, a disposição da penalidade restritiva de liberdade deixa o exercício de um bem considerado fundamental, portanto, exercível de forma plena, salvo quando incidente uma das hipóteses que legitimam a sua restrição, a mercê de possíveis caprichos da autoridade administrativa.

Mais uma vez¹²², no conflito entre o argumento de autoridade, fundamentado pelos valores da hierarquia e disciplina, e o argumento de liberdade, esse consolidado

¹²² Aqui se faz uma referência ao capítulo 3 do presente trabalho, que propôs uma discussão sobre a aplicação extensiva do princípio da legalidade às transgressões disciplinares, o que, conforme se viu, é rejeitado por alguns posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que se orientam, basicamente, pelos princípios da hierarquia e disciplina, base das instituições militares.

pelo atual Estado Democrático de Direito, inaugurado pela nova ordem constitucional, prevalece o primeiro.

A utilização de conceitos normativos abertos e o reconhecimento de determinada liberdade de escolha na decisão da Administração Pública, diante do caso concreto, são instrumentos que permitem uma adaptação à dinâmica das relações, em constante transformação, por influência sociais e culturais diversas.

Não se faz aqui, portanto, uma defesa pela exclusão completa dos textos normativos indeterminados ou pela impossibilidade de conceder ao administrador qualquer margem de escolha diante do fato concreto. Ocorre que essa técnica deve ser afastada quando o texto legislativo dispõe sobre restrição a direitos considerados fundamentais. Lição que pode ser extraída em:

O autor registra que, embora a densidade mandamental da norma varie para conferir ao administrador certa liberdade para atuar com eficiência diante dos complexos casos concretos com os quais se depara, essa densidade encontra os seus limites no princípio da “reserva de lei”, de acordo com o qual **o legislador, “em virtude de sua maior legitimação democrática, deve decidir sobre as questões públicas mais importantes, especialmente onde houver interferências nos direitos fundamentais do cidadão.** (Grifos nosso).¹²³

No entanto, o legislador baiano, ao optar pela técnica legislativa analisada, se desincumbiu de uma tarefa que cabe, por essência, a esse poder. Por se tratar de uma restrição a direito fundamental, a ordem constitucional, de forma explícita, reservou à lei as poucas possibilidades.

Ao utilizar textos abertos na definição da gravidade da conduta, e, com base nisso, conferir ampla margem apreciativa no momento de impor a quantidade de dias de restrição à liberdade, o legislador reduziu significativamente o grau de vinculação da decisão administrativa à lei.

Gustavo Binenbojm¹²⁴ afasta a dualidade ato discricionário x ato vinculado, afirmando que existem graus de vinculação. Essas medidas são feitas, conforme a vinculação por regras, por conceitos jurídicos indeterminados ou diretamente por princípios, sendo essa ordem decrescente.

Assim, diante do quadro de disposição da penalidade de detenção, com base na

¹²³ V. ANDREAS KRELL *apud* BINENBOJM, *Op. cit.*, p. 231-232, nota de rodapé 490.

¹²⁴ *Ibid.* p. 240-247.

proposta do autor, é possível inferir que as duas fases para imposição da referida sanção pelo administrador, a definição da gravidade da conduta e a escolha do *quantum* incidente, encontram-se entre o grau intermediário e o baixo, respectivamente.

A primeira por conta da utilização de conceitos indeterminados que, segundo o autor, vinculam o administrador de forma intermediária, já que este detém uma margem interpretativa, que só encontra limite na certeza negativa, naquilo que não é, ou não certeza positiva, aquilo que é. Entre a certeza positiva e a certeza negativa, sobressai uma área de penumbra, não qual a autoridade administrativa possui liberdade para complementar o conceito.

A segunda, por que criar uma expectativa de atuação administrativa com base nos princípios gerais do direito. São, segundo o autor, atos “impropriamente denominados de discricionários”, pois, diante do caso concreto, cabe ao administrador escolher, entre as opções jurídicas disponíveis, aquela que melhor atenda ao fins perseguidos.

Na prática, diante do fato concreto, a autoridade julgadora, através de um juízo valorativo, enquadra o fato concreto numa das condutas previstas como transgressão disciplinar, instaura o processo administrativo, estabelecendo, ao final, e valendo-se de uma ampla margem interpretativa, a gravidade da conduta, para, por fim, aplicar a sanção disciplinar. Ressaltando que, no caso da sanção disciplinar restritiva de liberdade, prevalece ainda uma ampla margem de liberdade de apreciação para o administrador, na escolha da quantidade de dias serem cumpridos¹²⁵.

Nessa última fase, há uma expectativa de que o administrador decida respeitando, principalmente, o princípio da proporcionalidade. Fábio Medina, ao se referir a esse princípio, considera-o “um pilar fundamental [...] cuja a importância revela-se transcendental à atividade estatal sancionadora.”¹²⁶

Essa ampla margem, valorativa e apreciativa, concedida à autoridade julgadora militar, produz, como consequência, a necessidade de um maior controle jurisdicional. Ou, utilizando as palavras de Binenbojm, “a maior ou menor vinculação representa um

¹²⁵ Em regra, as punições disciplinares restritivas de liberdade são cumpridas no Batalhão de Choque da PMBA, para o efetivo masculino, e no Batalhão da Polícia Militar da cidade Camaçari, para o efetivo feminino, pois são unidades que dispõem de alojamento e refeitório, condição mínima obrigatória para permanência do preso no local.

¹²⁶ BINENBOJM, *Op. cit.*, p. 187.

maior ou menor grau de controlabilidade judicial.”

Em razão disso, demandas são apresentadas ao judiciário, através de *habeas corpus*¹²⁷, na forma repressiva ou preventiva, visando a manutenção da liberdade, mas, por outro lado, buscando apenas a anulação do ato administrativo¹²⁸, em virtude da punição já ter sido cumprida anteriormente.

Com base nessa consequência e no exercício do controle judicial, é possível extrair alguns aspectos importantes:

A - o exercício do poder disciplinar militar, sustentado por atos administrativos com baixo ou intermediário grau de vinculação gera um inconformismo, que pode ser considerado natural, diante do cerceamento da liberdade com base num quadro de

¹²⁷ HABEAS CORPUS PREVENTIVO. POLICIAL MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DESERÇÃO. CRIME MILITAR. AUSÊNCIA DO POLICIAL NA RESPECTIVA UNIDADE MILITAR. ALEGADA INCAPACIDADE FÍSICA PARA A VIDA LABORAL. APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS. INADMISSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DO WRIT CONTRA PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 142, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADMISSIBILIDADE DO WRIT APENAS E TÃO SOMENTE PARA FINS DE EXAME DOS PRESSUPOSTOS DE LEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO. PRECEDENTES DO STF NESSE SENTIDO. ORDEM NÃO CONHECIDA. - 1. 1 Do alegado constrangimento ilegal contra o direito de liberdade do Paciente. Ordem não conhecida. - *Ab initio*, cumpre ressaltar fato de essencial relevância para o presente caso, que consiste na vedação contida no art. 142, § 2º da Constituição Federal, no sentido de que não cabe Habeas Corpus em relação a punições disciplinares militares. - Após examinar atentamente o conjunto fático probatório acostado aos autos pode se constatar que, no presente caso, inexistente qualquer ofensa aos supramencionados pressupostos de legalidade na medida em que a autoridade que aplicou a sanção ao Paciente possui hierarquia superior à do mesmo Comando da Polícia Militar; o ato praticado pelo Paciente abandono de função está diretamente ligado ao cargo que ocupa – Policial Militar sendo que existe previsão expressa para o crime de deserção, conforme previsão contida no art. 187 do Código Penal Militar brasileiro. - Em relação à alegada existência de nulidade por terem sido apresentados os documentos necessários à concessão da licença médica do Paciente vale ressaltar que a referida alegação consiste no mérito, ou seja, no fundamento principal que ensejou a aplicação da punição disciplinar ao Paciente - motivo pelo qual não pode ser apreciado por esta Corte Recursal, em consonância com a expressa vedação contida no supramencionado art. 142, § 2º da Constituição Federal. - Portanto, a apreciação dos fundamentos ora apresentados pelo Paciente que não são estritamente referentes aos aspectos de legalidade da punição disciplinar imposta - encontra expressa vedação no art. 142, § 2º da Constituição Federal, razão pela qual não subsiste possibilidade de apreciação no curso do presente Habeas Corpus. - Ordem de Habeas Corpus não conhecida.

(TJ-BA - HC: 03120782120128050000 BA 0312078-21.2012.8.05.0000, Data de Julgamento: 01/11/2012, Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma, Data de Publicação: 16/11/2012). Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115396778/habeas-corpus-hc-3120782120128050000-ba-0312078-2120128050000>. Acesso em: 20/06/2017.

¹²⁸ Apelação Cível - Anulação de ato administrativo - Detenção de três dias - Sanção aplicada à policial militar que exercia atividade extra corporação portando arma de fogo. No momento do fato, o policial não estava em horário de serviço, configurando atipicidade no ato da Administração. Penalidade desproporcional. Recurso parcialmente provido.

(TJ-SP - CR: 2157635200 SP, Relator: Marrey Uint, Data de Julgamento: 24/11/2009, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/01/2010). Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6642987/apelacao-com-revisao-cr-2157635200-sp?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20/06/2017.

eminente insegurança jurídica;

B – mesmo inconformado, o apenado, por vezes, não busca imediatamente o remédio jurídico adequado à manutenção da liberdade sendo que, por outro lado, a sanção disciplinar goza de efetividade imediata¹²⁹, produzindo seus efeitos assim que o ato é publicado, resultando, dessa forma, no cumprimento da sanção sem que o ato administrativo seja submetido ao controle judiciário;

C – e, por último, geralmente, o prejuízo dos efeitos da sanção restritiva de liberdade somente é sentido durante a carreira, quando o policial militar busca a transferência para a reserva ou na possibilidade de promoção, o que o faz recorrer ao judiciário com o objetivo de anular o ato;

Dentro desse panorama, é imperioso traçar algumas considerações a respeito do controle do ato administrativo pelo poder judiciário. Em que pese estar correta a lição de Binenbojm, quando afirma que “a maior ou menor vinculação representa um maior ou menor grau de controlabilidade judicial”, o § 2º do art. 142, da CF, orienta a jurisprudência no sentido de examinar apenas os aspectos formais do ato, a competência, a forma e a finalidade.

