

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

HELDER RIBEIRO MACHADO

**O CONTROLE JUDICIAL DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR
MILITAR NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

**FRANCA
2016**

HELDER RIBEIRO MACHADO

**O CONTROLE JUDICIAL DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR
MILITAR NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” para a obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

FRANCA

2016

Machado, Helder Ribeiro.

O controle judicial da sanção administrativa disciplinar militar na perspectiva da teoria da argumentação jurídica / Helder Ribeiro Machado. – Franca : [s.n.], 2016.

129 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Alexandre Walmott Borges

1. Argumentação jurídica. 2. Processo administrativo disciplinar.
3. Direito militar. I. Título.

CDD – 341.7

HELDER RIBEIRO MACHADO

**O CONTROLE JUDICIAL DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR
MILITAR NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” Faculdade de Ciências Humanas e Sociais para a obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

1º Examinador: _____
Prof. Dr. Murilo Gaspardo

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Thiago Paluma

Franca/SP, 01 de dezembro de 2016

À Camila, minha esposa e companheira de todas as horas, pelo apoio e incentivo incondicionais e à nossa pequena Helena pela inspiração infinita para seguir em frente, crescer a cada dia e trabalhar por um mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

A Deus em primeiro lugar, esse Arquiteto do Universo que conspirou para que eu estivesse aqui no final de mais uma importante jornada.

Aos meus pais por terem enfrentado todos os obstáculos e privações da vida para nos possibilitar ensino de qualidade e aos meus avós pelos exemplos de dignidade, trabalho e honestidade. Faço minhas as palavras do nosso querido Vitor, meu sobrinho, na sabedoria dos seus quatro anos de vida: “Fizeram um ótimo trabalho!”.

Ao meu orientador, Professor Doutor Alexandre Walmott Borges, pela chance e pela confiança depositada em mim sem sequer nos conhecermos, a quem, às vezes penso, não ter correspondido à altura das expectativas. Não há palavras para externar a minha gratidão, meu respeito e minha estima, por tanta compreensão e paciência durante esta jornada.

Ao Doutor Carlos Roberto Faleiros Diniz, eterno mestre e amigo que me acolheu na advocacia e consegue ver em mim um potencial que eu desacredito. Também por ter sido o maior responsável e incentivador para que eu enfrentasse esse desafio. Tenha em mim um amigo para todas as horas.

Aos demais amigos e companheiros de trabalho, Professor Doutor Gustavo Saad Diniz, Doutora Ana Cristina Gomes e Doutor Gustavo Obata Trevisan, pelos rotineiros debates, ensinamentos e contribuições para o conteúdo deste trabalho. Ao Marlon Davis Aparecido de Oliveira pela assistência incansável nas lides profissionais, fundamental para manter em ordem a rotina do escritório; e aos estagiários, pelas discussões jurídicas que sempre enriquecem o nosso conhecimento.

Por último, mas não com menos importância e respeito, agradeço aos professores do curso e aos profissionais do departamento de pós-graduação, na pessoa do Sr. Nailton, e da biblioteca, na pessoa da Sra. Laura, que sempre estão prontos para nos atender com cortesia e excelência.

A todos, minhas homenagens e gratidão!

MACHADO, Helder Ribeiro. **O controle judicial da sanção administrativa disciplinar militar na perspectiva da teoria da argumentação jurídica.** 2016. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

RESUMO

Este trabalho propõe o debate sobre a importância da motivação dos atos sancionatórios – seja judicial ou administrativo, seja punitivo ou absolutório, sobretudo na seara administrativa militar, ou administrativa disciplinar militar, com todas as suas peculiaridades e princípios próprios, tais como a hierarquia e a disciplina - para a demonstração e para o exercício da justiça. Anseio que será alcançado com o emprego da argumentação jurídica, com suas técnicas e regras, a qual possibilita a construção de um discurso racional, ponderando-se os princípios. Inicia-se com um debate sobre a deontologia e a natureza da função militar, sua situação no ordenamento jurídico-constitucional atual. Em seguida, será abordada a teoria do processo administrativo a partir da teoria geral do processo, com os apontamentos sobre as peculiaridades constatadas antes e depois da vigência da constituição de 1988, culminando na análise do ato administrativo – como uma consequência do processo – seus elementos e requisitos, com ênfase no motivo, como um dos elementos essenciais do ato administrativo, e na motivação, como um princípio do ato administrativo sancionatório e a imperiosa incidência de tais regras sobre o ordenamento administrativo militar. Chega-se então ao debate sobre a teoria da argumentação jurídica e o controle judicial dos atos sancionatórios nesse prisma, com abordagem de algumas questões sobre a justiça do ato sancionatório, que será legitimado na medida em que estiver alinhado com o ordenamento jurídico vigente e com os valores e ideais adotados pela sociedade, visando a consolidação do Estado Democrático de Direito. Para esse mister, serão empregadas como fontes de pesquisa a bibliografia e a análise de jurisprudência para demonstração do estudo no plano concreto.

Palavras-chave: sanção administrativa. direito disciplinar militar. controle judicial. argumentação jurídica.

MACHADO, Helder Ribeiro. **O controle judicial da sanção administrativa disciplinar militar na perspectiva da teoria da argumentação jurídica**. 2016. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

SUMMARY

This work proposes the debate on the importance of motivating sanctions - whether judicial or administrative, whether punitive or absolutory, especially in the administrative military field, or administrative disciplinary military, with all its peculiarities and principles of its own, such as hierarchy and Discipline - for demonstration and for the exercise of justice. I hope that it will be achieved with the use of legal argumentation, with its techniques and rules, which enables the construction of a rational discourse, pondering the principles. It begins with a debate on the deontology and the nature of the military function, its situation in the current juridical-constitutional order. Next, the theory of the administrative process will be approached from the general theory of the process, with the notes on the peculiarities verified before and after the validity of the constitution of 1988, culminating in the analysis of the administrative act - as a consequence of the process - its elements And requirements, with emphasis on the motive, as one of the essential elements of the administrative act, and motivation, as a principle of administrative sanctioning act and the imperative incidence of such rules on military administrative order. The debate on the theory of legal argumentation and judicial control of sanctions acts in this prism, with an approach to some questions about the justice of the sanctioning act, which will be legitimized insofar as it is in line with the current legal system and with The values and ideals adopted by society, aiming at consolidating the Democratic State of Law. For this purpose, the bibliography and the analysis of jurisprudence will be used as sources of research to demonstrate the study in the concrete plan.

Key words: administrative sanction. military disciplinary law. judicial control. legal argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 MILITARES: NATUREZA JURÍDICA E DEONTOLOGIA	10
1.1 A Natureza Jurídica da Função Militar e sua Evolução no Direito.....	10
1.2 A Evolução dos Princípios da Hierarquia e Disciplina e a Deontologia Militar.....	22
CAPÍTULO 2 A TEORIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA PROJEÇÃO NA SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR.....	34
2.1 A Evolução do Processo Administrativo e seus Princípios Informadores.....	34
<i>2.1.1 A Teoria Geral do Processo</i>	<i>38</i>
<i>2.1.2 O Processo Administrativo Disciplinar.....</i>	<i>44</i>
2.2 A Sanção Disciplinar Militar na Ordem Jurídica	53
<i>2.2.1 A Teoria do Ato Administrativo Sancionador</i>	<i>53</i>
<i>2.2.2 O Ato Administrativo Disciplinar Militar</i>	<i>65</i>
CAPÍTULO 3 AS FALHAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS SANÇÕES DISCIPLINARES MILITARES ANULADAS PELO PODER JUDICIÁRIO	71
3.1 O Controle de Legalidade do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário	71
<i>3.1.1 A ilegalidade decorrente de vício no motivo e na motivação do ato disciplinar</i>	<i>80</i>
3.2 A Argumentação Jurídica como Atribuição de Critérios para uma Decisão Justa ...	86
<i>3.2.1 Noções Introdutórias</i>	<i>86</i>
<i>3.2.2 Critérios Argumentativos para uma Decisão Justa na Teoria de Robert Alexy</i>	<i>91</i>
<i>3.2.3 Os Critérios de Argumentação Jurídica Aplicáveis à Sanção Disciplinar</i>	<i>95</i>
3.3 As Falhas de Argumentação Jurídica Detectadas nas Sanções Administrativas Disciplinares e que Fundamentaram a Anulação Judicial do Ato.....	101
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O processo administrativo, assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro, passou por mudanças relevantes com a promulgação da Constituição Federal de 1988¹, de modo que muitos procedimentos e ritos tiveram que ser adequados à nova ordem de garantias e direitos fundamentais salvaguardados aos cidadãos.

A mudança de norma não é suficiente. É preciso que os operadores do direito adquiram a consciência de que a observância das normas constitucionais, que por sua vez emana sobre todo o arcabouço de normas em seus diferentes ramos, não é um opção, mas sim um imperativo. Essa resistência em absorver a nova realidade constitucional e processual é mais notada na esfera militar, sobretudo na aplicação de sanções administrativas disciplinares.

Nesse cenário, tem-se submetido ao Judiciário inúmeros atos administrativos disciplinares com fundamento em vícios de legalidade quanto a falta de motivo para a emanção de tais atos, o que decorre diretamente de vício de argumentação jurídica ao não conseguir demonstrar, a autoridade disciplinar, as razões de sua decisão e, sobretudo, a relação entre as razões de fato que justifiquem a sanção e a subsunção destas à norma disciplinar. Além disso, constata-se também a desproporcionalidade e irrazoabilidade dos atos sancionatórios, até mesmo o tratamento desigual quando há mais de um acusado, caracterizando ainda a violação ao princípio da isonomia e da impessoalidade.

É nessa direção as decisões prolatas pelos tribunais pátrios, que corriqueiramente tem anulado os atos administrativos sancionatórios por considerarem que a autoridade, em sua argumentação, não demonstrou o motivo justificador da sanção imposta aos administrados, ou mesmo a sua razoabilidade.

O presente estudo, portanto, visa debater a inobservância de critérios argumentativos para legitimação de uma sanção administrativa disciplinar, ou melhor, apontar algumas falhas detectadas nos atos anulados judicialmente. A delimitação à esfera militar justifica-se, como dito, pela resistência dos administradores militares em aplicar as normas, ainda que tipicamente militares, em consonância com o ordenamento constitucional vigente, de modo que dogmaticamente há a inter-relação e, porque não, a subordinação das normas militares ao direito constitucional e às normas gerais de direito administrativo. Comportamento que fica demonstrado pela numerosa incidência de reformas, ou anulações,

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

de atos administrativos disciplinares militares pelo Poder Judiciário, no exercício do controle de legalidade dos atos administrativos.

Para chegar a tais conclusões, buscou-se aplicar as teorias do processo administrativo, do ato administrativo e da argumentação jurídica à realidade das sanções disciplinares, motivo pelo qual se optou pela distribuição do trabalho em três capítulos, abordando a natureza e a deontologia da função militar, a teoria geral do processo administrativo e os elementos da argumentação jurídica aplicáveis em tais atos, o que se alcançou com a pesquisa na doutrina e na jurisprudência dominante nos tribunais do Brasil.

CAPÍTULO 1 MILITARES: NATUREZA JURÍDICA E DEONTOLOGIA

1.1 A Natureza Jurídica da Função Militar e sua Evolução no Direito

A análise da classificação dos militares na Administração Pública, por prudência e melhor didática, deve partir dos conceitos básicos, como Administração Pública, serviço público, passando pelo debate sobre a função pública e chegar até a classificação de agentes públicos.

Não é comum encontrar na doutrina uma discussão mais aprofundada sobre a etimologia do termo administração¹ e seus cognatos administrar, administrativo, ministrar, por exemplo. José Cretella Júnior expôs que da palavra *administração*, independente da celeuma sobre sua etimologia, emerge evidente sentido dinâmico associado sempre à ideia de vontade organizada, orientada para um fim, de caráter econômico ou não, de natureza pública ou privada. Na administração do Estado, antigo ou moderno, despótico ou liberal, as funções legislativas ou judicantes são passíveis de interrupção, como de fato já ocorreu ao longo da história com frequência na evolução das sociedades, mas “[...] não se compreende a ausência de administração, que ininterruptamente se exerce, já que a atividade humana com sentido finalístico é inseparável dos agrupamentos humanos, impelindo ao progresso e impedindo o caos.”²

O Estado desenvolve variadas funções para atingir e preservar o bem estar social, sejam jurídicas ou sociais, por meio do seu Poder Executivo. Funções estas que não se confundem com as exercidas pelo Judiciário ou Legislativo, as quais estão muito bem definidas pela Constituição Federal, que determina a separação dos poderes do Estado e a competência de cada um deles. Um serviço público é criado por lei, cumprindo à Administração realizá-lo na prática, razão pela qual se diz que a administração pública é a função do Estado voltada direta e imediatamente para a satisfação das necessidades coletivas, por meio do cumprimento e realização de atos concretos, nos limites da ordem jurídica vigente e visando sempre a finalidade da lei. Cretella Júnior, de forma sintética, define a Administração Pública como “[...] a atividade que o Estado desenvolve, através de atos

¹ José Cretella Júnior elucida que discordam os especialistas sobre o significado da raiz *min*, tomando posições antagônicas. Para uns a referida raiz prender-se-ia à mesma que originou a família linguística dos vocábulos *manus*, *mandare*, mediante o elemento comum de ligação *man*, ao passo que, para outros, a raiz, antônimo perfeito de *mag*, teria estreito parentesco com as palavras *minor*, *minus*, *minister*. No primeiro caso, está presente a ideia de comando ativo, de orientação, direção, chefia e, no segundo, a ideia oposta de subordinação passiva, de orientado, dirigido, servidor. Como quer que seja, dois pontos são evidentes: nas famílias de palavras mencionadas há sempre a ideia geral de relação hierárquica, de subordinante-subordinado. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 17).

² Ibid., p. 18.

concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos.”³

Serviço Público pode ser compreendido como a prestação Estatal voltada ao interesse da coletividade, ou mesmo do Estado, considerando que esta é a organização social e política convencionada pelo povo. A doutrina diverge quanto ao conceito de serviço público. Para alguns é aquele que visa o interesse público. Para outros, basta que o serviço seja executado pelo Estado. Uma terceira corrente defende que serviço público é aquele disciplinado pelo direito público e não pelo direito privado. Há também os que entendem que, para configuração do serviço público deve haver pelo menos duas das características acima e, outros, ainda consideram serviço público quando estão reunidas as três características.