O mérito administrativo, expresso nos aspectos materiais do ato, motivo e objeto, formulados através do juízo de oportunidade e conveniência, corresponde ao núcleo de decisão do administrador que, em regra, não sofre interferência do controle

¹²⁹ HABEAS CORPUS. MILITAR. SANÇÃO DISCIPLINAR DE PRISÃO. ART. 12 DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DE ALAGOAS. INEXISTÊNCIA DE SINDICÂNCIA PARA A APURAÇÃO DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE PROVIDÊNCIA IMEDIATA. MANIFESTA ILEGALIDADE DA SEGREGAÇÃO. 01 – Tendo em vista que o paciente cumpriu apenas 48 (quarenta e oito) horas da punição total de 72 (setenta e duas) horas do acautelamento imposto, tendo sido liberado por decisão em regime de plantão exarada pela Presidência deste Sodalício, tem-se que não está prejudicada a ação constitucional, ante a possibilidade de o paciente ainda ter que se recolher, pelo prazo das 24 (vinte e quatro) horas restantes, caso a ordem seja denegada, uma vez que não se exauriu, por completo, o lapso temporal da prisão. 02 - Em sendo verificado o cometimento de falta disciplinar pelo militar, deveria ter dado ciência ao Comandante Geral da Corporação de todos os fatos, cabendo a este a instauração do competente procedimento administrativo disciplinar para a apuração da infração relatada, apto a justificar a aplicação da medida sancionatória, a fim de se garantir a ampla defesa e o contraditório do transgressor. 03 De acordo com o disposto no art. 12 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Alagoas - RDPM/AL, a aplicação da sanção para a preservação da disciplina e do decoro da Corporação nele inculpada, exige "pronta intervenção" da "autoridade policial militar" que presenciar ou tomar conhecimento do fato. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME.

(TJ-AL - HC: 05003089420138020000 AL 0500308-94.2013.8.02.0000, Relator: Des. Fernando Tourinho de Omena Souza, Data de Julgamento: 26/03/2014, Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/03/2014). Disponível em: <https://tj-al.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125555301/habeas-corpus-hc-5003089420138020000-al-0500308-9420138020000>. Acesso em: 20/06/2017.

judiciário, o que implicaria no desrespeito à separação dos poderes. Essa formulação é válida para o controle dos atos administrativos em geral. Por conta disto, a afirmação de que um maior ou menor vinculação, tem, por consequência, uma maior ou menor contrabilidade judicial pode ser considerada inócua.

Ora, se é justamente no mérito administrativo que a autoridade administrativa dispõe de maior autonomia, como esperar que o controle judicial tenha algum efeito no sentido de verificar os elementos dos atos restritivos de liberdade? Além disso, quando entram em cena a hierarquia e a disciplina, é possível notar um completo distanciamento do judiciário em relação ao núcleo correspondente ao mérito administrativo

Há, nesse sentido, precedente do STF¹³⁰ que afirma ser possível ao juiz “verificar

¹³⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. TRANSGRESSÃO MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. ATO ADMINISTRATIVO. LEGALIDADE. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES: HC Nº 70.648, RELATOR MINISTRO MOREIRA ALVES, DJ DE 04.03.1994; RE Nº 338.840-1/RS, RELATORA A MINISTRA ELLEN GRACIE, PUBLICADA NO DJ DE 12.09.2003.O PRECEITO DO ARTIGO 142, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO OBSTA A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS, SE VERIFICADA NO ATO ADMINISTRATIVO A OCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÕES A PRESSUPOSTOS DE LEGALIDADE, EXCLUÍDAS AS QUESTÕES RELACIONADAS COM O MÉRITO.IN CASU, O ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTOU (FOLHA 127): PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVA. MILITAR. PRISÃO DISCIPLINAR NA IMINÊNCIA DE SER DECRETADA. SENTENÇA MANTIDA. I Habeas corpus preventivo, ante a iminência de decretação da prisão disciplinar, na medida em que foi entregue ao paciente o Formulário de Apuração de Transgressão Militar, exigindo justificativa escrita do não cumprimento da ordem para apresentar os comprovantes do pagamento de contas de luz e telefone. II Sentença de concessão da ordem mantida. III Recurso improvido. Recurso extraordinário a que se nega seguimento. Decisão: O Tribunal Regional Federal da 2ª Região confirmou a sentença por meio da qual foi concedida ordem de habeas corpus em favor do recorrido. A ementa do acórdão está assim redigida (folha 127): EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS PREVENTIVA. MILITAR. PRISÃO DISCIPLINAR NA IMINÊNCIA DE SER DECRETADA. SENTENÇA MANTIDA. I Habeas corpus preventivo, ante a iminência de decretação da prisão disciplinar, na medida em que foi entregue ao paciente o Formulário de Apuração de Transgressão Militar, exigindo justificativa escrita do não cumprimento da ordem para apresentar os comprovantes do pagamento de contas de luz e telefone. II Sentença de concessão da ordem mantida. III Recurso improvido. No voto condutor do julgado colhem-se os seguintes fundamentos (folhas 123/124): (...) É bem de se ver que as solicitações iniciais não surtiram os efeitos desejados, e em acréscimo a inoperância vê-se que o paciente deixou de atender ao reclamo administrativo no prazo que lhe havia sido fixado, acentuado o fato de não cumprir a sua própria promessa de oferecer os ditos documentos tão logo conseguisse reunir os seus com os que estavam em poder de sua esposa. Aceitável, pois, a iniciativa administrativa para que o paciente respondesse efetivamente pela possível omissão, já que não havia notícias suas às duas requisições encaminhadas pela Repartição Militar, destinadas ao esclarecimento se efetuou ou não os compromissos pela taxa de ocupação e serviços de concessão públicos decorrentes da cessão oferecida. Ao meio tempo em que estava sendo colocado em prática o processo disciplinar, cuja abertura se deu através do FORMULÁRIO DE APURAÇÃO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR enviado ao paciente para que pudesse responder a considerada recalcitrância ao apelo administrativo, inevitável que a partir daí poderia redundar em sua prisão administrativa em consequência do que ficasse deliberado. Na dependência de que o mérito viesse a ser resolvido pela autoridade administrativa, desfez a probabilidade de realizar-se a providência prisional com a suspensão do feito administrativo decretada a partir da influência merecida aos argumentos produzidos pelo paciente nesta ação, conhecidos com a remessa feita da petição inicial. Aliás, acerca da paralisação da transgressão disciplinar, emite o COMANDO em suas informações (final do item 5 fls. 35), em referência a alusão do

a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade das transgressões disciplinares militares – a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente.” Além disso, em julgamentos de *habeas corpus* contra prisões disciplinares, é quase unânime o posicionamento pela impossibilidade de examinar o mérito administrativo, reservando-se os juízes a verificarem apenas o

paciente de que efetuou pagamento diretamente nos escritórios da Corporação em São Paulo, que não tomará nenhuma providência disciplinar sem que antes os fatos sejam elucidados. Motivos plausíveis havia assim para que o paciente desconfiasse que a qualquer instante pudesse ser alvo de uma prisão disciplinar porque não poderia adivinhar qual seria a valoração dada pelo julgador administrativo, se o trâmite do processo disciplinar seguisse normalmente, e nem projetar a influência merecida às suas argumentações que levaram a própria autoridade à suspensão do processo administrativo. Situando-se exatamente em cima de uma prisão disciplinar previsível pela instauração do processo respectivo há pouco iniciado, embora vindo a ser suspenso, permite aceitar ponderável a assertiva propugnada pelo paciente. (...) Enaltece a necessidade de que lhe fosse encaminhado a discriminação do débito ao fato de o paciente dizer que o pagamento era por ele diretamente efetuado no Escritório do Exército, em que pese não requisitar os recibos devido a confiança depositada nos compromissos daquela Seção Revelada a omissão numa das etapas compreensivas aos atos preliminares à iniciativa do processo disciplinar instaurado, capaz de influir no ânimo para que medida especulada acabasse implementada, é de merecer ressonância ao pleito invocado.” No recurso extraordinário interposto contra o referido julgado, a União Federal alega violação do disposto no artigo 142, parágrafo único, da Constituição Federal, sob o argumento de não ser admissível o writ contra prisão administrativa. A Procuradoria Geral da República, no parecer de folhas 222/226, manifesta-se no sentido do desprovemento do recurso. É o relatório. Decido. Inicialmente, anoto que, consoante decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21 (AI (QO) nº 664.567, de 30 de abril de 2007. Por isso, o caso em exame não mostrava exigível a providência processual, uma vez que o extraordinário foi interposto em 28 de março de 2005, antes do advento do referido instituto. No que concerne ao mérito das questões submetidas ao crivo desta Corte, é de ser realçado o fato de a ordem de habeas corpus ter sido concedida preventivamente, em face de vicissitudes verificadas na intimação do militar levada a efeito pela Corporação Militar, que, por serem relevantes, implicaram a suspensão do curso do procedimento pela autoridade administrativa militar, conforme destacado no voto condutor do acórdão recorrido. Portanto, a concessão da ordem não se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, a invadir o mérito. A respeito do tema, transcrevo a jurisprudência assente nesta Corte: O entendimento relativo ao § 20 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 01/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia habeas corpus, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no § 2º do artigo 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita às de natureza militar” (HC nº 70.648, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 04.03.1994). No mesmo sentido é a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 338.840-1/RS, relatora a Ministra Ellen Gracie, publicada no DJ de 12.09.2003, *in verbis*: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. *Ex positis*, com base no artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, combinado com o artigo 38 da Lei nº 8.038/90, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Int.. Brasília, 18 de abril de 2013. Ministro Luiz Fux. Relator Documento assinado digitalmente.

(STF - RE: 468168 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 18/04/2013, Data de Publicação: DJe-075 DIVULG 22/04/2013 PUBLIC 23/04/2013). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23103692/recurso-extraordinario-re-468168-rj-stf>. Acesso em: 20/06/2017.

pressuposto legais¹³¹.