Cretella Júnior entendia que

[...] a questão se simplifica consideravelmente, desde que se considere serviço público toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins. Por essa definição, algum serviço que, desempenhado por particular, seria de ordem privada, passa a ser público, desde que executado pelo Estado, para cumprir os seus fins.⁴

Essa definição, porém, elaborada na década de 1960, quando a tendência do Governo era a estatização dos serviços públicos, não se aplicaria na atual conformação político-social do Brasil, ou até mesmo jurídica, com a política neoliberal⁵ adotada, com a privatização e atribuição de serviços públicos a particulares, seja por meio de concessões ou parcerias. De todo modo, com muita precisão, Cretella Júnior, mesmo em outra época, conseguiu reunir todas as possibilidades em sua definição de serviço público, que ainda pode ser considerada atual. “Serviço público é, toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas, mediante um procedimento de direito público.”⁶

Por fim, é possível reconhecer que todo serviço administrativo é um serviço público, mas nem todo serviço público, mesmo que prestado diretamente pelo Estado, é um serviço administrativo, como é o caso das funções jurisdicionais e legiferante.

³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 21.

⁴ *Ibid.*, p. 255.

⁵ “A Constituição Brasileira conseguiu elevar-se ao papel de norma jurídica fundamental. Nesse contexto, parece mesmo legítimo afirmar que uma significativa corrente juspublicista abraçou o *neoconstitucionalismo*. [...] Neoconstitucionalismo assenta no reconhecimento de um modelo preceptivo de constituição como norma com especial valorização do conteúdo prescritivo dos princípios fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 45, grifo do autor).

⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1967, op. cit., p. 260.

O termo função⁷, como muitas das palavras empregadas inicialmente em outras ciências, foi adotado no âmbito jurídico e conseqüentemente na seara do direito público. Função Pública não se confunde com serviço público, embora esta seja a decorrência ou a materialização daquela, complementando-se. A função pública, seja administrativa, legislativa ou jurisdicional, existe para a satisfação do interesse da coletividade, é o fim abstrato geral proposto ou almejado pelo Estado organizado. O serviço público é o meio, o instrumento de materialização desse fim. Dentro das funções essenciais do Estado atual estão a defesa da soberania e a segurança pública interna para garantir a paz e promoção do bem-estar social. Funções que são executadas pelas forças armadas e pelos órgãos policiais, respectivamente.

Não se pode olvidar que o bem-estar social também depende de outros serviços públicos, como geração e distribuição de energia elétrica, abastecimento de água, serviços de transporte, dentre outros, mediante a ação de órgãos estatais que operam sob autoridades administrativas que os ordenam e executam em suas respectivas esferas de competência. Tais órgãos realizam uma função do Estado e nesta função os que representam o Estado são os órgãos e agentes públicos.

Para a execução dos serviços públicos o Estado necessita de pessoas aptas e capazes para receberem atribuições e serem investidas de poderes necessários para o cumprimento das atividades públicas. Para isso, distribui encargos por inúmeras categorias funcionais cujo processo de investidura, vantagens, garantias e regime jurídico variam de acordo com a posição dentro da estrutura administrativa. Tais profissionais recebiam nas constituições anteriores a denominação de *funcionários públicos* nas palavras de Themistocles Cavalcanti, que complementa que a expressão funcionário público tem “[...] um sentido genérico muito mais amplo do que o técnico, abrangendo mesmo indivíduos que executam serviços gratuitos, exercendo meros encargos públicos, estranhos aos quadros do pessoal efetivo ou extranumerário.”⁸

A função pública necessita de um serviço para sua concretização. O serviço público, por sua vez, prescinde da ação humana para a sua consecução. Para tanto, pessoas são investidas de poder pelo Estado para, em nome deste, realizarem os serviços públicos. Não é possível conceber um Estado sem uma estrutura organizada de pessoas para realizar as suas funções. Uma classe especial de pessoas hierarquicamente organizada, atuando de

⁷ “Prende-se etimologicamente o vocábulo *função* à forma latina *functione(m)*, pertencente à mesma raiz do verbo deponente *fungor – fungi*: cumprir, executar, desempenhar. O sentido do nome *functio* é, pois, *cumprimento, execução, desempenho*.[...] *Função* é a palavra de significado eminentemente dinâmico, que encerra a ideia de *movimento, vida, atividade: é toda atividade exercida por um órgão para realização de determinado fim*.” (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 261, grifo do autor).

⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. p. 351.

forma direta e indireta sob a sua dependência, propiciando a execução regular e ininterrupta dos serviços públicos essenciais à sociedade. Por isso é de grande relevância o tratamento legal despendido aos funcionários públicos, limitando-lhes as atividades e assegurando prerrogativas, ou mesmo tentando discriminá-los de acordo com os seus poderes e funções.⁹

Conclui então Cretella Junior que “[...] em sentido amplo, funcionário público é todo aquele que, mesmo em caráter transitório, exerce cargo, emprego ou função pública. Em sentido estrito, funcionário público é todo aquele que, em caráter permanente, exerce cargo público criado por lei.”¹⁰

Nota-se que a denominação funcionário público era empregada como o gênero para designar toda a gama de pessoas que, de algum modo, tinham relação de trabalho com a Administração. Modernamente, diante da maior complexidade social que, por consequência, exigiu incremento dos serviços públicos, os trabalhadores que prestam serviços públicos receberam classificações mais específicas e funcionário público passou a distinguir apenas uma espécie dentro da universidade denominada agente público. Assim, o gênero de trabalhadores que eram denominados funcionários públicos atualmente recebem a denominação de agentes públicos, da qual funcionário público é uma espécie. Basta uma breve

⁹ “De grande importância é a indagação do tratamento que a lei – tomada aqui em seu mais amplo sentido – deu ao funcionário público brasileiro, ora limitando-lhe as atividades, ora concedendo-lhe prerrogativas, e outras vezes, não bastante indevidamente, tentando defini-lo. Do mesmo modo que em outros países, impera a maior confusão no que se refere à terminologia, pois os textos legais empregam indistintamente as expressões *função, cargo e emprego públicos*, de um lado e, de outra parte, também indistintamente se encontram as expressões *funcionário, empregado e servidor públicos*. A título de ilustração, vale a pena passar em rápida revista, nos parágrafos seguintes, o que foi fixado pelo nosso direito positivo, neste particular. No direito público brasileiro, o vocábulo *emprego* foi usado, a princípio, para designar modo bastante genérico, o *cargo público*. Assim, na Constituição do Império, encontramos: *empregos públicos, empregos civis e políticos, exercício de seus empregos, os empregados públicos*. Do mesmo modo, o Ato Adicional usa a expressão *empregos municipais e provinciais*, atribuindo-lhe o sentido genérico de *cargo público*. Na Constituição Republicana, já se encontram os dois vocábulos *cargo e emprego*, mas sem uma significação precisa, o mesmo sendo observado com as palavras *empregados e funcionários*, estas últimas, aliás, usualmente tidas como sinônimas em nossos textos de lei e nos trabalhos de doutrina. ‘Constituição Federal de 16 de julho de 1934, escreve Tito Prates da Fonseca, e com ela a generalidade das Constituições Estaduais, consagraram a expressão *cargo público*, embora incidentalmente, às vezes, se tenha escrito, em uma ou outra, o termo *emprego*’. Fazendo menção ao futuro Estatuto dos Funcionários Públicos, declarava a citada Constituição Federal de 1934: ‘O quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma de pagamento’. Contrariamente à Constituição Imperial e à Republicana de 1891, as quais não tinham um título especial destinado ao funcionário público, abre a Constituição Federal de 1934 caminho novo, neste particular, pois consagra nada menos de que 6 longos artigos, com seus respectivos incisos e parágrafos, ao pessoal da administração pública, assegurando-lhe através da importância das normas constitucionais os direitos decorrentes dos cargos públicos ocupados. Essa conquista dos funcionários públicos não foi esquecida na Carta Constitucional de 1937, tendo sido objeto de inúmeros debates pelos constituintes de 1946 que, afinal, em 11 lapidares artigos, fixaram pelo estatuto supremo as linhas mestras do regime jurídico do funcionalismo público nacional. A Constituição do Estado de São Paulo de 1935 definiu o *funcionário público* nos seguintes termos: Considera-se funcionário público todo aquele que exerce, em caráter efetivo e mediante nomeação da autoridade competente, cargo público criado por lei.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 268, grifo do autor).

¹⁰ *Ibid.*, p. 270.

comparação entre o texto constitucional de 1969¹¹ e de 1988 para perceber a preocupação do legislador constituinte atual em dotar a Administração com novas regras para disciplinar os agentes públicos. Enquanto na CF/69 a matéria estava restrita a poucos artigos (97 a 111), a atual constituição dedicou inúmeros dispositivos aos agentes públicos entabulados nos artigos 37 a 42, constituídos de vários parágrafos e incisos, bem como remissão a outros inúmeros dispositivos, como é o caso do artigo 39 em relação ao artigo 7º e artigo 42 em relação ao artigo 142.

Modernamente, denomina-se *agente público*¹² todo indivíduo que presta serviço público, direta ou indiretamente, de maneira permanente ou temporária, em nome do Estado e sob as ordens deste. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles “[...] são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”¹³ A expressão agente público atualmente é muito mais ampla que a expressão funcionário público e compreende, além dos funcionários públicos propriamente ditos, uma grande quantidade de outros indivíduos engajados pelo Estado.¹⁴

¹¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 out. 1969a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 9 jul. 2016.

¹² “As pessoas coletivas de direito público exprimem a sua vontade através de órgãos. Mas estes carecem de ser auxiliados por indivíduos que colaborem na formação da vontade o lhe deem execução depois de manifestada, desempenhando as tarefas em que se traduz a atividade dos serviços administrativos: são os agentes. Assim, agentes administrativos são os indivíduos que por qualquer título exerçam atividade ao serviço das pessoas coletivas de direito público, sob a direção dos respectivos órgãos. O termo *agente* é usado neste sentido apenas pela doutrina. As leis portuguesas, quando querem referir-se genericamente a todos quantos prestam serviços a pessoas coletivas de direito público empregam a expressão *servidor* seguida da indicação da entidade servida: assim dizem ‘servidores do Estado’, das autarquias locais, etc.” (CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 581, grifo do autor).

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

¹⁴ “Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em qualquer das esferas) como os senadores, deputados, vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviço e os gestores de negócios públicos. Dentre os mencionados, *alguns integram o aparelho estatal*, seja em sua estrutura direta, sejam em sua organização indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais). *Outros não integram a constelação de pessoas estatais*, isto é, são alheios ao aparelho estatal, permanecem exteriores a ele (concessionários, permissionários, delegados de função ou ofício público, alguns requisitados, gestores de negócios públicos e contratados por locação civil de serviço). Todos eles, entretanto, estão sobre um denominador comum que os radicaliza: são, ainda, que alguns deles apenas episodicamente, agentes que exprimem manifestação estatal, munidos de uma qualidade que só podem possuir porque o Estado lhes emprestou sua força jurídica e os habilitou a assim agirem ou, quando menos, tem que reconhecer como estatal o uso que hajam feito de certos poderes. Dois são os requisitos para caracterização do agente público: um de ordem *objetiva*, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem *subjetiva*: a investidura nela. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 249, grifo do autor).

Bandeira de Melo¹⁵ classifica os agentes públicos em:

Agentes políticos, aqueles titulares de cargos estruturais na organização política do Ente Federado e subdividem-se em eletivos como senadores, deputados, vereadores, chefe de executivo, e seus respectivos vices; e não eletivos, que não decorrem de eleição, mas são auxiliares imediatos nomeados pelo chefe do executivo, como os ministros e secretários. Os vínculos desses agentes com o Estado, como a própria designação aponta, é de natureza política e não jurídica;

Agentes honoríficos, sendo os nomeados livremente por sua reputação ou conhecimento de determinado assunto para ocuparem comissões técnicas com atividades periódicas. Não exige dedicação exclusiva e, por isso, de regra, não são remunerados.

Servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, como sendo aquele que possui um vínculo jurídico com o Estado, de natureza profissional, com caráter de continuidade e com vínculo de dependência.¹⁶ Os servidores estatais subdividem-se em *servidores públicos* e *servidores das pessoas governamentais de direito privado*. Estes são os titulares de empregos públicos em empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público, contratados sob o regime trabalhista da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Eram denominados em outros tempos de empregados públicos. Os servidores públicos são os ocupantes de cargos públicos na Administração direta e indireta com o regime estatutário e anteriormente eram denominados de funcionários públicos;

Particulares em colaboração com o Poder Público são as pessoas que exercem função pública sem perderem a sua qualidade de particular. Podem ser *requisitados*, tais como

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 248-258.

¹⁶ Os quatro requisitos, ou pressupostos, para a caracterização de uma relação de emprego estão previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho e são: *peçoalidade*; *subordinação* ou *dependência*, considerada esta técnica e jurídica/disciplinar; *remuneração* ou *onerosidade*, *habitualidade* ou *não eventualidade*. Vólia Bonfim Cassar assim os conceitua: Pessoaalidade: “o contrato de emprego é *peçoal* em relação ao empregado. Isto quer dizer que aquele indivíduo foi escolhido po suas qualificações peçoais ou virtudes (formação técnica, acadêmica, perfil profissional, personalidade, grau de confiança que nele é dpositada etc.). É contratado para prestar peçoalmente os serviços, não podendo ser substituído por outro qualquer de sua escolha, aleatoriamente” [...]. “A subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas.” [...] “Onerosidade significa *vantagens* recíprocas. O patrão recebe os serviços e, o empregado, o respectivo pagamento. A toda prestação de trabalho corresponde uma contraprestação *peconiária* ou *in natura* [...]. A onerosidade do contrato de trabalho é traduzida pelo pagamento de salário em peçunia ou em utilidade.” [...] O termo *não eventual*, quando relacionado com o Direito do Trabalho, no ponto referente ao vínculo de emprego do urbano e rural, tem conotação peçoal, pois significa *necessidade permanente* da atividade do trabalhador para o empreendimento, seja de forma *contínua* ou *intermitente*. [...] *A contrário sensu*, *eventual* é o trabalho de necessidade *acidental* para o tomador. Deve-se afastar a ideia de repetição da atividade no tempo pelo mesmo obreiro.” (CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 243-262, grifo do autor).

jurados em Tribunais do Júri, mesários nas eleições e recrutados para o serviço militar obrigatório; *gestor de negócio público* que assume voluntariamente esse mister em situações especiais para atender necessidades públicas prementes; *concessionários e permissionários de serviços públicos*¹⁷; e *delegados de função ou ofício público*, tais como os oficiais de serviço notarial ou registral. São atividades públicas exercidas em caráter privado.