Por outro lado, é preciso pontuar a existência de um movimento crescente, tanto

¹³¹ HABEAS CORPUS. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DETENÇÃO. DIREITO DE DEFESA. NÃO OBSERVÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. REMESSA DESPROVIDA. -Cinge-se a controvérsia ao julgamento da remessa *ex officio* de sentença concessiva da ordem, proferida em habeas corpus (art. 574, I, do CPP). -No caso, depreende-se não ter sido oportunizado à paciente o direito de pedido de reconsideração ou de interposição de recurso administrativo, o que ensejou violação ao princípio constitucional da ampla defesa, corolário do devido processo legal, além da efetiva violação à liberdade física, através da pena de detenção de 04 (quatro) dias, uma vez que a mesma já se encontrava recolhida, conforme certidão de fl. 43. -Desta forma, verifica-se que houve ilegalidade a ser sanada na via estreita do habeas corpus, sendo certo que, dos elementos coligidos, houve a inobservância do devido processo legal (*due process of law*), não sendo asseguradas as garantias da ampla defesa e do contraditório. -O controle judicial da punição disciplinar militar, na via do habeas corpus, restringe-se à legalidade, como a competência, existência de previsão legal, o devido processo legal, em que lhe seja assegurado o direito de defesa e o contraditório. -E o STF e o STJ são uníssonos no sentido de ser cabível, em sede de habeas corpus, a análise das formalidades do procedimento administrativo-disciplinar que visa apurar transgressão militar. -Remessa desprovida. (TRF-2 - REOCR: 201351010162827, Relator: Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, Data de Julgamento: 05/02/2014, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 12/02/2014). Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24970269/reocr-remessa-ex-officio-criminal-reocr-201351010162827-trf2>. Acesso em: 20/06/2017.

PENAL. ADMINISTRATIVO. HABEAS CORPUS. MILITAR. TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR. -Trata-se de Habeas Corpus com requerimento de medida liminar impetrado pelo próprio paciente João Paulo Florentino de Oliveira, contra prisão supostamente ilegal, pelo período de oito dias decretada pelo Comandante do Centro de Instrução, com fundamento no art. 7º. incisos 46, 53, 66, 76, 83 e seu parágrafo único, todos do RDM. -A admissibilidade de habeas corpus em prisão disciplinar militar. A Constituição é expressa ao afirmar, em seu art. 142, § 2º, que o habeas corpus não abrange este tipo de sanção. Entretanto, doutrina e jurisprudência vêm cunhando entendimento favorável ao cabimento de habeas corpus para controle externo da legalidade formal dessas prisões, com base no art. 5º, incisos XXXV e LXV111 da Constituição. -Não se pode admitir que, eventual, afronta ao princípio da legalidade escape à apreciação do Judiciário, ao argumento de que a sua participação no procedimento ameaçaria a hierarquia, e a autonomia das Forças Armadas. Todavia, permanece vedada, frise-se, a ingerência do Estado-Juiz sobre o mérito das prisões disciplinares, o qual é da competência da Administração Militar e, portanto, passível de controle interno. -Os documentos acostados aos autos demonstram que os direitos do paciente ao contraditório e à ampla defesa não foram respeitados. - Remessa necessária desprovida. (TRF-2 - REO: 201151018021586, Relator: Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND, Data de Julgamento: 06/02/2013, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 20/02/2013). Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23376893/reo-remessa-ex-officio-reo-201151018021586-trf2/inteiro-teor-111701506>. Acesso em: 20/06/2017.

HABEAS CORPUS. MILITAR. SANÇÃO DISCIPLINAR (PRISÃO). PACIENTE REFORMADO. COAÇÃO ATUAL E IMINENTE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. A punição disciplinar por transgressão militar tem a natureza jurídica de ato administrativo, e o seu exame, por meio de Habeas Corpus, embora possível, fica restrito à regularidade formal do ato (competência, cerceamento de defesa, cumprimento de formalidades legais). 2. A ação de Habeas Corpus só pode ser instaurada quando se constatar coação ilegal atual e iminente à liberdade de ir e vir, o que não ocorre no caso concreto, pois, segundo rersai do acórdão proferido pela autoridade ora apontada como coatora, o paciente foi reformado. 3. Destarte, não sendo atual ou iminente; ao contrário, sequer se divisando a possibilidade de cumprimento da referida punição, falece interesse na presente impetração. 4. Writ não conhecido, em consonância com o parecer ministerial (STJ - HC: 80852 RS 2007/0077634-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 27/03/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28.04.2008 p. 1). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7096227/habeas-corporus-hc-80852-rs-2007-0077634-2-stj>. Acesso em: 20/06/2017.

doutrinário quanto jurisprudencial, em defesa do estreitamento do mérito administrativo, resultante, de um lado, pela aplicação da teoria dos motivos determinantes, e, por outro pela irradiação dos princípios constitucionais em todas as esferas do poder.

Entretanto, por se tratar de restrição a direito fundamental, se mostra insuficiente o estreitamento do mérito administrativo, apenas por via judicial, mesmo porque ainda não é um posicionamento unânime, quando se trata de prisão disciplinar militar¹³².

Desta forma, é preciso buscar fundamentos, no contexto normativo inaugurado pelo Estado Democrático de Direito, capazes de demonstrar a necessidade de atuação legislativa, poder essencialmente democrático, no estreitamento da margem discricionária, antes mesmo da produção do ato administrativo, aumentando o grau de vinculação deste através de um regramento claro da disposição da penalidade restritiva de liberdade.

¹³² STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 18670 SC 2005/0192930-4 (STJ)Data de publicação: 20/10/2008

Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. LEGALIDADE DA SANÇÃO. CONTROLE DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO ATO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO DOS MEMBROS DO TRIBUNAL A QUO. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. 1. O controle jurisdicional feito pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame de **eventual ilegalidade do ato, não podendo o juiz invadir o mérito da decisão da autoridade militar e analisar a conveniência, oportunidade ou motivação do ato, pois demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, peculiar ao processo de conhecimento, inviável em sede de habeas corpus**, remédio jurídico-processual, de índole constitucional, que tem como escopo resguardar a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder, marcado por cognição sumária e rito célere. Precedentes do STJ. 2. Não havendo manifestação do Tribunal de origem acerca das alegações de suspeição e impedimento dos membros da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, não pode este Superior Tribunal analisar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (Grifo nosso).

Encontrado em: Vaz. T5 - QUINTA TURMA --> DJe 20/10/2008 - 20/10/2008 RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 18670. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/913229/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-18670-sc-2005-0192930-4>. Acesso em: 20/06/2017.

4.3 A INTERSEÇÃO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO E A DISPOSIÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR RESTRITIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DA BAHIA: PRINCÍPIO BALIZADOR

Sem pretender realizar uma digressão histórica das escolhas políticas dos diversos povos que se organizaram em Estados, ou mesmo das consequências da escolha nas diversas formas de governo implementadas por determinado Estado, é possível afirmar que o Estado de Direito surgiu como uma necessidade de limitar o poder exercido através de um Estado Absolutista.

Quando o Rei, figura representativa do Antigo Regime, aceita submeter-se ao Direito nasce uma nova forma de exercício do poder: um exercício que precisa obedecer a critérios estabelecidos por leis, sendo estas provenientes de uma vontade geral consignada naquele instrumento normativo.

Assim, a autoridade do governante, antes exercida de forma concentrada e ilimitada, guiando-se pelos caprichos do próprio titular do poder, submeteu-se à vontade dos governados, representada na lei. O Estado de Direito inaugura assim um novo sistema de poder, sendo seus mais relevantes fundamentos a separação dos poderes e o princípio da legalidade.

Desta forma o que antes era concentrado, quando um só poder ditava as regras, julgava os casos concretos e ele mesmo executava as regras e sentenças, tornou-se desconcentrado, sendo partilhado entre três poderes: o Legislativo, o Judiciário e Executivo. Além disso, o que era exercido de forma ilimitada, segundo critérios do próprio exercente, encontra limites na lei.

Entre esses dois aspectos fundamentais do Estado de Direito, divisão de poderes e princípio da legalidade, destaca-se o segundo com o seguinte questionamento: quais fatores foram determinantes para submissão do Poder ao Direito?

Incorrendo em risco de simplificar demasiadamente a questão, entende-se que

o contexto de um Estado absolutista, no qual a vontade de um soberano era a lei suprema, sujeita os indivíduos, em geral, a um **permanente estado de incerteza**, em que o livre exercício de direitos essenciais encontra-se em constante ameaça de interferência ou restrição. Prevalece ainda, nesse Estado, ações que se legitimam pela própria discricionariedade, pelas razões do próprio soberano¹³³.

Diante deste cenário, emerge o Estado de Direito como estrutura política capaz de assegurar aos indivíduos, através da certeza e previsibilidade, de que a restrição a direitos essenciais do ser humano somente serão limitados pelo Estado na hipóteses e na forma prevista em lei.

Com isso, ocorre, por parte do indivíduo, uma espécie de conformação, pela aceitação de que cabe ao Estado, em determinados casos, agir restringindo os direitos de alguns em função da ordem social geral. Assim a relação Estado-indivíduo, pautada pela possibilidade de limitação, pelo primeiro, de alguns direitos do segundo, ganha maiores contornos de estabilidade.

Porém no Estado brasileiro, a mera previsibilidade legal das hipóteses e das formas de restrição a direitos não se mostrou suficiente. Foi preciso que o Estado, sobretudo por ter ultrapassado um regime de exceção, reconhecesse expressamente quais eram os direitos essenciais do ser humano e de que forma seriam protegidos.

Surge assim, no Brasil, o que se convencionou chamar de Estado Democrático de Direito. Agora não mais uma autoridade soberana, mas uma norma suprema, consignada não em lei, mas numa Constituição, prevê os direitos considerados essenciais à condição humana, conferindo-lhes o status de direitos fundamentais e outorgando-lhes máxima proteção, através de princípios e regras constitucionais.

A relação Estado-indivíduo deixa de ser meramente restritiva, ganhando um aspecto positivo, pois em concorrência com a possibilidade de restringir direitos surge, para o Estado, a obrigatoriedade de protegê-los não só da ação de outros indivíduos, mas também de possíveis arbitrariedades cometidas pelo próprio Estado.

Nessa breve incursão sobre a evolução do Estado brasileiro, é possível destacar, em qualquer das formas de Estado, a coexistência conflitiva entre o exercício livre de direitos por parte do indivíduo e a discricionariedade administrativa, elemento

¹³³ Binenbojm afirma que a palavra discricionariedade “tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto.” *Op. cit.*, p. 207.

constitutivo ou subjacente às decisões estatais.

No Estado Absolutista, a discricionariedade administrativa prevalecia sobre o exercício de direitos, quando não havia qualquer critério extra administração limitador da vontade do Poder Público, que imperava sobre os administrados, consagrada nos atos de império, nos quais a discricionariedade era elemento constitutivo.

No Estado de Direito, a vontade do Poder Público vincula-se aos critérios estabelecidos por lei. Entretanto, a discricionariedade administrativa permanece, em maior ou menor grau, como elemento subjacente ao ato¹³⁴. À maior ou menor margem de liberdade deixada pelo legislador, corresponde uma maior ou menor atuação discricionária da administração.

Por fim, no Estado Democrático de Direito, além de vincular-se às leis, a atividade administrativa está subordinada aos princípios insertos na ordem jurídica pela Constituição. Nas palavras de Binenbojm¹³⁵, “passa-se a fundamentar a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo”, o que o autor caracteriza por juridicidade administrativa.

Vê-se, portanto, na escala evolutiva do Estado brasileiro um movimento de crescente limitação da discricionariedade administrativa, que se deu em função de uma exigibilidade de máxima vinculação dos atos administrativos constritores do livre exercício dos direitos fundamentais do ser humano.

Entre esses direitos, destaca-se a liberdade de locomoção, reconhecida no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira, protegida pelo *habeas corpus*, ação constitucional prevista no inc. LXVIII, do mesmo artigo, e definido nos moldes do inc. XV, ainda no mesmo artigo.

Conforme já foi visto, as hipóteses de restrição à liberdade de locomoção estão previstas no inciso LXI, também do artigo 5º, sendo qualquer privação de liberdade fora dessas hipóteses, inconstitucional.

Entre as possibilidades de restrição de liberdade previstas na Constituição, destaca-se a proveniente de cometimento de transgressão disciplinar. Para esse

¹³⁴ O termo legalidade administrativa é utilizado para caracterizar essa atuação, afirmando-se que como corolário da confusão entre lei e direito, a imagem da discricionariedade como um poder administrativo externo ao próprio ordenamento jurídico, e fundado na autonomia emergente da personalização da Administração Pública. BINENBOJM, *Ibid.* p. 209.

¹³⁵ *Ibid.* p. 220.

caso, é dispensável qualquer atuação judiciária, sendo consequência do legítimo exercício do poder disciplinar militar.

O poder disciplinar, assim como os demais poderes reconhecidos à Administração Pública, é exercido com diferentes graus de vinculação, a depender dos dispositivos legais que fundamentam o ato administrativo disciplinar, sendo o ato disciplinar militar legitimado constitucionalmente a restringir o direito fundamental a liberdade.

Conforme foi visto, a disposição da sanção de detenção, de natureza restritiva de liberdade, está presente no regramento disciplinar do Estatuto da Polícia Militar da Bahia (EPM). Entretanto, para privação de liberdade do servidor militar, o Estado Democrático de Direito impõe a necessidade de um regramento legal capaz de limitar, a atividade administrativa, pois interfere no exercício de um direito fundamental.

Sendo a atual disposição da sanção disciplinar de detenção elemento normativo que compõe o ato administrativo construtivo, é indispensável que esteja com a conformidade vinculativa exigida para atos restritivos de direitos fundamentais.

Assim, entre a disposição da penalidade de detenção, da forma como prevista no EPM, e a efetiva possibilidade de restrição à liberdade, direito fundamental, impõe-se, como corolário do Estado Democrático de Direito, a necessidade de limitação, em grau máximo, da discricionariedade administrativa.

A interseção entre a privação de liberdade, através de ato administrativo disciplinar, e o Estado Democrático encontra-se na obrigatoriedade do ato fundamentar-se em normas de grau máximo de vinculação.

Portanto, o legislativo, na elaboração de normas direcionadas a atuação administrativa disciplinar deve observar, como medida referencial da técnica legislativa, se compõe ou fundamentam atos administrativos aptos a cercear a liberdade dos que estão sujeitos a determinado regramento disciplinar. Desta forma, atuam em respeito ao o que se pretende caracterizar como funções do elemento de interseção, que serão delineadas nos dois tópicos seguintes.

4.3.1 – Funções do Elemento de Interseção e a Disposição da Sanção Restritiva de Liberdade no Estatuto da Polícia Militar da Bahia

O elemento de interseção entre atos administrativos privativos de liberdade e o Estado Democrático de Direito, consolidado na obrigatoriedade de elaboração de normas de máxima de vinculação, possui duas funções específicas e complementares, ambas afetas ao poder legislativo.

A primeira, já mencionada no tópico anterior, relaciona-se ao momento de elaboração da lei pelo poder legislativo. Nessa fase, o elemento de interseção tem função instrumental que atua diretamente na técnica legislativa.

O poder legislativo, ao observar que determinada norma é elemento de fundamentação ou composição de ato administrativo construtivo de liberdade, deve pautar-se por uma técnica que vincule, em grau máximo, a atuação administrativa, reduzindo, significativamente, a margem interpretativa ou apreciativa da autoridade disciplinar.

A segunda função é a de garantia de certeza jurídica aos que estão diretamente subordinados a determinado regime disciplinar, pois, ao obrigar a elaboração de normas com grau máximo de vinculação, o elemento de interseção determina que o extrato legal produzido pelo legislativo contenha atributos de clareza, comunicabilidade e previsibilidade.

As funções se complementam numa medida de proporção direta, pois quanto mais a técnica legislativa utilizar-se da instrumentalidade do elemento de interseção, maior será o grau de certeza jurídica extraído do dispositivo legal. Em sentido contrário, é possível afirmar que as normas disciplinares que possuem um menor grau de certeza jurídica foram elaboradas com menor utilização instrumental do elemento de interseção.

Nesse momento, é imperioso analisar, com base nas duas funções delineadas, a disposição da sanção restritiva de liberdade no EPM, verificando se a atuação legislativa encontra-se em conformidade com o elemento de interseção, salientando a relação direta existente entre este e a possibilidade de restrição à liberdade, por ato administrativo, no atual Estado Democrático de Direito.

Em tópicos anteriores do presente trabalho, verificou-se a existência de duas fases necessárias para estabelecer o *quantum* incidente da sanção de detenção. A

primeira é a determinação, pela autoridade administrativa disciplinar militar, da gravidade da conduta o que, conforme foi visto, é realizada com base em textos normativos abertos, **portanto de grau intermediário de vinculação**.

Na segunda fase, com base na margem delimitada pela Lei, a autoridade administrativa especifica a quantidade exata de dias que o sancionado terá a liberdade restringida. Ocorre que a delimitação legal, além de muito ampla, não estabelece critérios de redução ou aumento da sanção, bem como não se orienta pela taxatividade, não há uma vinculação específica entre a conduta transgressora e a sanção cabível.

Portanto, nessa fase, há uma atuação administrativa de **baixo grau de vinculação**, pois a decisão administrativa orienta-se, exclusivamente, pelo princípio da proporcionalidade, diante de uma ampla margem de escolha.

Diante disso, verifica-se que a técnica legislativa utilizada para elaboração de norma disciplinar, que compõe e fundamenta ato administrativo restritivo de liberdade, distanciou-se do elemento de interseção imposto pelo Estado Democrático de Direito.

A consequência mais notável desse afastamento se configura num menor grau de certeza jurídica a que estão sujeitos os policiais militares do Estado da Bahia, pois, conforme destacado linhas atrás, quanto menor o exercício da função instrumental do elemento de interseção, por parte do legislativo, menor o grau de certeza extraído do produto legal final.

Desta forma, demonstrado o estado de insegurança jurídica a que estão submetidos os militares do Estado da Bahia é necessário agora, como proposta final do trabalho, definir o princípio da segurança jurídica como balizador de uma atuação legislativa voltada a implementar uma nova sistemática de disposição da sanção disciplinar restritiva de liberdade.

4.4 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO BALIZADOR DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA DIANTE DE ATOS CAPAZES DE RESTRINGIR A LIBERDADE

O presente trabalho não se trata de um estudo completo sobre segurança jurídica, portanto, antes de ingressar propriamente na construção da proposta final, é necessário delimitar os aspectos do referido princípio que serão considerados.

Inicialmente, destaca-se a não inclusão, pelo constituinte, da segurança jurídica como princípio constitucional, pelo menos de forma explícita. Entretanto, parece não haver dúvidas, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial, de que o princípio mencionado possui fundamento constitucional.

O segundo aspecto a ser evidenciado é a relação entre segurança jurídica e Direito, como instrumento de previsibilidade e estabilidade das relações entre os diversos indivíduos e entre estes, seja de forma individual ou coletiva, e o Estado.

E, por último, considerando que a segurança jurídica, como princípio constitucional, vincula os três poderes, quais as exigências que decorrem para o Legislativo.

Esclarecidos esses três aspectos, será analisada a relação entre o princípio da segurança jurídica e o direito à liberdade, diante da possibilidade de restrição desse bem por ato administrativo disciplinar.

No tocante ao primeiro aspecto, diversos posicionamentos doutrinários, ou jurisprudenciais, revelam o fundamento constitucional da segurança jurídica, sendo considerado, portanto, um princípio de natureza constitucional, apesar de não estar expressamente previsto na Constituição.

Desta forma, entende-se prescindível, por conta da dimensão deste trabalho, uma maior investigação à respeito dos fundamentos constitucionais do princípio da segurança jurídica. Um breve olhar pela doutrina e jurisprudência é suficiente para considerar a segurança jurídica como princípio constitucional.