Hely Lopes Meirelles¹⁸ classificava os agentes públicos em agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados, cada qual com suas subdivisões. Os agentes administrativos são aqueles denominados por Bandeira de Mello como servidores estatais. Os delegados são os que recebem incumbência para executar em nome próprio determinada atividade Estatal e os credenciados são os que recebem a incumbência de representar o Estado em atividades específicas. Ambos estão englobados na classificação *Particulares em colaboração com o Poder Público* proposta por Bandeira de Mello.¹⁹

Os servidores estatais, como prefere Bandeira de Mello, ou os agentes administrativos, como conceituou Hely Lopes, exercem sua função ocupando um cargo ou emprego públicos. Cargo é a unidade indivisível de competência a ser ocupada por um agente e criado por lei com denominação própria. Função pública pode ser considerada a esfera de atribuições criadas por lei a serem exercidas pelo titular de cargo efetivo. O emprego público, por fim, é o conjunto de encargos de trabalho a ser realizado por agentes contratados no

¹⁷ “Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de uma certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários [...]. Permissão de serviço público é o contrato administrativo através do qual o Poder Público transfere a um particular a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto a fixação do valor das tarifas. [...] A marca diferencial entre a concessão e a permissão de serviço público se situava na natureza jurídica, ou seja, enquanto aquela era contrato administrativo, esta exibia a natureza de ato administrativo. A fisionomia contratual era, pois, inadequada para a permissão, como registrava a doutrina em quase unanimidade. Com o advento da Lei nº 8.987/95, porém, ficou quase impossível identificar qualquer diferença entre os institutos. Analisando o art. 40 da Lei, que atribuiu à permissão o caráter de contrato de adesão, muitos autores se insurgiram contra tal caracterização, considerando-a um equívoco e uma contradição do legislador. Seja como for, a lei foi peremptória quanto à natureza jurídica da permissão, de modo que, com toda a sua erronia e as críticas que merece, não há como deixar de considerá-la de caráter contratual. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 375, 422-423).

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 75.

¹⁹ Outras classificações de agentes públicos são encontradas na doutrina. Marçal Justen Filho, em seu Curso de Direito Administrativo, formula critério a partir do Poder da República e distingue agente público em agentes com vínculo de Direito Público e com vínculo de Direito Privado. Os de direito público se subdividem em políticos e não-políticos. Os políticos por sua vez são discriminados em detentores de mandato eletivo e os investidos em cargo em comissão. Por fim, entre os não-políticos há a distinção entre agentes civis e os militares. Diógenes Gasparini em sua obra Direito Administrativo apresenta classificação mais sucinta, dividindo os agentes públicos em seis categorias, a saber: agentes políticos, agentes temporários, agentes de colaboração, servidores governamentais, servidores públicos e agentes militares. Os servidores públicos poderão ser estatutários ou celetistas e os militares poderão ser federais, estaduais ou distritais.

regime da CLT²⁰. Esses empregados públicos, portanto, estão sujeitos a uma disciplina jurídica que, “[...] embora sofra inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral previstas na Consolidação das Leis do Trabalho.”²¹

Portanto, nas pessoas jurídicas de Direito Público, nos diferentes níveis da Federação, pode haver tanto servidores ocupantes de cargos, quanto servidores no exercício de empregos. Na Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais de direito privado), porém, há apenas empregos públicos, pois os agentes são contratados no regime da CLT.

Feitas tais considerações, é possível inferir que os agentes militares são servidores públicos em sentido amplo, pois vinculados à pessoa jurídica de direito público (administração direta) por relação de trabalho não eventual, ocupam cargo público, são contratados em regime estatutário para cargo de provimento efetivo de natureza permanente e recebem remuneração.

A organização militar do Estado e a suas relações de comando e disciplina encontram referência já no Direito Romano, que autorizava penas extremamente severas para transgressões, como por exemplo, açoites, marcas a ferro quente, privação de alimentação, prestação de serviços forçados, mutilações e pena de morte. A pena de morte ainda está prevista na Constituição Federal vigente em caso de guerra.²² Esse modelo severo do direito romano aplicado ao seu exército foi adotado por Portugal na implantação de sua Justiça Militar e conseqüentemente inspirou o modelo brasileiro.

No período colonial, a severidade e as arbitrariedades praticadas contra os soldados criaram aversão à carreira, pois eram legalmente permitidos castigos corporais e a chamada *infamação*, penalidade que transcendia a pessoa do militar e alcançava as pessoas da família do condenado. Nessa época recorria-se ao direito português.

²⁰ Para Carvalho Filho, *Cargo Público* é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente. *Função Pública* é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção e função técnica. A expressão *Emprego Público* é utilizada para identificar a relação funcional trabalhista, assim como se tem usado a expressão *empregado público* como sinônima da de *servidor público trabalhista*. Para bem diferenciar as situações, é importante lembrar que o servidor trabalhista tem função (no sentido de tarefa, atividade), mas não ocupa cargo. O servidor estatutário tem o cargo que ocupa e exerce as funções atribuídas ao cargo. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 615-616).

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 260-261.

²² CF/88, art. 5º, XLVII - não haverá penas:a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Formalmente os castigos corporais aos militares foram extintos no Exército, em 1874, pela Lei nº 2.556²³, e na marinha, em 1889, pela edição do Decreto nº 3²⁴. Na prática, os abusos perduraram e motivaram insurgências, como por exemplo, a Revolta da Chibata, em 1910, quando os marinheiros, liderados por João Cândido, se rebelaram contra a ocorrência de castigos físicos no interior das embarcações, embora vedados pelo Estado.

No cenário moderno, o direito administrativo disciplinar militar passa por profunda reforma decorrente da implantação da atual ordem constitucional instituída desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Porém, nada disso impede que sejam encontradas, ainda nos dias atuais, sanções desproporcionais e ilegais do ponto de vista da violação aos princípios do Direito fundante da Ordem Constitucional atual, nos quais se incluem a exigência de um motivo para emanção de um ato administrativo.

As forças armadas integram a estrutura administrativa dos Estados há tempos, como visto, desde o império Romano, com previsão legal em seus ordenamentos jurídicos. No Brasil, contudo, seus componentes passaram a ser considerados servidores públicos apenas em 1988, com a promulgação da Constituição vigente. Até então, eram considerados uma espécie de agentes públicos totalmente distintos dos demais agentes estatais.

Ao contrário das forças armadas, exército e armada – denominação antiga da marinha – as forças policiais militares foram instituídas já no século XIX. No ano de 1831, pela edição da Lei de 10 de outubro²⁵, a Regência autorizou as províncias a criarem seus próprios Corpos Policiais, visando manter a ordem pública. Na província de São Paulo foi criada a Força Pública no dia 15 de dezembro daquele mesmo ano, com uma Companhia de Infantaria de cem homens, além de um regimento de cavalaria com 30 componentes. Na cidade de São Paulo foi criada também a Guarda Municipal. Em 1970, com a edição do Decreto-Lei nº 217, de 08/04/1970²⁶, o estado de São Paulo promoveu a fusão das citadas

²³ BRASIL. Lei nº 2.556, de 26 de setembro de 1874. Estabelece o modo e as condições do recrutamento para o Exército e Armada. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1874. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DefaultDocument.action?id=72568>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

²⁴ Id. Decreto nº 3, de 16 de novembro de 1889. Reduz o tempo de serviço de algumas classes da Armada e extingue nesta o castigo corporal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1889. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3-16-novembro-1889-524482-publica-caoriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

²⁵ Id. Lei de 10 de outubro de 1831. Autoriza a criação de corpos de guardas municipais voluntários nesta cidade e províncias. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 1, pt. 1, p. 129, 1831. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37586-10-outubro-1831-564553-publicacaooriginal-88479-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2016.

²⁶ SÃO PAULO (Estado). Decreto-Lei nº 217, de 8 de abril de 1970. Dispõe sobre a constituição da Polícia Militar do Estado de São Paulo, integrada por elementos da Força Pública do Estado e da Guarda Civil de São Paulo. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 9 abr. 1970. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/223589/decreto-lei-217-70>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

instituições que passaram a constituir a Polícia Militar do Estado de São Paulo, como permanece até hoje.

As Constituições revogadas sequer faziam menção às polícias militares e as razões disso são compreendidas na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao destacar que no comentário clássico de João Barbalho apreende-se que a Constituição de 1891 teve o cuidado de designar as Forças Armadas de instituições nacionais para proibir os Estados de terem instituições desta espécie. Observação que Ferreira Filho considera exata, mas, contudo, não esgota o assunto, pois o constituinte quis igualmente, dizendo nacionais as Forças Armadas, sublinhar que estas, embora integradas no Poder Executivo, conquanto o braço armado da Administração, devem servir acima de tudo à Nação. Constituem-se não um instrumento do Governo e sim numa garantia da Pátria.²⁷

Pontes de Miranda²⁸ ao traçar o elemento histórico e cultural das forças armadas dispôs que

O direito brasileiro, no tocante às forças armadas, liga-se ao fato extremamente feliz de provirem as instituições do Brasil de lastro jurídico-militar, cultural, que foi o das instituições de mar e guerra de Portugal. A Marinha e o Exército portugueses não foram improvisações, como os de outros países; tinham organização e integração como órgãos de Estado. A linha histórica veio, com evolução necessária, até à Constituição de 1967.

As forças armadas, sua organização e princípios, estavam disciplinadas no art. 90 da citada Constituição e já naquela época alicerçada na hierarquia e disciplina.²⁹ Mencionado dispositivo apenas repetiu o teor do art. 176 da Constituição de 1946.

A promulgação da Constituição de 1988, em consonância com a conformação social contemporânea na qual ocorreu a criação dos Corpos militares estaduais, disciplinou pela primeira vez a situação dos militares, enquadrando-os como servidores públicos. Em seu comentário sobre a atual Constituição, mas editado em 1992, ou seja, antes da EC 18 de 1998, que alterou a Constituição promovendo uma reforma administrativa, Celso Ribeiro Bastos³⁰ descreve que a CF/88 considerava os militares servidores públicos³¹, tratando de seus

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentário à constituição brasileira**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p.408.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. p. 387.

²⁹ CF/67, art. 90: 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 dentro dos limites da lei. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 9 jul. 2016).

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3. t. 3. p. 231.

direitos e garantias no mesmo capítulo em que cuida dos servidores públicos civis. Todavia, como em nada se igualavam quanto ao regime jurídico, preferiu o legislador constituinte discipliná-los em seções distintas, Seção II (art. 39 a 41) Dos Servidores Públicos Civis e Seção III (art. 42) Dos Servidores Públicos Militares. Divisão esta que foi acertada na opinião de Ivan Rigolin,

A Constituição em boa técnica reservou seções separadas para os servidores civis e para os militares, uma que inúmeras características, muita vez essenciais, de uma categoria são por completo estranhas e inaplicáveis à outra, o que é facilmente explicável se se atentar à natureza dos serviços prestados em um quartel, ou em um campo de treinamento e manobras de guerra, quando comparados àqueles desenvolvidos em uma repartição pública. Que ambos devam ser prestados por servidores públicos, agentes funcionais da Administração (ou seja, do Estado) não resta dúvida, pois uns servidores realizam o trabalho de administração do Estado e outros garantem a defesa e soberania do Estado, o que são faces de uma mesma medalha.³²

Ao discorrer sobre o citado artigo 42³³, Celso Bastos disserta que de acordo com o artigo em comento, são servidores militares federais aqueles que integram as Forças Armadas e servidores militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal os que integram as polícias militares e os corpos de bombeiro militares, constituindo, portanto, duas categorias de servidores: a dos integrantes das Forças Armadas e a dos integrantes das polícias militares e corpos de bombeiros, cuja organização e regime jurídico foram diferenciados pelo texto constitucional. Os servidores militares federais submetem-se ao estatuto das Forças Armadas, regido pelo art. 142 da Constituição, enquanto os militares estaduais são disciplinados pelo estatuto da polícia militar e dos corpos de bombeiros militares, conforme disposto no art. 144 da Constituição Federal.³⁴

³¹ Acerca da redação original da Constituição, Pinto Ferreira pontuou que as Forças Armadas são tratadas em duas partes da Constituição, no Título III, Capítulo VII – Da Administração Pública, Seção III – Dos Servidores Públicos Militares (art. 42) e, mais adiante, no Título V – Da Defesa dos Estados e das Instituições Democráticas, Capítulo II – Das Forças Armadas (art. 142 e 143) (FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2. p. 426).

³² RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 194.

³³ CF/88, art. 42 (redação original): São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares. CF/88, art. 42 (com redação dada pela EC nº 18 de 1998): 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.

³⁴ BASTOS; MARTINS, loc. cit..

No ano de 1998 foi implantada a chamada reforma administrativa do Estado brasileiro com o advento da Emenda Constitucional nº 18³⁵. Desde então os militares receberam uma classificação própria. O texto original da Constituição dividia os servidores públicos em servidores públicos civis e servidores públicos militares. Com a alteração introduzida pela EC nº 18/98 a denominação *Servidores Públicos Civis* foi substituído por *Servidores Públicos* (Título III, Capítulo, VII, Seção II), e o *Servidores Públicos Militares* passaram a ser denominados apenas *Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios* (Título III, Capítulo, VII, Seção III). Os componentes das forças armadas, militares federais, receberam disciplina própria no Título V, capítulo II. De todo modo não se pode deixar de reconhecer que todos estão incluídos na categoria de servidores públicos em sentido amplo, vez que estão vinculados à pessoa jurídica de direito público (administração direta) por relação de trabalho não eventual e percebem remuneração. O que os diferencia, além da opção implantada pelo legislador constituinte, é a submissão a estatutos ou regulamentos diversos e específicos que norteiam a atividade militar. Hoje, portanto, malgrado possam ser enquadrados na classificação de servidor público pela condição de seu vínculo efetivo e estatutário com a Federação ou Unidade Federativa, os militares compõem um grupo próprio classificado apenas como *Militar* dentro do universo dos agentes públicos. Conforme se depreende do teor dos artigos 42 e 142 da Constituição, algumas especificidades dos militares acabam por atribuir a estes uma categoria especial de servidores públicos, com a necessidade de um regime jurídico próprio, vez que o texto constitucional define as forças militares como instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, restringindo expressamente alguns direitos sociais e individuais de seus membros – *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares, prisão (ressalva do art. 5º, LXI, CF), sindicalização, greve, filiação partidária, por exemplo – e também pelo permanente risco de morte, como se

³⁵ Essa é a primeira classificação dos servidores públicos e obedece aos dois ramos básicos de funções públicas: a civil e a militar. É a Constituição Federal que separa os dois agrupamentos, traçando normas específicas para cada um deles. As regras aplicáveis aos servidores públicos civis se encontram entre os arts. 39 a 41 da CF. De acordo com o novo sistema introduzido pela EC nº 18/1998, há um grupo dos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42 e parágrafos, CF), e o dos militares das Forças Armadas, integrantes da União Federal (art. 142, § 3º, CF). No que concerne aos militares, cumpre fazer uma observação. Apesar da alteração introduzida pela EC nº 18/1998, que substituiu a expressão ‘servidores públicos civis’ por ‘servidores públicos’ e da eliminação da expressão ‘servidores públicos militares’, substituída por ‘Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios’ (Seção III, mesmo Capítulo e Título, art. 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que, em última análise, todos são servidores públicos *lato sensu*, embora diversos os estatutos jurídicos reguladores, e isso porque, vinculados por relação de trabalho subordinado às pessoas jurídicas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham. Por tal motivo, parece-nos correta a expressão ‘*servidores militares*’. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 600, grifo do autor).

observa no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80)³⁶, fazendo crer que o legislador tem razão em distingui-los como uma espécie própria de agente público.