Entre a doutrina, destaca-se o posicionamento de Humberto Ávila, que ao ingressar em estudo sobre segurança jurídica, delimita, como objeto da pesquisa, a segurança jurídica como princípio constitucional¹³⁶. Em seguida, o autor afirma que “a Constituição é inequívoca: institui um Estado Democrático destinado a assegurar a segurança como valor¹³⁷.”

A referência a segurança jurídica como princípio constitucional também pode ser encontrada em Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁸, Rafael Valim¹³⁹, Heleno Tavares

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 82.

¹³⁷ *Ibid*, p. 208.

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Estado de Direito e Segurança Jurídica*. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 46.

¹³⁹ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo*. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 65 – 94.

Torres¹⁴⁰ e Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁴¹. Esse último ainda destaca o empenho do STF em construir o fundamento constitucional da segurança jurídica, citando alguns de votos¹⁴² dos Ministros, que se posicionam conferindo-lhe status de princípio constitucional.

Diante destes exemplos, adota-se, neste trabalho, a premissa de que a segurança jurídica é princípio constitucional, fundamentado, sobretudo, nas exigências da escolha política por um Estado Democrático de Direito. Pois, conforme visto anteriormente, essa forma de Estado limita o poder estatal através das leis, obrigando-o ainda a conferir proteção aos direitos individuais e sociais considerados fundamentais.

Instituída a premissa de segurança jurídica como princípio constitucional, verifica-se, a partir de agora, a relação entre este princípio, o Direito e o princípio da legalidade.

Entre as necessidades elementares do ser humano, evidencia-se a segurança, em sentido físico e psicológico, pois é natural que o indivíduo, procure estar seguro e sentir-se seguro. A construção de abrigos, o cultivo de alimentos para o consumo próprio e da família, o ideal de estabilidade financeira e emocional, são fatos humanos que revelam a permanente busca por segurança.

É o estado de segurança que propicia ao indivíduo o livre exercício e aprimoramento de suas capacidades naturais, o que permite concentrar seus esforços naquilo que considera capaz de trazer-lhe felicidade.

Entre os diversos aspectos da vida destaca-se a relação entre os indivíduos e entre estes e o Estado, seja de forma individual ou coletiva. A incerteza nessas relações é configurada pela incapacidade imaginativa de um comportamento específico por parte do outro, em determinada situação, no desconhecimento das consequências que podem ser impostas pelo Estado diante de um comportamento próprio, ou mesmo na atuação ordinária do ente governante, voltada a restringir direitos individuais.

¹⁴⁰ TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p. 18

¹⁴¹ ALMEIDA, Fernando Menezes de Almeida. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 56.

¹⁴² *Ibid.* p. 57.

Essa falta de certeza, ou até mesmo de uma mínima previsibilidade, interfere na esfera íntima do indivíduo, impedindo ou dificultando o planejamento e ações idôneas a dignificar o indivíduo em sua completude valorativa a respeito da vida.

Diante desta necessidade humana, o Estado brasileiro optou por prever e estabilizar essas relações através do Direito, estabelecendo os limites e consequências de determinados atos. Afirma-se, portanto, que as normas jurídicas se destinam a predefinir, a antecipar, quais as condutas recebem seu aval, quais são repelidas e quais efeitos decorrerão em uma e outra hipótese¹⁴³.

Estabelece-se assim a relação entre segurança jurídica e Direito, sendo este o instrumento que comunica aos indivíduos quais condutas são proibidas, quais são permitidas e quais são obrigatórias, impondo, a cada uma, consequências diretas. Com isso, possibilita aos indivíduos conduzirem-se de maneira específica diante de determinado fato, além da real expectativa de que o outro se comporte de uma maneira esperada, bem como de uma previsibilidade em relação à atuação estatal.

A ordem jurídica constitui, assim, “uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos, afastando liminarmente qualquer imprevisto ou surpresa que poderia lhes advir se não existisse esta preliminar notícia sobre o alcance de sua ação futura.”¹⁴⁴

É através do Direito, portanto, que o princípio da segurança jurídica se concretiza. No Estado Democrático de Direito é o ordenamento jurídico que proporciona aos indivíduos certeza e previsibilidade, principalmente em relação à atuação estatal. Sobre segurança jurídica, somente o ordenamento jurídico poderá densificá-la normativamente como princípio jurídico apto a limitar a atuação estatal.¹⁴⁵

Assim, vinculam-se os princípios da segurança jurídica e da legalidade sendo este um instrumento de realização daquele¹⁴⁶. Ressalta-se, entretanto, que a segurança não só decorre da Constituição, como está presente na própria Constituição, quando, em relação a algumas matérias, há previsão constitucional da forma, competência e critérios da atuação estatal na restrição de direitos individuais.

¹⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Estado de Direito e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ ÁVILA. *Op. cit.*, p. 195.

¹⁴⁶ *Ibid.* p. 202.

Sendo, portanto, o princípio da legalidade instrumento concretizador do princípio da segurança jurídica fica a cargo do poder Legislativo, primeiramente, a elaboração de leis, com a observância dos requisitos previstos constitucionalmente, a fim de conferir grau máximo de certeza jurídica aos indivíduos em relação à atuação estatal capaz de limitar o livre exercício de direitos daqueles.

É com base no ordenamento jurídico que os poderes Executivo e Judiciário atuam, o primeiro, em regra, limitando direitos dos cidadãos e o segundo aplicando o regramento jurídico adequado à resolução de determinado conflito. Além disso, cabe ainda ao poder Judiciário realizar a controlabilidade das leis emanadas pelo legislativo, tendo por base a Constituição.

Assim, o princípio constitucional da segurança jurídica vincula a atuação dos três poderes, já que o legítimo exercício do poder deve orientar-se pelas prescrições legais ou constitucionais no sentido de estabilizar as relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado.

É preciso, portanto, analisar o princípio da segurança jurídica sob responsabilidade do poder legislativo, que limita diretamente a atuação estatal quando direcionada a restringir direitos individuais. Propõe-se responder a seguinte questão: em qual sentido e sob que forma o indivíduo encontra a segurança jurídica no ordenamento jurídico?

O Estado Democrático de Direito surgiu com o reconhecimento, pelo Estado, dos direitos do ser humano considerados essenciais. Além disso, tais direitos receberam máxima proteção constitucional, na medida em que receberam o status de direitos fundamentais, além de serem estabelecidos alguns critérios e remédios protetivos a favor deles.

Portanto, se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função¹⁴⁷. Indissociável, portanto, a garantia de proteção de direitos fundamentais, contra a atuação estatal, “pelo ordenamento jurídico” e a necessidade de proteção “do ordenamento jurídico”¹⁴⁸.

Do ordenamento jurídico, pois, em caso de mudanças intertemporais, a exemplo de superveniência de lei especial, as relações jurídicas já constituídas são protegidas

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 213.

¹⁴⁸ Essa forma de divisão é encontrada em Valim, *op. cit.* p. 74, sendo também proposta por Humberto Ávila, porém dividindo em dimensões da segurança jurídica, conforme referência aposta na nota de rodapé seguinte.

e estabilizadas, no que se entende por segurança jurídica do ordenamento jurídico que vigorava anteriormente e ditava as regras das relações anteriores a lei nova.

Entretanto, a ênfase que se quer dar, neste trabalho, é na proteção dos direitos “pelo ordenamento jurídico”, o que se configura como segurança jurídica em essência, na mera positividade do ordenamento jurídico.

Nesse sentido¹⁴⁹ de segurança jurídica “pelo ordenamento jurídico”, destaca-se a certeza e a previsibilidade, sendo a estabilidade a segurança “do ordenamento jurídico”.

A certeza concretizasse pelo entendimento do texto normativo, extraindo-se as consequências futuras para determinados fatos. Desta forma, os destinatários das normas orientam o seu modo agir, através da compreensão do texto normativo e das consequências atribuídas a determinadas condutas.

Já a previsibilidade, que tem como pressuposto a cognoscibilidade da norma¹⁵⁰, se configura na capacidade de presumir, com base nos critérios objetivos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, a forma de atuação estatal futura, diante de determinado fato ainda não ocorrido, mas que poderá ocorrer.

Por último a estabilidade, que trata, especificamente, das relações intertemporais, diante da necessidade de proteção das relações passadas e dos direitos delas contraídos, em virtude do ingresso, no ordenamento jurídico, de uma lei nova ou da interferência do tempo nas relações jurídicas. Aqui, não pode o Estado atuar desfazendo as relações jurídicas já consolidadas e, caso assim faça, o prejudicado poderá buscar a proteção da ordem jurídica.

Dentre essas três características, inerentes à concepção de segurança jurídica, a tarefa legislativa deve desenvolver-se no sentido de segurança jurídica “pelo ordenamento jurídico.”

É dizer que, ao estabelecer critérios para atuação estatal voltada à restrição de direitos dos indivíduos, deve o legislativo conceder a estes a garantia de uma segurança jurídica, elaborando um texto claro, acessível e efetivo.

¹⁴⁹ Humberto Ávila utiliza-se do sentido estático e sentido dinâmico da segurança jurídica, localizando a cognoscibilidade no primeiro e a confiabilidade (estabilidade) e calculabilidade (previsibilidade) no segundo, atribuindo as qualidades necessárias para a configuração da segurança jurídica em ambos os sentidos. ÁVILA, *Op. cit.* p. 295 – 299.

¹⁵⁰ VALIM, *op. cit.*, p. 75.

Além disso, ultrapassada a barreira da compreensão normativa, deve o indivíduo poder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã¹⁵¹. A ideia de poder controlar o futuro confere ao ser humano uma dimensão de liberdade incomparável, pela possibilidade de orientar suas ações presentes ciente das possibilidades de interferência estatal que pode vir a sofrer.

Portanto, o indivíduo encontrará segurança jurídica pelo ordenamento jurídico quando o texto normativo for produzido garantindo certeza e previsibilidade da atuação estatal, diante de determinado fato concreto.

Assim, considerando que o exercício do poder disciplinar militar, quando impõe ato restritivo de liberdade aos agentes submetidos a determinado regramento disciplinar, configura-se uma atuação estatal voltada a limitar direito fundamental, deve vincular-se a um ordenamento jurídico atribuído de certeza e previsibilidade.