A Constituição do Estado de São Paulo não procedeu à reforma de suas disposições atinentes aos militares do estado, por isso, na constituição estadual, os militares paulistas continuam sendo classificados como servidores públicos.³⁷

1.2 A Evolução dos Princípios da Hierarquia e Disciplina e a Deontologia Militar

Os conceitos de hierarquia³⁸ e de disciplina foram cindidos no texto constitucional a partir de 1946.

³⁶ CF/88, 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. § 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas. § 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos; [...] VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014).

- Lei 6.880/80 - Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida. (BRASIL. Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016).

³⁷ CE/SP, Artigo 138 - São servidores públicos militares estaduais os integrantes da Polícia Militar do Estado. § 1º - Aplica-se, no que couber, aos servidores a que se refere este artigo, o disposto no artigo 42 da Constituição Federal. § 2º - Naquilo que não colidir com a legislação específica, aplica-se aos servidores mencionados neste artigo o disposto na Seção anterior. § 3º - O servidor público militar demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos. (SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. **Diário da Assembléia Legislativa**, São Paulo, 5 out. 1989. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em: 17 jun. 2016.).

³⁸ “Ao contrário do que poderia pensar-se, o substantivo *hierarquia* estava ausente do vocabulário grego, que apenas conhecia o adjetivo cognato *hierárchios*, “à moda de grão-sacerdote”, este porém, de uso muito reduzido, jamais tendo sido empregado por escritores da envergadura de Platão, Aristóteles, Sófocles. Formado artificialmente sobre as bases fornecidas pelo grego *hierós*, sagrado, e *arkhía*, comando, passou *hierarquia* (comando sagrado) da linguagem religiosa para a profana (particularmente para profana) e, desta, para a terminologia do direito público, acumulando os sentidos de *comando*, *subordinação*, *escalonação*, *dependência*. O *hierarca*, o sumo sacerdote, dava unidade à religião, resolvendo dúvidas que eram acatadas pelos fiéis. No campo jurídico, o superior hierárquico também fixa as normas que deverão ser seguidas pelos subalternos. Já se comparou com muita felicidade o aparelhamento administrativo a uma grande pirâmide, cujo vértice é ocupado pelo superior, em torno do qual se vão dispendo, em graus diversos, cada vez mais baixos os demais funcionários até a base. A imagem é das mais felizes, dando uma idéia perfeita do complexo organismo administrativo, dirigido pelo superior e articulado em todos os seus lados, de maneira que o todo funcione harmonicamente, de modo uniforme, evitando-se o caos e reafirmando-se a unidade da máquina.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 59, grifo do autor).

Melhor, nesse ponto, do que as anteriores, distinguiu hierarquia e disciplina, escapando à fusão, ao hibridismo da Constituição de 1891, art. 14 (obediente ... aos seus superiores hierárquicos) da Constituição de 1934, art. 75, que o repetiu, e da Constituição de 1937, art. 161 ('sobre a base da disciplina hierárquica').³⁹

A Constituição de 1967, art. 90, apenas repete a Constituição de 1946, art. 176, que preceitua que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia e disciplina. Conceitos estes que foram recepcionados por todas as constituições supervenientes.

Assim, dentre os poderes administrativos encontramos os poderes hierárquico e disciplinar, considerados pela doutrina como “poderes instrumentais”, ou seja, como o meio pelo qual se alcança os fins da Administração Pública, tais como realização do bem comum, atendendo aos interesses da coletividade, a proteção das fronteiras e segurança e paz social.

A *hierarquia* é a relação de ordenação que exige a submissão dos subordinados aos seus superiores, atendendo a regras pré-estabelecidas. Essa relação nasceu na religião, refletindo depois para as organizações militares e serviu de modelo para a organização da administração, nos diferentes países e sociedades.

Criação napoleônica, a organização administrativa francesa recebeu estrutura marcadamente militar. Em nenhuma outra parte, com exceção talvez da Prússia, o princípio hierárquico foi aplicado com tanto rigor. Era conforme as tradições do antigo regime e correspondia ao temperamento militar de Napoleão, sendo aceito facilmente pelos funcionários de uma geração nascida entre duas batalhas e formada nos colégios ao rufar dos tambores.⁴⁰

Hoje no Brasil, como um Estado democrático de direito e cuja Administração está condicionada ao princípio da legalidade, a subordinação dos agentes públicos dentro da hierarquia estatal é mais à norma que aos mandos e desmandos dos superiores hierárquicos, vez que os subalternos não estão obrigados a cumprir ordens ilegais, caracterizando-se o “[...] poder hierárquico pela autoridade do chefe sobre o subordinado que, recebendo instruções e ordens, cumpre-as no interesse da função.”⁴¹

³⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. p. 390.

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 60.

⁴¹ Ibid.

Toda Administração Pública está hierarquicamente organizada em autoridades e órgãos que compõem a estrutura administrativa de todos os entes federados⁴². Conforme bem pontuou Bandeira de Mello⁴³, a hierarquia pode ser definida como o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados. Tais poderes abordam: i) poder de comandar, expedindo determinações gerais por meio de instruções ou determinações específicas a um dado subalterno, através de ordens diretas, sobre a execução de determinado serviço; ii) poder de fiscalização, que lhe permite inspecionar os trabalhos desenvolvidos pelos órgãos e agentes dependentes; iii) poder de

⁴² Não só a organização da Administração Pública recebeu influência do militarismo, mas o sistema administrativo em sentido amplo, inclusive privado, como discorreu Idalberto Chiavenato ao tratar da teoria geral da administração: "A organização militar tem influenciado enormemente o desenvolvimento das teorias da Administração ao longo do tempo. A organização linear, por exemplo, tem suas origens na organização militar dos exércitos da Antiguidade e da época medieval. O princípio da unidade de comando (pelo qual cada subordinado só pode ter um superior) – fundamental para a função de direção – é o único central de todas as organizações militares daquelas épocas. A escala hierárquica, ou seja, a escala de níveis de comando de acordo com o grau de autoridade e responsabilidade correspondente é tipicamente um aspecto da organização militar utilizado em outras organizações. Com o passar dos tempos, a gradativa ampliação da escala de comando trouxe também um correspondente ampliação da graduação da autoridade delegada: à medida que o volume de operações militares aumentava, crescia também a necessidade de delegar autoridade para níveis mais baixos dentro da organização militar. Ainda na época de Napoleão (1769-1821), o general, ao chefiar o seu exército, tinha a responsabilidade de vigiar a totalidade do campo de batalha. Porém, com as batalhas de maior alcance, inclusive de âmbito continental, o comando das operações de guerra exigiu, não novos princípios de organização, mas a extensão dos princípios então utilizados, conduzindo assim a um planejamento e controle centralizados em paralelo a operações descentralizadas, ou seja, passou-se à centralização do comando e à descentralização da execução. O conceito de hierarquia dentro da organização militar é provavelmente tão antigo quanto a própria guerra, pois a necessidade de um estado-maior sempre existiu para um exército. Todavia, o estado-maior formal como um quartel-general somente apareceu em 1665 com a Marca de Brandenburgo, precursor do exército prussiano. A evolução do princípio de assessoria e a formação de um estado-maior geral teve sua origem no século XVIII na Prússia, com o Imperador Frederico II, o Grande (1712-1786), que, desejoso de aumentar a eficiência de seu exército, fez algumas inovações na estrutura da organização militar. Com a ajuda do General Scharnhorst foi criado um estado-maior (staff) para assessorar o comando (linha) militar. Os oficiais de linha e de assessoria trabalhavam independentemente, numa nítida separação entre o planejamento e a execução das operações de guerra. Os oficiais formados no estado-maior eram transferidos posteriormente para posições de comando (linha) e novamente para o estado-maior, o que assegurava uma intensa experiência e vivência nas funções de gabinete, de campo e novamente de gabinete. Uma outra contribuição da organização militar é o princípio de direção, através do qual todo soldado deve saber perfeitamente o que se espera dele e aquilo que deve fazer. Salienta Mooney que mesmo Napoleão, o general mais autocrata da história militar, nunca deu uma ordem sem explicar o seu objetivo e certificar-se de que a haviam compreendido corretamente, pois estava convencido de que a obediência cega jamais leva a uma execução inteligente de qualquer coisa. No início do século XIX, Carl von Clausewitz (1780-1831), general prussiano, escreveu um Tratado sobre a Guerra e os Princípios de Guerra, sugerindo como administrar os exércitos em períodos de guerra. Foi o grande inspirador de muitos teóricos da Administração que posteriormente se basearam na organização e estratégia militares para adaptá-las à organização e estratégia industriais. Clausewitz considerava a disciplina como um requisito básico para uma boa organização. Para ele toda organização requer um cuidadoso planejamento, no qual as decisões devem ser científicas e não simplesmente intuitivas. As decisões devem se basear na probabilidade e não apenas na necessidade lógica. O administrador deve aceitar a incerteza e planejar de maneira a poder minimizar essa incerteza." (CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983. p. 24-25).

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 154-155.

revisão para, dentro dos limites regulamentares e em concordância com os princípios constitucionais, alterar ou suprimir as decisões emanadas de subordinados, mediante a revogação, quando estas não atenderem a conveniência e oportunidade, ou mediante anulação, quando estiver fulminada por vício jurídico; iv) poder de punir, ou seja, aplicar sanções estabelecidas em lei aos subordinados faltosos; v) poder de dirimir controvérsias de competência, sejam positivas ou negativas; e vi) poder de delegar ou avocar a competência.

No entanto, Cretella Júnior chama a atenção para o fato de que apenas o Poder Executivo está sujeito à subordinação hierárquica.⁴⁴ Todavia, essa assertiva comporta ressalva, quando se refere à inexistência de hierarquia nos Poderes Judiciário e Legislativo. Não existe hierarquia em tais poderes quando estão realizando exclusivamente as suas funções constitucionais, ou seja, quando o Estado por meio do Judiciário está prestando a tutela jurisdicional e quando está legislando, por meio do Legislativo, pois dentro de ambos também existe uma estrutura administrativa e hierárquica que organiza os seus serviços e agentes, como, por exemplo, dentro de um ofício judicial existe um diretor que coordena os demais servidores; ou dentro de um fórum, para tratar dos assuntos de manutenção e organização para adequado funcionamento dos serviços ao cidadão existe uma chefia; o próprio Tribunal, por meio de norma administrativa, determina o horário de funcionamento da Justiça e vincula todos os foros a ele subordinados; para adequado funcionamento das Câmaras legislativas da mesma forma existe uma organização hierárquica como um instrumento que possibilita o exercício dos legisladores; por fim, quando um servidor é

⁴⁴ “Entendemos por hierarquia a relação de coordenação e de subordinação dos órgãos do poder executivo. Tal escalonamento mostra, em primeiro lugar, que os órgãos do aparelhamento administrativo estão permanentemente vinculados e que, pelo instituto da hierarquia, fica firmada e graduada a competência de cada autoridade. Por outro lado, cumpre frisar, a *hierarquia* é peculiar ao poder executivo, não existindo no âmbito do poder judiciário, nem do poder legislativo. No poder judiciário, o que existe é gradação de autoridade, estabelecida por meio das instâncias ou graus de jurisdição. Realmente, uma das consequências da hierarquia é a possibilidade que tem o superior de praticar os atos que competem ao inferior. Na organização por instâncias, tal não se dá: cada uma funciona em esfera diferente da outra e é com ela incomunicável. O Tribunal não pode praticar atos da competência do juiz de primeira instância, não pode processar e julgar a qualquer momento uma ação qualquer, a não ser as da sua competência. Enfim, o Tribunal não tem a faculdade de dar ordens, nem de substituir-se ao juiz de inferior instância. Desse modo, ao passo que, na hierarquia administrativa, o superior, independentemente de provocação do interessado, pode modificar ou reformar ato do seu subordinado, dê que julgue dever assim proceder, tal não se verifica no âmbito do poder judiciário, onde somente mediante provocação do interessado, ou seja, através de *recurso*, o chefe intervém no ato ou ação do que lhe está subordinado. A tal ponto a incomunicabilidade de instância é observada no campo do judiciário que, quando o legislador entende que é caso de reexame, manda que haja recurso por parte do próprio juiz (recurso *ex officio*). No poder legislativo, também não existe hierarquia, mesmo quando o sistema é bicameral, onde a câmara alta não é superior à câmara baixa, pois nesses casos o que há é discriminação de funções. No poder executivo, sim, há hierarquia, porque todos os órgãos se interligam, formando como que uma cadeia com uma só exceção: a do mais alto superior hierárquico, acima do qual não há nenhuma outra autoridade. As consequências da hierarquia são inúmeras, devendo-se salientar, entre outras, a unidade de direção, a vigilância dos superiores sobre os inferiores, a substituição do inferior pelo superior, a revisão dos atos dos subordinados, a aplicação de penalidades, o dever de obediência e a resolução dos conflitos de atribuição.” (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 61, grifo do autor).

punido pelo seu chefe dentro da organização administrativa, seja do Executivo, Judiciário ou Legislativo, haverá a possibilidade de submeter o ato à revisão do superior hierárquico de quem realizou o ato administrativo dentro da respectiva cadeia hierárquica, nos termos da norma de organização do respectivo serviço público.⁴⁵

A *disciplina* pode ser entendida como obediência à ordem de quem tenha a legitimidade, a competência, o poder de comando para emaná-la. Já a hierarquia é o escalonamento dessa cadeia administrativa, quando se trata de repartições civis, ou cadeia de comando nas instituições militares. Enfim, é o grau de ordenação das autoridades dentro da estrutura de determinada organização. Pinto Ferreira discrimina muito bem tais institutos e para ele o “[...] conceito de disciplina difere do de hierarquia, pois a disciplina se desenvolve na hierarquia. Esta apresenta um escalonamento ou graduação de função; aquela, o controle do escalonamento das funções.”⁴⁶

Na esfera militar este tema guarda contornos peculiares, como mencionado acima, presentes na deontologia militar, a partir de princípios como a hierarquia e disciplina, dos quais resultam os atributos que revestem a relação profissional nos quartéis, manifestados pelo *dever de obediência* e a *subordinação*, cujas particularidades não encontram paralelo na vida civil⁴⁷, pois a obediência hierárquica militar deve ser considerada sob ótica singular, visto que a natureza da função militar requer que o superior conte com poderes e faculdade que compreende, ao mesmo tempo, o direito de ordenar e a faculdade de punir os atos que julgue contrários à disciplina. Nas palavras de José Luiz Dias Campos Junior, “[...] a obediência hierárquica é, no consenso geral, o princípio maior da vida orgânica e funcional das forças armadas. O ataque a esse princípio leva à dissolução da ordem e do serviço militar.”⁴⁸

⁴⁵ “A palavra poder comporta duas significação: os órgãos estatais, sentido orgânico ou subjetivo – Legislativo, Executivo e Judiciário – e as funções a serem desempenhadas, sentido funcional ou objetivo – atividade executiva ou administrativa; legislativa ou normativa; e jurisdicional. Cada órgão, porém não exerce exclusivamente uma única função. A função típica do Executivo é a atividade administrativa. Porém, ele realiza funções atípicas – relativas a outro órgão – como no caso de edição de medidas provisórias. Exemplo de função atípica do Judiciário, via para aperfeiçoamento a sua atuação final, principal ou essencial, é a organização da sua estrutura, funcionamento, que engloba, por exemplo, a eleição de seus órgãos diretivos, a estipulação de competências, a realização de concursos para o provimento de cargos de juiz e demais servidores – autonomia administrativa (art. 96 a 99 da CF).” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 145).

⁴⁶ FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 5. p. 226.

⁴⁷ “Entendemos, entretanto, que as peculiaridades do direito militar ainda são mais sensíveis, porque mais rígidos os conceitos fundamentais da hierarquia e disciplina que constituem, afinal, a estrutura de toda a organização militar. As peculiaridades da organização e o funcionamento das instituições militares bastam para que se lhes atribua uma posição singular na organização administrativa do Estado e um técnica diferente no funcionamento dos serviços atribuídos às forças militares.” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. v. 4. p. 461).

⁴⁸ CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. **Direito penal e justiça militar: inabaláveis princípios e fins**. Curitiba: Juruá, 2001. p.132.

Por razões práticas e didáticas, o estudo ficará restrito ao regime jurídico da Polícia Militar do Estado de São Paulo – com subsídio do Estatuto dos Militares –, pois cada uma das instituições militares⁴⁹ possui regimentos próprios, que, embora convirjam em muitos aspectos, visam atender às peculiaridades de cada missão constitucional que lhe é atribuída. Além disso, o atual Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPMESP) foi instituído pela Lei Complementar nº 893, de 09/03/2001⁵⁰, sob a égide das atuais Constituições Federal e Estadual.

Polícia⁵¹ é a expressão genérica para designar a força organizada do Estado que protege a sociedade. Juntamente com a organização administrativa do Estado, e como parte desta, a organização da polícia também é moderna. Surge apenas com a formação de unidades nacionais que almejavam a separação dos poderes do Estado e a garantia de direitos individuais, pois até então, quando todo o poder estava concentrado na mão de um soberano, cabia a ele governar, administrar, julgar, enfim exerce todos os direitos da soberania, sem oposição ou questionamento. Seus primeiros traços surgiram na França.⁵²

⁴⁹ Compreendem-se como forças militares as forças armadas (marinha, exército e aeronáutica) e as polícias militares e corpos de bombeiros militares como forças auxiliares do exército.

⁵⁰ SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar nº 893, de 9 de março de 2001. Institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 mar. 2001. Disponível em: <http://tjmsp.jus.br/leis/leic_2001_893_atl20141021.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2016.

⁵¹ Histórico do vocábulo: A palavra portuguesa polícia, representada nas várias línguas românicas e anglo-germânicas, origina-se do grego politeia através da forma latina politia, aliás de raro emprego. Ligada etimologicamente, ao vocábulo política, pois ambas vêm do grego pólis (=cidade, Estado), indicou, entre os helênicos, a constituição do Estado, o bom ordenamento. Durante a Idade Média o sentido do vocábulo alterou-se, tendo sido usado para designar a boa ordem da sociedade civil sob a autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa da competência exclusiva da autoridade eclesiástica. Mais tarde, na França e na Alemanha, a police e a polizei passaram a designar o direito do soberano e do senhor feudal para zelar, de todos os modos possíveis, pelo bem-estar daqueles que estavam sob suas ordens. Assim, o conceito de polícia foi se ampliando até abranger toda a atividade da administração, quer dirigida a prevenir os males e as desordens da sociedade, quer a zelar através dos serviços públicos pelo bem-estar físico, econômico e intelectual da população. Do iuspolitiae ficava excluída apenas a atividade financeira e a administração militar. Para achar um conceito mais restrito de polícia é preciso remontar a tempos bem próximos dos nossos, ou seja, até fins do século XVIII e primeira metade do século XIX. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 361).

⁵² “Ainda na França tem a polícia dupla origem: dum lado a libertação das comunas, doutro a vitória dos reis sobre os grandes do reino. A carta de emancipação das Comunas, ponto de partida da unidade política da França, data de Luis, o Gordo, no século XII. Pode-se colocar nesta época a criação da polícia francesa, no início de âmbito apenas municipal, tendo entrado pouco a pouco no sistema de centralização que muito preocupou os reis, principalmente a partir de Luis XI. Até o século XVII, aliás, a polícia era unida à Justiça e os mesmo magistrados representavam uma e outra. Quando o vocábulo polícia passou para a Alemanha, tinha o sentido de “bom estado da coisa comum”, que é o fim que deve ter em mira a autoridade pública. No advento da época moderna, escreve Otto Mayer, a polícia desempenha relevante papel, chegando até a caracterizar o Estado em todas as relações que assume para com o súdito; o exército e a justiça permanecem de lado; tudo aquilo que fora deles pode fazer-se para fortalecer a ordem interna e consolidar a coisa comum pertence à polícia, a qual se mostra sempre infatigável na tarefa de preparar novos recursos e deixa-se guiar pela luz da economia política, ciência que acaba de desenvolver-se. Ademais, tudo o que a autoridade julga saudável pode agora a polícia realizar e, em caso de necessidade, mediante o emprego de força.” (Ibid., p. 362).

A doutrina também diverge quanto à definição de polícia, pois se constata que o termo polícia evoluiu com a própria sociedade, ou mesmo o direito, passando por alterações que permitiram o seu emprego em diferentes designações:

Num primeiro sentido, polícia é sinônimo de regras de polícia, conjunto de normas impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal, diária, seja no exercício de atividade específica. Desse modo, toda regra de direito poderia ser compensada como regra de polícia, no sentido amplo do termo.

Num segundo sentido, denomina-se ainda polícia o conjunto de atos de execução, dos regulamentos assim feitos, bem como das leis. É nesta segunda acepção que se distingue, como veremos, a polícia administrativa da polícia judiciária.

Num terceiro sentido, polícia é o nome que se reserva às forças públicas, encarregadas da execução das leis e regulamentos, isto é, aos agentes públicos, ao pessoal de cuja atividade resulta ordem pública.⁵³

No Brasil, o legislador constituinte distinguiu a atividade policial em preventiva e judiciária, conforme teor do artigo 144 da Constituição Federal.⁵⁴ Disposições estas que foram acompanhadas pela Constituição do Estado de São Paulo. Assim, no Brasil, exercem atividade de polícia judiciária a polícia federal e as polícias civis, destinadas a apurar as

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 364.

⁵⁴ CF/88, Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: " (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. § 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. § 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades. § 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. § 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014) I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014).

infrações penais na esfera de suas competências; e exercem policiamento preventivo a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal e as polícias militares. Todavia, essa divisão de atribuições não é absoluta, conforme se observa no inciso II do parágrafo primeiro do mencionado artigo 144, que delega à polícia federal, essencialmente repressiva – tecnicamente falando, judiciária – a incumbência de prevenir o tráfico de drogas. No sentido inverso, a confusão de atribuições também ocorre com a polícia militar, preventiva por natureza, que não pode deixar de aplicar a repressão imediata quando se depara com um flagrante delito e adotar as medidas urgentes para apurar os autores do ilícito penal, por exemplo, em um crime de furto, após colher as características do infrator, diligenciar nas proximidades para localizá-lo e detê-lo.

A distinção da polícia em judiciária e administrativa, ou preventiva, é de procedência francesa e foi adotada por inúmeros países, exceto pelas nações anglo-saxônicas – Grã-Bretanha e Estados Unidos. Essa divisão de atribuições, todavia, não tem integral aplicação em nossa realidade, pois, como demonstrado, as instituições policiais podem ser consideradas mistas, cabendo ao mesmo órgão atividades preventivas e repressivas. Essa junção de atribuições é sintetizada na definição de Cretella Júnior, para quem polícia “[...] é a atividade exercida pelo Estado para assegurar a ordem pública através de limitações impostas à liberdade coletiva e individual dos cidadãos.”⁵⁵

A polícia militar é considerada força auxiliar do exército pela Constituição Federal – parágrafo sexto do mesmo artigo 144 – o que foi ratificado na Constituição do Estado de São Paulo de 1989, em seu artigo 139.⁵⁶

Seguindo o preceito da Constituição Federal, a Constituição do Estado de São Paulo também reconheceu a natureza jurídica de servidor público dos militares do estado.⁵⁷ Ademais, como todas as outras instituições militares, de acordo com os artigos 142 e 42 da Constituição Federal, a polícia militar também é organizada com base na hierarquia e disciplina.

⁵⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 371.

⁵⁶ CE/SP, Artigo 139 - A Segurança Pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio. § 1º - O Estado manterá a Segurança Pública por meio de sua polícia, subordinada ao Governador do Estado. § 2º - A polícia do Estado será integrada pela Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros. § 3º - A Polícia Militar, integrada pelo Corpo de Bombeiros é força auxiliar, reserva do Exército.

Artigo 140 - A Polícia Civil, órgão permanente, dirigida por delegados de polícia de carreira, bacharéis em direito, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Artigo 141 - À Polícia Militar, órgão permanente, incumbe, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

⁵⁷ CE/SP, Artigo 138 - São servidores públicos militares estaduais os integrantes da Polícia Militar do Estado. § 1º - Aplica-se, no que couber, aos servidores a que se refere este artigo, o disposto no art. 42 da Constituição Federal. § 2º - Naquilo que não colidir com a legislação específica, aplica-se aos servidores mencionados neste artigo o disposto na seção anterior.

De outro modo, portanto, não poderia preceituar o seu regulamento disciplinar, instituído pela Lei Complementar nº 893/01. No bojo deste modelo de organização e fundado em tais princípios, são fixados os *valores* e *deveres* que integram a deontologia policial-militar, definida legalmente no art. 6º do citado regulamento e constituída pelos “[...] valores e deveres éticos, traduzidos em normas de conduta, que se impõem para que o exercício da profissão policial-militar atinja plenamente os ideais de realização do bem comum”⁵⁸, qual seja, a preservação da ordem pública. Aplicada aos componentes da Polícia Militar, independentemente de posto ou graduação, a deontologia policial-militar reúne valores úteis e lógicos a valores espirituais superiores, destinados a elevar a profissão policial-militar à condição de missão. O militar do Estado prestará compromisso de honra, em caráter solene, afirmando a consciente aceitação dos valores e deveres policiais-militares e a firme disposição de bem cumpri-los.

A deontologia indica o conjunto de princípios e valores que regem a conduta de um profissional e a deontologia policial-militar, portanto, pode ser definida como a ciência que, no âmbito da ética, “[...] trata da concepção dos valores e da sistematização dos deveres, compromissos e outras obrigações a que estão submetidos os integrantes das polícias militares.”⁵⁹

A hierarquia e a disciplina, no âmbito militar, são valores salvaguardados pela Constituição Federal (artigos 42 e 142) concretizados em princípios que pressupõem o dever de obediência, inserto sobretudo na obrigação que tem o subordinado de obedecer ao seu superior, salvo quando a ordem for manifestamente ilegal. Neste ponto já é possível antever a necessidade de ponderação entre os citados princípios, inerentes ao militarismo, e os princípios gerais regentes do ato administrativo, dos quais não estão imunes os atos disciplinares militares.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPMESP), em seu artigo 3º, define expressamente que a Hierarquia policial-militar é a ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar, culminando no Governador do Estado, Chefe Supremo da Polícia Militar. E no artigo 9º define expressamente que A disciplina policial-militar é o exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Polícia

⁵⁸ Artigo 1º - A hierarquia e a disciplina são as bases da organização da Polícia Militar. [...] Artigo 7º - Os valores fundamentais, determinantes da moral policial-militar, são os seguintes: I - o patriotismo; II - o civismo; III - a hierarquia; IV - a disciplina; V - o profissionalismo; VI - a lealdade; VII - a constância; VIII - a verdade real; IX - a honra; X - a dignidade humana; XI - a honestidade; XII - a coragem. [...] Artigo 8º - Os deveres éticos, emanados dos valores policiais-militares e que conduzem a atividade profissional sob o signo da retidão moral, são os seguintes: [...].

⁵⁹ VALLA, Wilson Odirley apud ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 89.

Militar. No mesmo dispositivo elenca que são manifestações essenciais da disciplina: a observância rigorosa das prescrições legais e regulamentares; a observância às ordens legais dos superiores; o emprego de todas as energias em benefício do serviço; a correção de atitude; as manifestações espontâneas de acatamento dos valores e deveres éticos; a colaboração espontânea na disciplina coletiva e na eficiência da Instituição.

A disciplina pressupõe o dever de obediência, antes de tudo, à lei, pois é a única convenção que submete a vontade humana aos padrões de conduta de determinada sociedade e em benefício da coletividade, sem que se imponha constrangimento à dignidade pessoal. No militarismo, contudo, não se pode olvidar que há circunstâncias peculiares que decorrem dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina e ampliam o dever de obediência às ordens dos superiores hierárquicos, pois, de outro modo, a hierarquia militar não teria razão de existir e sequer estaria prevista expressamente na Constituição Federal. Ao militar que recebe determinada ordem cabe apenas verificar se o seu autor tem ascensão hierárquica sobre ele e se a ordem é legal, para que seja obrigado a cumpri-la nos limites do dever de obediência. Diz-se limite, pois esse dever não é absoluto, uma vez que o cumprimento de uma ordem pode ser recusado quando esta for ilegal. Antes disso, porém, para não incorrer em transgressão disciplinar, ou ilícito penal – crime de insubordinação⁶⁰ – o executante deve requerer por escrito a confirmação da ordem obscura ou que contrarie preceito legal ou regulamentar. Pois, do contrário, ao cumprir ordem superior que tenha por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou seja, ilícita, o seu executor também será punível nos termos do parágrafo 2º do artigo 38 do CPM e não poderá invocar a excludente⁶¹ da letra b) do mesmo dispositivo.⁶² Nota-se aqui mais uma peculiaridade da hierarquia dos militares, muito

⁶⁰ Código Penal Militar, Art. 163: Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução: Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave. (BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016).