A legalidade administrativa, conforme visto anteriormente, é a atividade administrativa que vincula-se à lei, deixando maior ou menor margem de liberdade decisória para a autoridade administrativa.

No que tange à disposição da sanção disciplinar de detenção, elemento que compõe ato administrativo privativo de liberdade, foi visto que o regramento disciplinar do Estado da Bahia vincula a autoridade em graus intermediário e baixo.

Entretanto, ao demonstrar a necessidade de uma lei certa e previsível não se quer aqui fazê-la apenas em consideração ao aplicador da norma, a autoridade administrativa, mas também em relação ao destinatário, os policiais militares do Estado da Bahia submetidos ao regramento disciplinar previsto.

Assim, a exigência, decorrente do princípio da segurança jurídica, para o poder legislativo é a elaboração de normas certas e previsíveis para os destinatários e aplicadores. Pois, entre as pretensões da autoridade e as pretensões de liberdade, o princípio da segurança jurídica emerge como garantia protetiva contra as atuações estatais dirigidas por vontade uma arbitrária e meramente opressiva, resquício de um Estado Policial.

Diante disto, é preciso, considerando a forma como está disposta a sanção restritiva de liberdade, no regramento disciplinar dos policiais militares do Estado da Bahia, verificar o grau de segurança jurídica propiciada aos respectivos agentes pelo ordenamento jurídico.

¹⁵¹ ÁVILA, *op. cit.*, p. 298.

Em seguida, propõe-se uma atuação legislativa orientada a conferir grau máximo de segurança jurídica aos policiais militares do Estado da Bahia, diante da possibilidade de se verem em restrição de liberdade por ato administrativo disciplinar.

4.4.1 Necessidade de Atuação do Poder Legislativo Orientada pelo Princípio Constitucional da Segurança Jurídica: por uma sistematização

Conforme visto no tópico 4.2, a atual disposição da sanção disciplinar de detenção, de natureza restritiva de liberdade, prevê duas fases para aplicação dessa penalidade administrativa.

Considerando, portanto, a forma como as duas fases estão dispostas e tendo como referência os requisitos estruturais¹⁵² que tornam uma norma cognoscível e previsível para os destinatários, busca-se, nesse tópico, verificar o grau de segurança jurídica do regramento disciplinar a que os policiais militares do Estado da Bahia estão submetidos.

Cognoscível é a qualidade daquilo que pode ser conhecido e compreendido, é a qualidade da norma que torna o ordenamento jurídico instrumento legítimo a orientar os destinatários e aplicadores, sendo a norma, por sua vez, aquilo que se extrai da compreensão de determinado texto normativo.

O que precisa ser cognoscível, portanto, é o texto normativo. Diante disso, Humberto Ávila estabelece alguns requisitos estruturais necessários para que o texto normativo seja conhecido e entendido, o que contribui para que a concepção de segurança jurídica não se torne mero instrumento de retórica argumentativa.

O autor utiliza como parâmetro o Direito Tributário, entretanto, as considerações acerca dos requisitos considerados servem de orientação para outros ramos do Direito, pois os critérios escolhidos caracterizam a configuração do princípio da segurança jurídica, que, conforme foi visto, tem fundamento constitucional.

Sendo assim, tem máxima efetividade, ainda mais quando se trata de possibilidade de restrição a bens e direitos considerados fundamentais. Portanto, o regramento disciplinar voltado aos policiais militares, que possibilita a privação de

¹⁵² Utilizado aqui a denominação proposta por Humberto Ávila, bem como os requisitos definidos pelo autor. ÁVILA, *op. cit.*, p. 305.

liberdade por autoridade administrativa disciplinar, exige máximo grau de segurança jurídica com superação dos requisitos estruturais delineados pelo autor.

Além da cognoscibilidade, o ordenamento deve ter como atributo a previsibilidade, sendo aquele um pressuposto deste. Esse atributo configura-se pela possibilidade de antecipar as consequências a atos, próprios e alheios¹⁵³. Ávila desloca esse atributo para o sentido dinâmico da segurança jurídica, considerando-o quando já existente uma legítima atuação de um dos poderes em relação ao cidadão.

Entretanto, o sentido que se pretende abordar considera a relação poder-indivíduo ainda como possibilidade, sendo possível evidenciar uma dimensão estática da previsibilidade. Quando a mera positividade normativa, seja de ordem constitucional ou infraconstitucional, vincula a atividade dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, ficando o poder Judiciário condicionado a atuar, exclusivamente, numa dimensão dinâmica da segurança jurídica.

Retira-se, portanto, a interferência dos processos argumentativos na imposição de uma consequência por parte do Poder Público, revelando o aspecto estático da previsibilidade, diante da possibilidade de antecipar determinadas consequências a partir da compreensão normativa.

Inicialmente, a disposição da penalidade de detenção será analisada tendo por referência o atributo da cognoscibilidade, ressaltando-se que, entre os critérios apresentados pelo autor, nem todos serão abordados, ou o serão de forma superficial, por entender que estão superados pela atual disposição ou que não são pertinentes à questão escolhida.

Ao determinar os requisitos da cognoscibilidade, Humberto Ávila propõe a divisão entre cognoscibilidade material e cognoscibilidade intelectual. Os primeiros são aqueles relacionados à acessibilidade, abrangência e possibilidade de identificação normativa.

Em relação à acessibilidade, são citados pelo autor a publicação, a intimação e vigência. Em relação aos dois primeiros, não há maiores obstáculos para que os destinatários e aplicadores tenham acesso ao conteúdo do regramento disciplinar. O EPM e o RDPM são dispositivos conhecidos pela tropa desde o período de formação, sendo a maior parte dos atos administrativos, no âmbito da Polícia Militar da Bahia, vinculada aos dois diplomas legais.

¹⁵³ *Ibid.* p. 614.

Dificuldade surge quando se questiona a respeito da norma vigente. Como o EPM não revogou expressamente o RDPM, algumas matérias que não foram tratadas pela Lei superveniente ainda vigoram segundo o ordenamento anterior. Desta forma, alguns aspectos da disposição da penalidade de detenção, presentes no RDPM, não são considerados no momento da aplicação, ou mesmo conhecidas pelo policial militar possivelmente sancionado.

Entre esses aspectos destaca-se, por exemplo, a determinação da gravidade da conduta. Os atos decisórios que culminam em punição de policial militar¹⁵⁴ descrevem o fato objeto de apuração, as diligências realizadas pelo encarregado do processo, com os respectivos resultados, e a opinião do encarregado, quando, por fim, a autoridade aplicadora concorda ou não com o parecer. Não há, em regra, qualquer menção a como se estabeleceu a gravidade da conduta ou quais critérios definiram o *quantum* incidente.

A única forma de limitação, ainda reconhecida, é a regra contida no RDPM, que limita a quantidade de dias a serem aplicados, em razão da autoridade aplicadora¹⁵⁵. Ocorre que, conforme mencionado anteriormente, o dispositivo trata, com maior amplitude, da penalidade prisão, que foi tacitamente revogada pelo EPM. Além disso, a limitação, exclusivamente em razão da autoridade, ainda carece de segurança jurídica, prevalecendo o argumento de autoridade sobre o e liberdade.

Entre os requisitos de abrangência normativa, são apontados a codificação, a incidência de normas gerais e a pertinência. Os dois últimos critérios estão ligados, mais precisamente, ao Direito Tributário, não merecendo, em função disso, uma análise mais detida.

Já no que se refere à codificação, é indispensável traçar algumas considerações. Primeiro pelos efeitos positivos de um regramento codificado, depois porque essa qualidade da segurança jurídica relaciona-se com a proposta final do presente trabalho. A fim de manter uma ordem da abordagem, serão destacados, nesse momento os aspectos positivo de uma codificação do atual regramento disciplinar. Em seguida, o tema será retomado com o objetivo de consolidar o posicionamento final.

¹⁵⁴ Os ato decisórios punitivos são publicados em Boletim Geral Ostensivo, quando a autoridade aplicadora é o Comandante Geral, ou em Boletim Interno Ostensivo, quando a autoridade aplicadora é o Comandante imediato do apenado. Ambos instrumentos de publicação são acessíveis, exclusivamente, ao público interno da PMBA.

¹⁵⁵ O dispositivo já foi transcrito em nota de rodapé 118.

A codificação permite que toda a matéria referente ao tema concentre-se num único dispositivo, facilitando o acesso aos destinatários e aplicadores da norma. No atual regramento disciplinar, objeto do trabalho, significaria reunir, no mesmo instrumento, a definição de critérios para estabelecer a gravidade da conduta e a cominação da punição cabível para condutas, de acordo com a gravidade.

Além disso, a ordenação sistemática serve de instrumento de acessibilidade intelectual, já que a ordenação das partes possibilita uma maior clareza em relação ao conteúdo das normas¹⁵⁶.

A sistematização da penalidade restritiva de liberdade, em dispositivo único, é o requisito mais adequado a consecução do fim a que se propôs o presente trabalho: conferir um grau elevado de segurança jurídica aos policiais militares do Estado da Bahia. Por conta disto, considerando os aspectos desse requisito, será definida, ao final do tópico, como sugestão, uma forma de sistematização da penalidade de detenção.

Por fim, tratando-se ainda de cognoscibilidade material, a possibilidade de identificação normativa não é requisito que deva ser considerado no presente estudo, visto que não há demandas ou decisões judiciais que ponderem pela inconstitucionalidade do atual ordenamento disciplinar dos militares do Estado da Bahia.

A cognoscibilidade intelectual restringe-se à concepção de inteligibilidade, aquilo que pode ser compreendido. O texto normativo, além de poder ser conhecido, acessível, deve ser elaborado de forma que o destinatário consiga se orientar diante das prescrições normativas. Há, portanto, uma qualidade a mais daquilo que se extrai do texto, pois, além de entendê-lo, o destinatário é capaz de se guiar por ele.

A inteligibilidade vincula-se, desta forma, aos requisitos de clareza e determinabilidade normativa. Uma norma clara e determinada evita descrições genéricas ou a utilização, em excesso, de termos indeterminados.