⁶¹ “É corrente o uso da expressão *excludentes* para referir hipóteses em que se considerará inexistente a infração, ou não sancionável a conduta, conforme o caso. São encontráveis menções ao (1) fato da natureza (força maior); (2) caso fortuito; (3) estado de necessidade; (4) legítima defesa; (5) doença mental; (6) fato de terceiro; (7) coação irresistível; (8) erro; (9) obediência hierárquica; (10) estrito cumprimento do dever legal; (11) exercício regular de direito. Em nosso entender, as oito primeiras hipóteses dizem respeito com a falta de voluntariedade – logo, elidem o próprio cometimento da infração, uma vez que a voluntariedade é o mínimo elemento subjetivo que se exige para imputação de uma infração a alguém. Já as três últimas correspondem a uma exclusão da sanção, propriamente dita.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 868, grifo do autor).

⁶² Código Penal Militar, Art. 38: Não é culpado quem comete o crime: a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade; b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços. § 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem. § 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

mais rígida que a hierarquia administrativa imposta aos agentes civis, pois enquanto a insubordinação ou desobediência destes enseja penalidade meramente administrativa, a mesma conduta praticada por militar o sujeita a sanção penal.

O Decreto-Lei nº 1.001/69 – Código Penal Militar (CPM) – instituído pelos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica à luz dos Atos Institucionais nº 5 e nº 16, dispõe no artigo 38 que não é culpado quem comete o crime em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços, respondendo pelo crime o autor da coação ou da ordem. Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior. Tais preceitos, porém, não coadunam com a ordem jurídica vigente vez que ninguém pode se escusar de cumprir a lei ou violá-la, alegando que não a conhece⁶³. Por isso, se um militar cumprir ordem que sabe ser ilegal, responderá pela infração, seja ela penal, caso constitua um crime, seja meramente administrativa, caso constitua uma falta disciplinar. Sendo assim, o dever de obediência deve ser relativizado, abstendo-se o subordinado de cumprir ordens manifestamente ilegais. As disposições do CPM também se dissociam do regime constitucional democrático em vigor, oposto do regime ditatorial existente quando do advento daquele código. A relativização do dever de obediência é fundamental para a manutenção do regime democrático, pois a recusa de um subordinado em cumprir ordem ilegal ou abusiva é a manifestação particular do direito de resistência de todo o cidadão, contra os arbítrios e abusos do Estado, materializado por agente público investido de autoridade.

Esse rigor no tratamento dos militares é admitido e até mesmo necessário diante da natureza e da missão das instituições a que estão integrados, pois, com exceção daqueles conscritos, que estão prestando o serviço militar obrigatório, todo cidadão, após ingressar em uma das Forças Armadas mediante incorporação, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los. Os mencionados deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida.⁶⁴

⁶³ Artigo 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016).

⁶⁴ Artigos 31 a 33 do Estatuto dos Militares.

Embora estejam submetidos a um regime tão peculiar, como foi demonstrado, os militares não estão à margem dos valores e garantias individuais da pessoa humana, vida, liberdade, dignidade, locomoção, entre outros, pois a tomando por referência a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – promulgada no Brasil através do Decreto Federal nº 678/92⁶⁵, pessoa para os efeitos da convenção (art. 1º) é todo o ser humano, não podendo haver discriminação de qualquer natureza. Conclui-se então que nem mesmo entre civil e militar.

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

CAPÍTULO 2 A TEORIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA PROJEÇÃO NA SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR

2.1 A Evolução do Processo Administrativo e seus Princípios Informadores

O debate do assunto exige uma breve digressão sobre a relação entre direito constitucional e direito administrativo. O direito constitucional é o direito público por excelência, pois traduz a conformação político-jurídica do Estado e da sociedade, tratando da estrutura horizontal – separando os Poderes – e vertical do Estado, delimitando competências dos Entes Federados e os limites ao poder Estatal. Este ramo pode ser separado para fins didáticos em duas partes: a teoria da constituição e a constituição positiva. Na primeira insere-se a análise do próprio conceito de constituição, da relação da Constituição com os Poderes do Estado, o processo de formação da Constituição, as peculiaridades das normas constitucionais, quanto à eficácia e validade, bem como a hermenêutica constitucional. Na segunda, basicamente a dogmática constitucional, como objeto de estudo a Constituição positivada.

O direito administrativo, complementando o direito constitucional é conceituado por Themistocles Brandão Cavalcanti “[...] como o conjunto de princípios e normas jurídicas que presidem ao funcionamento das atividades do Estado, à organização e ao funcionamento dos serviços públicos, e às relações de administração com os indivíduos.”¹ Para Cretella Júnior é “[...] o ramo do direito público interno que regula a atividade das pessoas jurídicas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas”² e teria surgido na antiguidade clássica, na Grécia.

Alguns historiadores preferem dividir a história humana nos períodos remota antiguidade, antiguidade oriental, antiguidade clássica, idade média, renascimento e tempos modernos. Outros adotam divisão apenas em quatro períodos, antiga, medieval, moderna e contemporânea. Não foram encontradas referências aos povos mais antigos, apenas apontamentos de que predominava orientações teológicas, concedendo aos chefes um poder supremo, confundindo-se o soberano com o sacerdote, cujas ordens eram inquestionáveis. Já na sociedade grega, na antiguidade clássica, encontra-se referência a instituições destinadas à proteção da ordem interna e da defesa externa, bem como dos interesses da coletividade, mesmo com certa confusão entre as autoridades administrativa e judiciária. Mas existiam os

¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958. p. 23.

² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 31.

serviços administrativos e os direitos e deveres dos agentes incumbidos de executá-los e os seus destinatários.³

Quanto aos romanos, embora não tenham conseguido alcançar no âmbito do direito público o mesmo sucesso do direito privado, não é possível conceber que tal sociedade tenha ficado à margem da organização administrativa, já que estruturou o maior império colonizado do mundo antigo. Sem equilibrado e perfeito sistema de coordenação entre Roma e os povos conquistados, jamais teria sido possível estabelecer e conservar durante tanto tempo o domínio do vasto território. “Para que se tenha ideia bastante precisa do que foi a contribuição romana para o progresso administrativo, não é mister evocar senão um só fato: o que representou, naquele império, a formação e a organização do município.”⁴

Avançando para a história moderna, algumas escolas de direito administrativo merecem relevo pela influência que tiveram no direito de outros países, a começar pelo Direito Administrativo francês. As alterações políticas, sociais e econômicas decorrentes da Revolução Francesa de 1789, que resultou na queda da monarquia e refletiu em todas as instituições do país, promoveu grandes modificações na ordem jurídica com a ordenação do direito administrativo com a edição de legislação dirigida a esse ramo do direito. Até então existia naquele país uma administração centralizada sob o poder do monarca. A Revolução consagrou o princípio da divisão dos Poderes do Estado e a completa sujeição do poder Executivo às normas editadas pelo Legislativo. As leis disciplinadoras da atividade estatal passaram a adquirir eficácia vinculante, tornando-se fonte reguladora da relação do Estado com os seus Administrados.

O ato de nascimento do direito administrativo é geralmente considerado como a Lei 28 pluviose do ano VIII (1800) que, pela primeira vez, deu à administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória.

O direito administrativo, propriamente dito, principia a apresentar-se, porém, com características bastante típicos a partir da segunda década do século XIX.

³ “Mediante a consulta das obras de Aristóteles, é possível obter alguns dados a respeito da administração de algumas cidades gregas. Os governos das cidades gregas tinham em geral a superintendência da indústria e do comércio, especialmente onde havia um mercado importante, a inspeção dos edifícios públicos, uma polícia das casas e das ruas, assim como dos campos e bosques; tinham recebedores e tesoureiros das rendas públicas, funcionários cuja tarefa consistia em redigir documentos relativos ao procedimento legal e às decisões judiciais, em ouvir as queixas, dirigir mandatos nos processos iniciados por ministério da lei, carcereiros, etc. Além desses funcionários, havia os oficiais da administração naval e militar [...]. Atenas, com sua importante legislação concernente à fiscalização dos dinheiros públicos, escreve Alfredo Cecílio Lopes, lançou os alicerces históricos dos Tribunais de Contas que existem hoje em quase todos os países civilizados. Transformando a mera atividade de contraste numa verdadeira instituição, com órgãos e funções precisas, legou à posteridade um instrumento imprescindível de comprovação da legalidade e moralidade da administração financeira do Estado e aferidor rigoroso da consciência democrática de um povo, pois só onde este vote as suas leis de meios e fiscalize, de modo efetivo, a sua execução, é que se manifesta uma autêntica democracia.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 95).

⁴ Ibid., p. 96

No período de 1886 a 1918 vai-se elaborando, na França, sem publicidade, a denominada justiça administrativa.

A inauguração da primeira cátedra de direito administrativo, na Universidade de Paris, em 1828, imprime considerável impulso aos estudos de direito público, em França, atraindo esse fato a atenção dos juristas e professores de todo o mundo.⁵

Quando se trata do direito administrativo como ciência, porém, é mister reconhecer sua origem na Itália, “[...] cabendo a primazia ao espírito genial de Gian Domenico Romagnosi, autor dos *Principii fondamentali di diritto amministrativo*, 1814, livro aliás que, não obstante o título, abrange quase todos os ramos das ciências jurídicas.”⁶ Até então os antigos Estados italianos, como seus respectivos sistemas jurídicos, não conheciam o direito administrativo, a não ser mais tarde pela influência da legislação francesa.⁷

Para atingir os fins do Estado e executar as tarefas incumbidas ao serviço público, à administração cumpre praticar inúmeros e distintos atos denominados atos administrativos, cuja teoria encontra fonte na própria teoria dos atos e fatos jurídicos, bem como nos princípios gerais do Direito, mas com as peculiaridades inerentes ao modelo de organização do Estado. Por isso, diante de um vasto número e espécies de atos que podem ser emanados pela Administração é que tais manifestações decorrem de um processo administrativo, regulado pelo direito administrativo, e devem ser realizados em conformidade com os princípios e regras que norteiam esse processo. Como o direito administrativo é apenas um dos ramos do direito e não há como apartá-lo dos demais ramos formadores da ciência jurídica, nem das demais normas constituidoras do ordenamento jurídico vigente, para estudá-lo isoladamente, é necessário fazer a sua inter-relação com os demais ramos do direito a ele afetos.

O direito processual, seja qual for o ramo do direito em que for empregado, é ciência autônoma, pois em cada seara haverá um conjunto de normas e princípios norteadores de seus procedimentos, espécie de processos, ritos, etc. Fato este marcante no direito processual administrativo, com a existência de uma gama de processos específicos, como por exemplo, sindicância, investigações preliminares, entre outros.

No Brasil, o processo administrativo, que não deixa de ser um processo, está regulamentado por regras próprias, com objeto próprio, definidos em leis específicas a cada

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 99

⁶ *Ibid.*, p. 101

⁷ Bem diferente da francesa é a contribuição alemã para o progresso do direito administrativo, salientando-se pelo espírito técnico e científico da construção e pondo-se de lado o causismo, ditado pela necessidade prática do momento. Mas o direito administrativo como lei e como ciência só principiou, depois da unificação política administrativa, com a Constituição de 1870, o seu período de progresso, que procede ordenado sobre a triplíce base do elemento filosófico, histórico e legislativo. O valor desta literatura é sempre o de uma grande compreensão do assunto, especialmente no campo do direito público, de uma elaborada construção técnica e científica e do método de indagação e de exposição para o qual as ideias e as relações jurídicas são elevadas a institutos, como personalidades que possuem fisionomia e movimentos próprios. (*Ibid.*, p. 100)

categoria de agentes, que em nada se confundem com o direito processual penal ou direito processual civil, embora sejam estes geralmente aplicados subsidiariamente ao processo administrativo, de acordo com a natureza do procedimento administrativo e por disposição expressa da norma administrativa típica.⁸

A atividade administrativa do Estado é essencialmente processual, pois todos os seus atos devem seguir um procedimento para serem emanados com legitimidade e eficácia, observando-se desde a competência da autoridade para editá-lo até a formalidade de publicação em canal adequado para que seja cumprido o princípio da publicidade. Diante do relevo dessa atividade processual, essa matéria recebe grande destaque do direito administrativo, seja porque é o alicerce para a aplicação de sanções disciplinares – com a possibilidade de grave interferência na esfera de direitos do agente – seja porque é uma segurança ao agente contra atos arbitrários das autoridades as quais esteja subordinado. Tendo em vista a importância do processo e a amplitude de seu emprego na administração, Cretella Júnior define que “[...] processo administrativo, lato sensu, é o conjunto de atos e formalidades que, antecedendo e preparando o ato administrativo, permite que o Estado atinja seus fins através da vontade da administração.”⁹

Esclareça-se, nesta altura, que a expressão *processo administrativo* indica, na maioria das vezes, que houve algo de anômalo no serviço público e que alguém precisa responder pela irregularidade verificada. Valores do mais alto interesse para o Estado merecem especial cautela: está em jogo ou a *hierarquia*, ou a *moralidade* ou o *patrimônio*, ou a *segurança* do Estado, cumprindo, portanto, apontar os *culpados* para a urgente *responsabilização*.¹⁰

Não é possível conceber, todavia, outra forma de desvendar a realidade senão por meio de procedimento imparcial, regulado por regras de direito e observando os princípios universalmente válidos, garantindo que não haja excessos e abusos da administração ou que o agente público envolvido consiga esquivar-se de sua responsabilidade por meio de manobras jurídicas que possam inviabilizar a conclusão do processo.

O que não se discute, seja no processo comum, seja no processo administrativo, é que o período de tramitação do processo é de grande tensão para os interessados, pois ficam sob intensa angústia e expectativa das implicações procedimentais, ou seja, da observância dos deveres e exercício dos direitos, que são orientados para um fim comum, um pronunciamento justo, uma decisão concreta da administração materializada em um ato

⁸ O art. 87 da Lei Complementar nº 893/01 (RDPMESP) ilustra essa situação: *Artigo 87 - Aplicam-se, supletivamente, ao Conselho de Disciplina as disposições do Código de Processo Penal Militar.*

⁹ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 390.

¹⁰ *Ibid.*, p. 392

administrativo que reflita a norma vigente. Aliás, no fundo toda administração é processo administrativo e “[...] os atos administrativos apresentam-se como simples produtos do processo administrativo. Assim, o processo administrativo é uma consequência necessária da organização da administração pública.”¹¹

2.1.1 A Teoria Geral do Processo

O processo administrativo, antes das normas e princípios do direito administrativo propriamente dito, deve observar os princípios gerais do processo, pois, como mencionado, aquele ramo do direito não é isolado dos demais ramos do direito e, por isso, deve ser estudado e aplicado em consonância com as normas gerais vigentes e seus princípios norteadores, sobretudo os valores, princípios e garantias Constitucionais.