Conforme foi visto, a primeira fase de determinação da penalidade de detenção, a definição da gravidade de conduta, é prevista com a utilização exclusiva de textos normativos abertos. Na segunda fase, há uma descrição genérica da consequência que pode ser atribuída em virtude da prática de determinada transgressão, pois não há um vinculação específica entre a transgressão disciplinar e a sanção cabível

¹⁵⁶ ÁVILA, *op. cit.*, p. 311.

Portanto, os requisitos de cognoscibilidade propostos por Humberto Ávila, seja material ou intelectual, não são superados pelo atual ordenamento disciplinar a que estão submetidos os policiais militares do Estado da Bahia. Isto já seria suficiente para considerar o grau de segurança jurídica baixo, logo inadequado para tratar de matéria legítima a privar a liberdade de significativa parcela de indivíduos.

Entretanto, de forma de consolidar ainda mais esse entendimento, segue-se com a abordagem dos requisitos de previsibilidade¹⁵⁷. Entres estes, por considerar esse atributo da segurança jurídica em sua dimensão estática, somente será possível analisar a vinculatividade normativa pela limitação¹⁵⁸.

Inobstante a vinculatividade normatiza limitar a atuação dos três poderes, aqui interessa apenas a limitação imposta à atividade do Poder Executivo, ao qual a autoridade disciplinar militar encontra-se subordinada.

Os limites impostos à atividade do Poder Executivo são encontrados no âmbito externo e interno da atuação. Em relação ao segundo, é despidendo tratar nesse momento, visto que são limites impostos pela atuação estatal pretérita, uma “autovinculação”¹⁵⁹. Sendo que esta é formada em função de uma relação entre o Executivo e o indivíduo, envolvendo a decisão num processo argumentativo.

Conforme já mencionado, o destaque da previsibilidade aqui considerado é relativo à dimensão estática da segurança jurídica, anterior a qualquer relação entre o Executivo e indivíduo que envolva um processo argumentativo, para ser mais exato, um processo disciplinar, considerando o objeto do presente trabalho.

Nessa esfera de limitação, a externa, a atividade administrativa fica vinculada diretamente à lei e indiretamente aos princípios constitucionais. Nesse sentido, é possível afirmar que o atributo de previsibilidade, considerada a segurança jurídica em sentido estático, resta configurado pela diminuição do universo de consequência normativas atribuídas, em abstrato, aos atos praticados pelos indivíduos¹⁶⁰, bem como

¹⁵⁷ Humberto Ávila prefere a utilização do termo calculabilidade, justificando essa escolha por entender que esse termo é mais adequado à ideia de o cidadão poder antecipar, em grande medida, os efeitos normativos das normas jurídicas. Ao contrário da previsibilidade, que sugere certeza absoluta. ÁVILA, op. cit., p. 131 -132. A opção pelo termo previsibilidade se dá em razão do objeto do presente trabalho, que tem como fundamento o pleno exercício da liberdade, bem de natureza fundamental e de extrema relevância, que não pode ficar à mercê de incertezas de qualquer natureza. Além disso, a calculabilidade, da forma como evidenciada pelo autor, sofre interferência dos processos argumentativos, algo que não é considerado na dimensão estática, quando relação entre cidadão e Estado encontra-se na esfera da mera possibilidade.

¹⁵⁸ ÁVILA, op. cit., p. 607.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 622.

¹⁶⁰ *Idem.*

pela impossibilidade de aplicação de consequência não prevista em lei, ou ainda de forma diferente da prevista em lei.

No ordenamento disciplinar em análise, somente a título exemplificativo, é possível prever, com certeza absoluta que, para uma transgressão considerada leve, a penalidade de detenção não poderá ultrapassar 10 dias.

Ocorre que, conforme foi visto, há extrema dificuldade em prever se determinada transgressão será considerada leve, média ou grave, transformando a certeza absoluta em mera expectativa e estado de sujeição a uma vontade subjetiva da autoridade administrativa disciplinar militar.

A análise da atual forma de disposição da penalidade de detenção, diante dos requisitos estruturais do princípio da segurança, estabelecidos por Humberto Ávila, demonstra o estado de incerteza a que estão sujeitos os militares estaduais. Mitiga-se o direito ao pleno exercício da liberdade, em função de uma atuação administrativa disciplinar que, pelo fato de fundamentar-se por lei, qualifica a incerteza como incerteza jurídica ou insegurança jurídica.

Diante desse quadro, tendo a referência de que são inseparáveis as noções de legalidade, segurança jurídica e de um Estado de Direito garantidor da liberdade¹⁶¹, pugna-se por uma atuação legislativa apta a uma elaboração normativa que produza um instrumento capaz de conferir, aos militares pertencentes ao Estado da Bahia, máximo grau de segurança jurídica.

O primeiro passo foi dado nessa direção, quando, no ano de 2104, representantes do Governo e da classe reuniram-se com o intuito de elaborar um Código de Ética e Disciplina dos militares estaduais, além de um novo Estatuto para a PMBA.

Entretanto, até a presente data, o Governo não apresentou ao Legislativo qualquer projeto de lei que possa modificar a situação atual, o que possibilita, seguindo o sentido a que se propôs o presente trabalho, delinear, de forma sugestiva, alguns aspectos que devem ser considerados, caso o Legislativo se empenhe nessa tarefa.

O primeiro ponto a ser destacado é o crescente movimento, liderado por algumas associações de Praças, e apoiados por alguns Oficiais, a favor da exclusão da penalidade restritiva de liberdade do âmbito da Polícia Militar da Bahia.

¹⁶¹ ALMEIDA, op. cit., p. 63.

Em que pese a necessidade de um novo trabalho de pesquisa, para tomada de um posicionamento mais adequado, é possível tecer alguns comentários sobre a questão, que mais funcionarão como questionamentos.

Primeiramente, cabe evidenciar que a possibilidade sanção disciplinar restritiva de liberdade em face de militares não é inconstitucional. Apesar de ser bastante clara a previsão do artigo 5, inciso LXI, alguns policiais militares sustentam o argumento da inconstitucionalidade, baseados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em que pese a relevância do mencionado princípio, o constituinte optou, nesse momento, por conceder maior importância aos princípios basilares dos organismos militares: a hierarquia e a disciplina.

A sanção administrativa restritiva de liberdade é um eficaz instrumento de controle disciplinar, desconsiderado, neste momento, qualquer outro fator que possa interferir na afirmativa, tais como as necessidades logísticas para cumprimento da punição, os efeitos psicológicos causados no agente e as consequências na prestação do serviço público, dentre outros.

Ocorre que a mera possibilidade de ver-se privado da liberdade, em regra, produz uma necessidade, ainda que involuntária, pois inerente a própria condição humana, de manter-se livre, manter-se seguro e estável. Se para isso é indispensável seguir determinadas regras, numa análise custo-benefício, a maioria das pessoas prefere a segunda opção.

Não está se admitindo, com isso, um posicionamento fundamentalista pela manutenção irrestrita da penalidade restritiva de liberdade no seio dos organismos militares. Entretanto, como qualquer mudança, é imprescindível que haja um análise mais detida dos efeitos positivos e negativos que podem surgir dessa decisão, para, ao final, de maneira prudente, optar pela manutenção ou exclusão.

Conforme já mencionado na nota 87 do presente trabalho, dois entes federativos já optaram pela exclusão das penalidades restritivas de liberdade. Tais precedentes já podem servir de norte para um específico trabalho de pesquisa, orientado a estabelecer critérios objetivos para uma tomada de decisão. O que é não se admite é a exclusão por mero capricho ou interferência de opções ideológicas, com argumentos vazios de tecnicidade.

Feita essa ressalva, e considerando que a sanção restritiva de liberdade ainda é instrumento eficaz de manutenção da disciplina da tropa, segue-se com algumas

considerações que objetivam, simplesmente, favorecer o pleno exercício de liberdade, quando em conflito com o exercício do poder disciplinar militar, por meio do princípio constitucional da segurança jurídica.

O primeiro requisito estrutural a ser superado pelo Legislativo baiano é a necessidade de codificação do regramento disciplinar, sendo este pressuposto para os demais requisitos. Observa-se que, até o momento, ao fazer referência a forma atual como está prevista a penalidade de detenção, utilizou-se o termo “disposição”.

A preferência por esse termo não foi em vão, já que a forma como está prevista a referida penalidade apenas disponibiliza para autoridade disciplinar militar a possibilidade aplicação da sanção, sem quaisquer critérios objetivos e específicos, que determinem a atuação do aplicador.

A codificação traz, como consequência, a necessidade de ordenação sistemática, ou simplesmente de uma sistematização. Assim, é através da codificação que todo regramento disciplinar, pertinente aos militares estaduais, estará concentrado em único dispositivo, e de forma sistematizada. Mas como seria esse sistema?

O ponto mais relevante a ser destacado numa possível atuação legislativa situa-se na determinabilidade da gravidade da transgressão disciplinar. Essa função, quando delegada à própria autoridade administrativa disciplinar, induz o legislativo, pela dificuldade em traçar critérios objetivos, a utilizar conceitos valorativos abertos, o que, inevitavelmente, conduz a um estado de insegurança jurídica, conforme já delineado.

Sendo assim, figura como solução adequada à questão que o próprio legislativo defina a gradação de cada conduta, segundo critérios impostos pelo Estado Democrático de Direito, do qual o Poder Legislativo é legítimo representante, conforme já destacado.

Além disso, é imperioso que, para cada conduta prevista como transgressão, ou mesmo para cada bloco, considerando a definição da gravidade, haja um limite abstrato da sanção restritiva de liberdade, o que, além de reduzir a margem apreciativa da autoridade julgadora, garante segurança jurídica aos militares, na medida que contribui para uma maior previsibilidade das consequências.

Apenas de forma ilustrativa, transcreve-se parte do Código Disciplinar dos Policiais Militares do Estado de Pernambuco que, desde o ano de 2000, utiliza-se do sistema proposto:

DAS TRANSGRESSÕES DE NATUREZA GRAVE

Art. 75 - Utilizar-se do anonimato para qualquer fim.

Pena: Prisão, de 11 a 20 dias.