Como ensinou Chiovenda¹², o processo moderno adotado pela maioria das nações corresponde a uma fusão dos elementos dos processos romano e germânico. Ambos surgidos na Itália, com as invasões dos bárbaros na alta Idade Média, quando o processo germânico sobrepôs a lei romana. Não houve hegemonia total e domínio completo do processo germânico, pois em algumas regiões a aplicação do processo romano subsistiu¹³. Houve uma reação do processo romano no século XI como reflorescimento da civilização italiana, quando o próprio processo germânico passou a absorver institutos processuais romanos editados em conformidade com o desenvolvimento de seu comércio, culminando no predomínio do processo romano.

Diante das modificações e da influência germânica, não se considera que houve o retorno ao direito romano puro, haja vista que o regramento processual adotado outrora já não supria as necessidades e os anseios impostos pela evolução da sociedade da época, de modo que houve a convergência de regras para adoção de um processo misto, denominado *comum*¹⁴.

A partir de então, com os resíduos do formalismo germânico, que tornavam o processo comum excessivamente longo e difícil, com a elaboração de termos para todos os atos, o

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 394.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1. p. 134 et seq.

¹³ “Sobretudo concorreu a mantê-lo o direito da Igreja, que nas matérias, cada vez mais numerosas, subordinadas à sua jurisdição, primeiro em competição com a jurisdição secular, depois exclusiva, procedia por formas substancialmente romanas.” (Ibid. p. 135).

¹⁴ “Nessa colaboração residiu o principal fator da enxertia antes de tudo, dos institutos germânicos no tronco romano [...] induzindo-os a forçar, de propósito, a letra e o espírito das leis romanas, com o fim de encontrarum ponto de apoio para a justificação e manutenção de institutos germânicos então profundamente radicados ao uso, revestindo-os de trajos romanos. Acresceu a isso que as formas do processo romano acolhidas e modificadas pelo processo canônico, pela grande influência deste, se incorporavam á prática geral antes com as novas vestes do que com as próprias; pelo que, ao processo instituído, nesse tempo, era costume chamar-se também *romano-canônico*.” (Ibid., p. 137, grifo do autor).

processo passou por nova evolução, reduzindo-se a um processo escrito no qual “[...] as partes não compareciam, mas depositavam, em prazos sucessivos e rigorosos, atos escritos em juízo.”¹⁵

O vocábulo processo¹⁶ indica avanço, progresso, desenvolvimento, por meio de atos ordenados e consecutivos, visando uma finalidade. “É o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária.”¹⁷

Em coerência com essa ideia do objetivo processual, todo o processo romano gravita para a emanção de um ato de vontade estatal, o ato em que se formula a vontade concreta da lei. Esse ato de vontade encontra-se no processo de todos os povos: mas, se todo processo, em todos os tempos e em todos os países, contém necessariamente dois elementos, um elemento lógico de natureza preparatória consistente numa série de observações, de raciocínios e de verificações, e um ato de vontade, de natureza final, que é a própria vontade da lei no caso concreto, formulada pelo juiz no dispositivo da sentença¹⁸

Calamandrei¹⁹ leciona que a palavra processo tem, também fora do campo jurídico, um significado comum que, derivado do verbo proceder, “[...] indica em geral a continuação de uma série de operações variadas vinculadas pela unidade do fim: se fala em processo cirúrgico, químico, etc.” Para o jurista, processo é a “[...] série de atividades que devem se levar a cabo para chegar a obter a providência jurisdicional: com significado muito afim, já que não é sinônimo ao de *procedura* e ao de *procedimento*.”

Não se pode conceber, todavia, que seja uma série de atos dissociados e independentes. Deve ser entendido como uma sucessão de atos vinculados e ordenadamente para a consecução da vontade da lei. O processo, por sua vez, é regulado por uma lei. “A lei processual é a lei reguladora dos modos e condições da atuação da lei no processo, assim como da relação jurídica processual”²⁰, a qual pertence ao ramo do direito público, pois regula

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1. p. 137.

¹⁶ O vocábulo processo prende-se, pela etimologia, à forma latina *processu(m)*, palavra que pertence à mesma raiz do verbo *procedere*: caminhar para diante, marchar para frente, avançar, progredir. Ao contrário de processo, a palavra de filiação tradicional, antiga na língua, o vocábulo procedimento, que os dicionários definem, na acepção vulgar, como “maneira de alguém efetuar alguma coisa”, é de formação muito mais recente, indicando “o modo de mover, a forma em que é movido o ato”. Para nós *processo* designa entidade que, em natureza, nada difere da que se designa por *procedimento*, podendo-se, enquanto muito, quantitativamente, empregar o primeiro termo para mostrar o *conjunto de todos os atos* e *procedimento* para designar cada um desses atos: *processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo*. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 386).

¹⁷ CHIOVENDA, op. cit., p. 56.

¹⁸ Ibid., p. 153.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1. p. 253. (grifo do autor).

²⁰ CHIOVENDA, op. cit., p. 97.

uma atividade pública, em razão do entrelaçamento do interesse geral e do interesse individual no processo.²¹

A afirmação de que o processo é regulado por uma lei traz a necessidade de discorrer brevemente sobre a conceituação apresentada por Chiovenda²² sobre a divisão do direito em objetivo e subjetivo, bem como de relação jurídica. Para aquele autor, *direito objetivo* é “[...] a lei em sentido lato (ou o direito objetivo) é a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos.”²³ *Direito subjetivo* é a “[...] expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei.”

Relação jurídica: Todo direito subjetivo pressupõe (como sua fonte ou causa imediata) uma relação entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei e formada pela verificação de um fato. Ocorrem entre os homens relações de várias naturezas, de amizade, de cortesia, de religião, de negócios e outras. Quando uma relação entre homens é regulada pela vontade da lei, qualifica-se de relação jurídica. O conceito de relação jurídica é mais amplo do que o de direito subjetivo, não tanto porque exprima, além da posição daquele que goza de um direito, aquela de quem lhe está submetido (porque, em realidade, essa duplicidade de posições se contém já na própria ideia de direito subjetivo), quanto porque normalmente a relação jurídica não se exaure num único direito de uma parte e na correspondente sujeição da outra parte.

A doutrina dividia o Estado em duas pessoas de acordo com a sua atuação. A primeira que agia como particular e a outra agindo como autoridade. Com tal distinção foi possível, inclusive nos regimes absolutistas, submeter o Estado ao direito comum e aos tribunais ordinários em inúmeras relações mantidas pelo Estado. No Estado constitucional democrático, contudo, os poderes públicos estão subordinados à lei, considerando como atividade regulada e vinculada à norma também a atividade meramente pública.

Portanto, o direito subjetivo do Estado, materializado pelo ato de um dos seus agentes regularmente investido de poder, não é irrestrito. Nessa esteira, o ato administrativo disciplinar sancionatório, objeto de estudo neste trabalho, do mesmo modo, não é e não deve ser ilimitado. Pelo contrário, está subordinado a regras balizadoras de uma relação jurídica por meio de normas procedimentais, materializadas na Constituição Federal pela garantia do

²¹ “A atuação da lei é, em si, função do Estado, ao qual interessam sumamente o modo e os efeitos de seu exercício, a correspondência da própria atividade ao seu escopo; não é menos certo que no andamento do processo e em seu resultado no caso concreto estão principalmente interessadas as partes que aspiram, através da atuação da lei, a um bem da vida.” (Ibid., p. 99).

²² Ibid., p. 19-20.

²³ Carnelutti lembra que o direito processual está inserido no direito objetivo: “Assim, o direito *objetivo*, isto é, o conjunto de todos os preceitos e de todas as sanções, tem uma área denominada *direito processual*; é este o conjunto dos preceitos impostos mediante as ações com o fim de conseguir que a atividade processual se desenvolva conforme as leis técnicas e leis éticas.” (CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 52, grifo do autor).

Devido Processo Legal expresso no artigo 5º, inciso LIV²⁴. Desse modo, qualquer sanção a ser imposta pelo administrador público a um agente deve observar o rito processual a ser aplicado no caso concreto de acordo com os regulamentos instituídos, pois cada ente da Federação possui um estatuto que disciplina o regime jurídico de seus agentes.

O devido processo legal²⁵ é uma norma constitucional cogente, de aplicação imediata²⁶ e de eficácia absoluta – pois seu conteúdo é intangível e insuscetível de emenda por força do art. 60, § 4º, IV²⁷ – e deve ser observada invariavelmente em todos os ramos do direito, por todos os órgãos e Poderes do Estado, sob pena de malferir o princípio da dignidade da pessoa humana²⁸, pois quando são feitas imputações vagas e infundadas, seja por motivos falsos ou inexistentes, iniciando um processo injustamente, há violação também do princípio da dignidade da pessoa humana, que também está positivado no art. 1º, III, da Constituição. Por consequência, a inobservância do devido processo legal, norma positiva, que constitui violação à dignidade humana, também positivada, configura afronta ao princípio da legalidade, que será debatido na seção 3.1 sobre o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

A lei tem por objeto regular as relações entre os indivíduos por meio de regras gerais positivas, inclusive com a disciplina dos limites do processo para assegurar a observância das normas, constituindo o processo um instrumento de justiça. A vontade coletiva geral expressa na lei consolida-se com a apuração dos fatos e aplicação das

²⁴ CF/88, art. 5º, LIV: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Este dispositivo pode ser interpretado de modo mais amplo, de forma que nenhuma sanção será aplicada e não haverá intervenção na esfera de direitos do cidadão sem o devido processo legal.

²⁵ “Embora decorra do próprio sistema constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais, o *devido processo legal* foi expressamente positivado no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988. A explicação textual de algo que já estava implícito nas ordens constitucionais pretéritas, portanto, constitui uma inovação do constituinte de 1988 em relação às Constituições anteriores (art. 179, XI, da Constituição de 1824; art. 72, § 15, da Constituição de 1891; art. 102, § 8º, da Constituição de 1934; art. 141, § 27, da Constituição de 1946). A incorporação de um dispositivo exclusivamente destinado a positivar essa garantia fundamental pode estar associada à vontade constituinte de romper com a ordem política do período anterior (1964-1985), notoriamente caracterizada pelos abusos do Estado ditatorial contra a liberdade dos indivíduos, muitas vezes sem observância do processo definido legalmente.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 5º, LIV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 429).

²⁶ CF/88, art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁷ CF/88, art. 60: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

²⁸ “Nessa perspectiva, não se pode deixar de considerar a intrínseca relação entre o *devido processo legal* e a *dignidade humana* existente no Estado Democrático de Direito. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto de processos estatais. Assim, não se afigura admissível, por exemplo, o uso do processo como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações ou investigações cuja inviabilidade já se divisa de plano. Tem-se, nesses casos, flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.” (MENDES, loc. cit., grifo do autor).

consequências juridicamente possíveis. “Por conseguinte, o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.”²⁹ Aplicando-se esse raciocínio à seara administrativa disciplinar, o processo deve garantir ao increpado todos os direitos e meios de defesa e aplicar-lhe a sanção de acordo e nos estritos limites da tipificação legal, subsumindo os fatos à proporcionalidade da pena regulamentar.

Gilmar Ferreira Mendes ensina que existem duas razões principais que justificam a necessidade do devido processo legal para a interferência na esfera de direito do cidadão. A primeira referente a um *valor intrínseco* ao fato de que o acusado possa participar do diálogo, apresentando seus argumentos no processo, para que possa ser convencido ou tratará de convencer do contrário sobre a legitimidade do ato de coação. “Trata-se de respeitar a dignidade da pessoa, considerando-a capaz de valorar e participar da busca conjunta da verdade (processual).”³⁰ A segunda razão atribui um *valor instrumental* ao devido processo legal como um mecanismo que assegure a aplicação imparcial e equânime da lei. Completa que as duas razões são complementares e refletem diversos aspectos que elevam o devido processo legal a uma garantia democrática.

Por um lado, o fato de que um ato que pode implicar, *prima facie*, a restrição de um direito deve realizar-se com os máximos cuidados para que se preencham as condições que o tornam justificável; por outro lado, a circunstância de que na justificação desse ato de coação deve participar o indivíduo que é ou pode ser dele destinatário, não apenas no debate democrático que conduz à aprovação e edição da lei que permite tal ato em termos gerais, mas também na discussão sobre a procedência do ato de privação do direito no caso particular.³¹

No bojo desse devido processo legal existem alguns princípios gerais do processo que devem ser observados, podendo ser citados: *princípio da imparcialidade do juiz*, como uma garantia de decisão justa; *princípio da isonomia*, resguardando às partes um tratamento proporcional; *princípio do contraditório e da ampla defesa*, possibilitando que todas as provas possam ser produzidas e disponibilizadas para as partes se manifestarem; *princípio da ação ou da inércia da jurisdição*, pelo qual o jurisdicionado deve provocar o sistema judiciário para obter o direito; *princípio da disponibilidade ou do amplo acesso ao poder judiciário*, garantindo ao cidadão que nenhuma pretensão será excluída da apreciação do poder judiciário ou que terá dificultado seu acesso; *princípio do livre convencimento*

²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1. p. 67.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 5º, LIV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 429.

³¹ Ibid.

motivado, possibilitando ao julgador analisar todas as provas e valorá-las em seu julgamento; *princípio do impulso oficial*, impondo ao órgão julgador que de continuidade ao processo até esgotamento da função jurisdicional; *princípio da motivação das decisões judiciais*, impondo que o julgador exponha expressamente os fundamentos e os motivos de sua decisão; *princípio da publicidade*, prevendo que, em regra, ressalvados casos que exijam sigilo, os processos e decisões serão públicos; *princípio da lealdade processual*, impondo às partes que ajam com moralidade e probidade, contribuindo para a mais rápida e justa solução da controvérsia; *princípios da economia e da instrumentalidade das formas*, pelo qual se pretende alcançar a solução do processo com menor tempo e menor dispêndio; e *princípio do duplo grau de jurisdição*, garantindo às partes que tenham seu processo analisado em outra instância (ou grau), caso não tenham seu direito plenamente satisfeito.