Parágrafo único. Se do anonimato resultar ofensa a pessoa ou à Corporação.

Pena: Prisão, de 21 a 30 dias.

Art. 76 - Deixar de punir o transgressor da disciplina.

Pena: Prisão, de 5 a 10 dias.

[...]

DAS TRANSGRESSÕES DE NATUREZA MÉDIA

Art. 128 - Faltar com a verdade.

Pena: Detenção de 20 a 30 dias.

Art. 129 - Deixar de comunicar a tempo, ao superior imediato, ocorrência no âmbito de suas atribuições quando se vingar suspeito ou impedido de adotar providências a respeito.

Pena: Detenção, de 20 A 30 dias.

[...]

DAS TRANSGRESSÕES DE NATUREZA LEVE

Art. 167 - Apresentar parte ou recurso contra superior sem observar as normas regulamentares.

Pena: Detenção, de 6 a 10 dias.

Art. 168 - Deixar de comunicar ao superior a execução de ordem dele recebida.

Pena: Detenção, de 6 a 10 dias.

Essas duas medidas, em conjunto com uma técnica legislativa que opte por um texto normativo claro e inteligível, são essenciais para a consolidação do princípio da segurança jurídica, que, pela própria natureza constitucional, vincula o Poder Legislativo, servindo, ou devendo servir, de princípio balizador na elaboração de leis, principalmente as destinadas a privar os indivíduos de um bem tão especial quanto a liberdade.

5. CONCLUSÃO

Se fosse possível resumir a conclusão do presente trabalho, sem incorrer em risco de tangenciar um mero simplismo retórico, não seria exagero afirmar que, entre todos os argumentos trabalhados, posicionamentos levantados ou adotados, jurisprudências ou casos práticos analisados, figurou, como pano de fundo, o conflito entre o pleno exercício de liberdade e o legítimo exercício do poder disciplinar militar,

tendo como elementos estabilizadores os princípios da legalidade e da segurança jurídica de um lado e os da hierarquia e disciplina do outro.

Por consequência, destaca-se que aqueles que se posicionam a favor do exercício do poder disciplinar militar, sem observância da máxima efetividade de determinados princípios e garantias constitucionais, em regra, vinculam-se ao argumento da hierarquia e disciplina.

Em outro polo, encontram-se aqueles que, por se tratar da possibilidade de restrição a um bem fundamental, afastam a incidência dos valores da hierarquia e disciplinar, vinculando-se ao argumento da liberdade, clamando pela máxima efetividade dos princípios constitucionais, sobretudo, o da legalidade e o da segurança jurídica.

Constatou-se isso no Capítulo 3, que tratou sobre a incidência do princípio da legalidade nas transgressões disciplinares e no Capítulo 4, que se referiu aos regramentos disciplinares, em especial o que sujeita os policiais militares do Estado da Bahia, geralmente aplicados seguindo uma ordem discricionária administrativa, sendo o princípio constitucional da segurança jurídica relativizado.

Sendo assim, tendo em vista esse contexto, buscou-se a todo momento adotar um posicionamento, de forma a solidificar, desde o início, a necessidade de uma atuação legislativa voltada a garantir a segurança jurídica em grau máximo aos militares estaduais, vinculando-se, desta forma, ao argumento *pro libertate*.

Consolidado, mais uma vez, esse posicionamento, resta fazer algumas considerações conclusivas a respeito do trabalho, tendo como referência o problema levantado e a solução delineada, no sentido de verificar se há uma relação de idoneidade entre os dois.

A questão-problema que deu origem ao presente trabalho foi delimitada da seguinte forma: a penalidade de detenção, de natureza restritiva de liberdade, da forma como está disposta no atual regimento disciplinar afeto aos policiais militares do Estado da Bahia, proporciona segurança jurídica aos destinatários da norma, seguindo o ditame de um Estado Democrático de Direito?

Entretanto, antes mesmo de ingressar propriamente na questão, deparou-se com outro problema, que poderia prejudicar o objetivo final, por carência de fundamentação. Trata-se da não aplicabilidade, ou do não reconhecimento, em relação às transgressões militares, do princípio constitucional da legalidade, expressamente previsto em relação aos crimes.

Ora, decorre do princípio da legalidade o princípio da tipicidade, ou da taxatividade, que orienta o legislador a descrever as condutas consideradas crimes de forma clara e precisa, além do dever de vincular uma pena específica para cada conduta.

Sendo assim, o não reconhecimento do princípio da legalidade em relação às transgressões, traria como efeito inicial a desnecessidade de vinculação transgressão-sanção, o que afetaria instantaneamente o objetivo final do trabalho.

Desta forma, restou imperioso enfrentar a questão, sendo, para tanto, analisados diversos argumentos jurisprudenciais e doutrinários, ponderando-se, ao final, pela interpretação da expressão “definidos em lei”, do art. 5º, inc. LXI, de forma a expandir o princípio da legalidade para as transgressões disciplinares.

Ultrapassado esse ponto, seguiu-se uma detida análise do regramento disciplinar a que estão submetidos os policiais militares do Estado da Bahia, com maior ênfase na atual forma de disposição da penalidade restritiva de liberdade.

Com isso, foi possível verificar o baixo de grau de vinculação normativa que fundamenta o exercício do poder disciplinar militar, diante da técnica legislativa escolhida: utilização de textos normativos abertos no momento da definição da gravidade da conduta, tarefa delegada à autoridade administrativa; e ampla margem apreciativa no momento de estabelecer o *quantum* incidente.

Ocorre que, por se tratar de norma que compõe ato administrativo restritivo de liberdade, há um exigência do atual Estado Democrático de Direito, de que haja um vinculação normativa em grau máximo, por se tratar da possibilidade de limitação a direito considerado fundamental pelo ordenamento constitucional.

A partir dessa constatação, já seria possível afirmar, sem risco precipitação, que os militares estaduais estão sujeitos a um estado de incerteza jurídica, já que o regramento disciplinar atual prefere o argumento da hierarquia e disciplina, emprestando maior importância à atuação administrativa discricionária, mesmo quando joga um bem fundamental.

Entretanto, de modo a consolidar ainda mais o entendimento e evitar o uso meramente retórico do princípio da segurança jurídica, seguiu-se a uma exame dos requisitos estruturais do referido princípio, sendo possível concluir que a forma atual como está disposta a penalidade restritiva de liberdade não garante segurança jurídica aos destinatários da norma.

Diante disto, estabeleceu-se, como proposta final do trabalho, seguindo ainda os critérios estruturais para configuração da segurança jurídica em seu sentido estático, na mera positividade normativa, a necessidade de atuação legislativa objetivada a sistematizar a penalidade restritiva de liberdade no regramento disciplinar a que estão submetidos os militares estaduais.

A proposta consiste num juízo prévio de gradação de condutas, a cargo do próprio legislador, acompanhado de uma vinculação específica, entre a transgressão disciplinar e a cominação, *in abstracto*, da sanção cabível, ainda que essa vinculação seja realizada considerando os blocos gradativos das transgressões, tendo por referência o regramento disciplinar dos policiais militares do Estado de Pernambuco, que já utilizam esse sistema desde 2000.

Foi possível verificar que, com essas duas medidas, os atributos da segurança jurídica de cognoscibilidade e previsibilidade são densificados, o que garante, por imperativo lógico, um maior grau de segurança jurídica.

Diante disto, acredita-se que a sistematização proposta atende aos ditames do Estado Democrático de Direito, já que ganhará efetividade, entre os policiais militares do Estado da Bahia, o princípio constitucional da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Luiz de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- ALMEIDA, Fernando Menezes de Almeida. Princípios da Administração Pública e Segurança Jurídica. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 47 – 63.
- ARMANDO DA COSTA, José. Transgressão e Sanção Disciplinar. *Fortaleza*, 2008.
- ASSIS, Jorge César de. Os Regulamentos Disciplinares Militares e sua Conformidade com a Constituição Federal. *Revista Jurídica Consulex* nº 221, Brasília, 31.03.2006, p.15. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/rdmconformcf.pdf>. Acesso em: 19/06/2017.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Estado de Direito e Segurança Jurídica*. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 41 – 46.
- BANDEIRA DE MELO, Francisco de Carvalho. A função retributiva da pena restritiva de liberdade. *Breves Notas da associação Goiana do Ministério Público*. Goiânia, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Lucia Guidicini e Alessandro Berti Condessa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1*. 21. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Juspodium, 2015.

DEZAN, Sandro Lúcio. Sanção administrativa disciplinar: relação entre vinculação deontológica, razoabilidade e proporcionalidade da punição. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2831, 2 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18822>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan 2003, 4ª edição, maio de 2011.

GOMES, Luís Flávio. Funções da Pena no Direito Penal Brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1037, 4 de maio 2006. Disponível em: <HTTP://jus.com.br/artigos/8334>>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HEUSELER, Elbert da Cruz. *Processo Administrativo Disciplinar Comum e Militar à Luz dos Princípios Constitucionais e da Lei n. 9.784 de 1999*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JUNSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, Brasília: Brasília Jurídica, 1999. Malheiros, 1998.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Aplicação de Penalidade na Sindicância e a Tipicidade da Transgressão Disciplinar. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis/SC, 23 Mai. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/115-direito-administrativo/3567. Acesso em: 20 Jun. 2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A acusação no processo administrativo disciplinar deve ser circunstanciada, objetiva, direta e ter previsão em um tipo legal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10702>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade*. Leme: do Direito, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Malheiros, 2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Penal Militar*. Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Teoria geral do ilícito disciplinar militar. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 990, 18 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8058>>. Acesso em: 20 junho de 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*. 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. Ed., ver. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Evandro Luz. Regime Jurídico dos Militares da Forças Armadas. *E-Gov, Santa Catarina*, 31 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/regime-jur%C3%ADdico-dos-militares-das-for%C3%A7as-armadas>. Acesso em: 1 de maio de 2015.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar Teoria e Prática*. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. O Direito Disciplinar Militar e sua distinção ante o Direito Penal Militar. *Revista do MPM, Brasília*, n. 20, 2007 Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/editorial/revista-20.pd>. Acesso em: 19/06/2017.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: VALIM, Rafael; José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 65 – 94.