Chiovenda³² à sua época relacionava os seguintes princípios gerais do processo: *da oralidade*, pelo qual as deduções das partes devem ser feitas a viva voz na audiência, na presença do juiz; *da imediação*, a sentença deve ser pronunciada pela própria pessoa física do juiz que recolheu os elementos de sua convicção; *da identidade física do juiz* durante a marcha da causa; *da concentração*, instrução do processo em única audiência ou em poucas audiências contíguas; *da não-impugnabilidade separada dos despachos interlocutórios*; *do impulso processual da parte*, ou inércia da Jurisdição; *do impulso processual de ofício*; *da disposição*, *da iniciativa ou da responsabilidade das partes*, pelo qual cabe às partes a produção das provas; relacionado a este também o *inquisitório ou da iniciativa do juiz*; pelo qual o juiz intervém nas operações das partes; *da publicidade*; *da nulidade*, que ocorrerá quando houver inobservância das formas prescritas pela lei; *da preclusão*, que é a supressão de uma prerrogativa pelo decurso do prazo; *da preempção*, a qual ocorre quando o processo fica em estado de inatividade por determinado período; *princípio do duplo grau de jurisdição*. “Num processo informado por esses princípios, sinteticamente denominado *processo oral*, predomina com fundamental importância a audiência, de pouca ou nenhuma importância, entretanto, no processo escrito.”

³² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 74-76.

2.1.2 O Processo Administrativo Disciplinar

Já no final do século XIX e início do século XX, Chiovenda³³ reconhecia a dificuldade para encontrar critério para diferenciar a *jurisdição da administração* de uma *sentença do ato administrativo*, senão o critério meramente orgânico, ou seja, que aquele pertence a um órgão da Administração investido da função jurisdicional. Ressaltava que a importância prática da diferenciação está em que “[...] a atividade administrativa e a atividade jurisdicional têm efeitos diversos (haja vista a coisa julgada, que é efeito característico e exclusivo da decisão judicial)” e continua que tais atividades têm normas diversas, sobretudo no que toca a impugnação dos atos, “[...] o ato administrativo definitivo é impugnável por meio de recurso à seção jurisdicional do Conselho de Estado ou às Juntas Provinciais administrativas”, o qual não é aplicável ou admitido contra os atos dos órgãos jurisdicionais. Da mesma forma que a decisão judicial está sujeita a impugnação por meio de recurso às “Seções Unidas da Corte de Cassação”, o que não se aplica aos atos do Executivo.

Chiovenda ainda expôs alguns de seus debates para tentar encontrar critérios de diferenciação, concluindo que não é possível encontrar critérios distintivos nas garantias e princípios que norteiam um julgamento, tais como imparcialidade, formas processuais, direito de defesa, pois estes podem estar presentes nos atos administrativos e serem suprimidos nos atos jurisdicionais. Também não é possível distingui-los pela natureza *pública* ou *privada* do interesse, como se o ato administrativo tivesse por objeto a utilidade pública e o ato jurisdicional a utilidade privada, haja vista que muitas vezes a atividade jurisdicional tutela interesse público. Ainda não é possível a diferenciação quanto à finalidade do ato, na ideia de que a jurisdição trabalhe por via de sanção, pois a administração também aplica sanções, tais como multas, penas disciplinares, entre outras. Por fim, também não há diferenciação quanto ao ato de vontade manifestado pela autoridade administrativa, pois a sentença do juiz também se exaure num ato de vontade na análise do mérito.

É da teoria geral do direito e, por conseguinte, da ciência processual, a incumbência de estruturar e definir as linhas gerais e regras basilares do instrumento denominado processo. O processo administrativo é apenas uma espécie de rito processual e está inserido em um ordenamento jurídico mais amplo e submetido aos preceitos constitucionais, por isso, está sujeito às regras e teorias gerais do direito.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1. p. 15.

Porém, o processo^{34 35} administrativo apresenta algumas especificidades que o distingue do processo comum, tal como a existência de apenas dois atores – administração e administrado – enquanto na regra geral há a participação de três elementos, as partes interessadas e o julgador, ou seja, o que postula um direito, o que, do outro lado, se defende, e o terceiro isento que deverá analisar as circunstâncias do conflito e proferir uma decisão imparcial. No processo disciplinar administrativo, a mesma³⁶ autoridade exerce o papel de acusador e de julgador, agindo em nome e no interesse da Administração. “No processo administrativo, comparece de um lado a administração, não como Poder, que corresponde ao Estado, mas como gestora dos interesses públicos”, de ofício ou a pedido da parte, para “[...] solicitar ou reclamar algo dos administrados, particulares ou funcionários, impor-lhes algumas medidas ou resolver-lhes as solicitações, reclamações ou recursos”³⁷, ou prestar um serviço público.

Por tais especificidades é que o processo administrativo³⁸ apresenta suas próprias peculiaridades, podendo ser conceituado como “[...] uma sucessão itinerária e encadeada de

³⁴ “Temos, até o presente, nos referido a procedimento ou processo porque os autores e até as leis mencionadas divergem sobre a terminologia adequada para batizar tal fenômeno. Não há negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomem juris* processo para os casos contenciosos, a serem solutos por um ‘julgamento administrativo’, como ocorre no ‘processo tributário’ ou ‘processos disciplinares dos servidores públicos’.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 496, grifo do autor).

³⁵ Di Pietro, de modo diverso, leciona que “Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistente em estudos, pareceres, informações, laudo, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 589).

³⁶ Talvez por esse motivo devesse ser aplicado à autoridade administrativa também o dever de boa-fé no processo, conforme Chiovenda: “O dever de boa-fé compreende: 1) a obrigação de não sustentar teses de que por sua manifesta inconsistência é inadmissível que o litigante esteja convencido; 2) a obrigação de não afirmar conscientemente coisas contrárias à verdade; 3) a obrigação de comportar-se em relação ao juiz e ao adversário com lealdade e correção”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 437).

³⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 392.

³⁸ “A expressão processo administrativo, na linguagem corrente, é utilizada em sentidos diferentes: 1. num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um dado assunto de interesse do funcionário ou da administração; 2. é ainda usado como sinônimo de processo disciplinar, pelo qual se apuram as infrações administrativas e se punem os infratores; nesse sentido é empregado no artigo 41, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, quando diz que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa; 3. em sentido mais amplo, designa o conjunto de atos coordenados para a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo; 4. com nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.” (DI PIETRO, op. cit., p. 589).

atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo³⁹, denotando que haja uma consecução de atos administrativos interligados e sucessivos visando em sua finalidade à emanação de um ato administrativo final. Pode-se concluir, então, que o ato administrativo é produto de um processo que permite transformar a vontade abstrata da lei e o direito subjetivo público da Administração em um resultado concreto. Não se confunde o processo com o conceito de *ato administrativo complexo*, pois este decorre de vontades provenientes de diferentes órgãos que convergem e se fundem em um só ato, qualificado pela vontade autônoma de cada órgão, como por exemplo, uma determinada autorização do Ente Político que dependa da análise técnica e do aval de distintos órgãos da Administração; ao contrário, do processo administrativo que são compostos de atos jurídicos *simples* da autoridade que o preside.

Esse processo também deve estar regulado por uma lei geral abstrata – direito objetivo como debatido no estudo da teoria geral do processo. As leis que regulam o processo administrativo, identificadas na pesquisa, são recentes e datam da década 1990⁴⁰. Até então, apenas os processos administrativos disciplinares eram regulados por estatutos, por exemplo, o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo – Lei Est. nº 10.261/68 e os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas e das Polícias Militares dos Estados.⁴¹

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 495.

⁴⁰ Por exemplo, Lei Estadual nº 10.177/98 (SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 31 dez. 1998. Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/tit_legis/leis_estaduais/1998/lei_10177_1998.htm>. Acesso em: 4 ago. 2016) e Lei Fed. 9.784/99 (BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 25 set. 2016).

⁴¹ Lei Est. nº 10.261/68 (SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 29 out. 1968. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/129477/estatuto-dos-funcionarios-publicos-do-estado-de-sao-paulo-de-1968-lei-10261-68>>. Acesso em: 11 out. 2016);
- Decreto Federal nº 76.322/75 (BRASIL. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 set. 1975. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122972>>. Acesso em: 13 jul. 2016);
- Decreto Federal nº 88.545/83 (Id. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983. Aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jul. 1983. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=105003>>. Acesso em: 13 jul. 2016);
- Decreto Federal nº 90.608/84 (Id. Decreto nº 90.608 de 4 de dezembro de 1984. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto/Antigos/D90608.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.);
- Decreto Estadual nº 13.657/43 (SÃO PAULO (Estado). Decreto nº 13.657, de 9 de novembro de 1943. Aprova o Regulamento Disciplinar da Força Policial do Estado de São Paulo. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 nov. 1943. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/225223/decreto-13657-43>>. Acesso em: 23 out. 2016).

Nelson Nery Costa⁴² elaborou uma classificação ampla dos processos administrativos. Esclareceu que tentou elaborar uma classificação própria, visando abranger todos os processos administrativos, com base em diversas classificações já mencionadas na doutrina, em especial a de Hely Lopes Meirelles. Desse modo, apresenta as seguintes espécies: *Processo administrativo de expediente*, que tramita pelo interior da administração com o mínimo de formalidade, sendo exemplo um pedido de certidão; *Processo administrativo de outorga*, para atribuir um direito a quem o requerer; *Processo administrativo de restrição pública à propriedade privada*, que limita o direito do particular para fazer valer a função social da propriedade e efetiva-se através do poder de polícia. Difere da outorga, pois nesta o próprio administrado é quem solicita o reconhecimento de um direito, enquanto a restrição é um ato compulsório e coercitivo; *Processo administrativo de controle*, que pode ser entendido como um processo de fiscalização sobre determinada atividade ou pessoa; *Processo administrativo de gestão*, utilizado para desenvolver atividades típicas, como a licitação; *Processo administrativo de punição*, para apurar violação à lei, regulamento ou contrato e pode ser instaurado com base em auto de infração, representação, denúncia ou termo equivalente; *Processo administrativo disciplinar*, que

⁴² Costa ainda faz um resumo de sua classificação, ilustrando cada uma das modalidades:

- 1) processo administrativo de expediente;
- 2) processo administrativo de outorga:
 - registro de marcas e patentes;
 - registro de atos de comércio;
 - autorização e concessão de lavra de jazida;
 - licença e autorização de direitos urbanísticos;
- 3) processo administrativo de restrição pública à autoridade particular:
 - processo de desapropriação;
 - processo de tombamento;
- 4) processo administrativo de controle:
 - prestação e tomada de contas;
 - controle de Engenharia, Arquitetura e Agronomia;
- 5) processo administrativo de gestão:
 - licitação;
 - concurso público para preenchimento de cargo público;
- 6) processo administrativo de punição:
 - processo administrativo de punição quanto ao exercício profissional (CREA, OAB, CRM);
 - processo administrativo do trabalho;
 - processo administrativo de punição quanto ao abastecimento e tabelamento de preços;
 - processo administrativo de punição quanto ao direito urbanístico;
 - processo administrativo de punição quanto aos pesos e medidas;
 - processo administrativo de punição quanto às infrações de trânsito;
 - processo administrativo de punição quanto à vigilância sanitária;
- 7) processo administrativo disciplinar;
- 8) processo administrativo fiscal:
 - processo administrativo de isenção;
 - processo administrativo de lançamento tributário;
 - processo administrativo fiscal de consulta;
 - processo administrativo fiscal contencioso;
 - processo administrativo previdenciário contencioso.

(COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 51-56).

pode ser considerado uma modalidade do processo de punição, pois visa apurar e punir desvio de conduta dos agentes públicos, mas que o autor preferiu tratá-lo separadamente em modalidade autônoma e específica em razão de suas particularidades; *Processo administrativo fiscal*, o qual se presta a apurar a regularidade da obrigação tributária, bem como impor penalidade ao contribuinte. Também tem uma finalidade punitiva, mas o autor também preferiu tratá-lo separadamente pelas suas especificidades. Acrescenta que os três últimos processos, de punição, disciplinar e fiscal devem ser precedidos da formação do devido processo legal, com observância da ampla defesa⁴³ e contraditório. Há outras classificações como a apresentada por Cretella Junior, que os distingue *quanto ao raio de ação* em internos e externos; *quanto ao objeto* em processo disciplinar e processo penal, podendo variar o raio de ação de acordo com a sua espécie; *quanto à juridicidade* em gracioso ou contencioso; *quanto ao desfecho* em condenatório e absolutório; e *quanto à forma* que pode ser sumário ou integral.

O processo administrativo está sujeito aos princípios gerais, objeto de estudo da teoria geral do processo, comuns aos processos judiciais. São eles: princípio da imparcialidade do julgador; princípio da isonomia; princípio do contraditório e ampla defesa; princípio do livre convencimento motivado; princípio do impulso oficial; princípio da motivação das decisões judiciais; princípio da publicidade; princípio da lealdade processual; princípios da economia e da instrumentalidade das formas; e princípio do duplo grau de jurisdição. O princípio da ação ou da inércia da jurisdição não se aplica a todas as espécies de processo administrativo, pois alguns dependem de requerimento do administrado para ser iniciado, mas a maioria pode ter início de ofício pela autoridade administrativa quando toma conhecimento de determinado fato, como é o caso do processo disciplinar. Já o princípio da disponibilidade ou do amplo acesso ao poder judiciário diz mais respeito à pessoa do que ao processo em si.

Além desses, o processo administrativo é norteado também pelos princípios regentes da administração pública, expressos no artigo 37 da Constituição Federal⁴⁴, por isso, denominados também de princípios constitucionais da administração pública. São eles: legalidade,

⁴³ O Supremo Tribunal Federal consolidou que a ampla defesa no processo administrativo prescinde de defesa técnica por advogado, editando a Súmula Vinculante nº 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: Jurisprudência: Súmulas Vinculantes. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 3 out. 2016), elidindo entendimento contrário firmado anteriormente pelo STJ: Súmula 343: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.” (Súmula 343, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2007, DJ 21/09/2007 p. 334). (Id. **Supremo Tribunal Federal**: Jurisprudência: Súmula, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 3 out. 2016.)

⁴⁴ CF/88, Art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Há também princípios implícitos que submetem a atuação administrativa e, por consequência, o processo administrativo, tais como a *supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público*.

José Armando da Costa⁴⁵ apresenta a seguinte relação dos princípios do Direito Administrativo: a) princípio da legalidade; b) princípio da moralidade; c) princípio da finalidade; d) princípio da auto-executoriedade; e) princípio da autotutela; f) princípio da especialidade; g) princípio da continuidade; h) princípio da igualdade do administrado; i) princípio da presunção de verdade e legitimidade do ato administrativo; j) princípio da indisponibilidade do interesse público; k) princípio do poder-dever do administrador; l) princípio da discricionariedade; m) princípio da vinculação do ato administrativo aos motivos declinados; n) princípio da hierarquia. De todos estes princípios, contudo, pode-se extrair que alguns dizem respeito a diferentes searas da atividade administrativa, pois alguns se aplicam ao processo administrativo, outros são afetos aos atos administrativos e outros dizem respeito tão somente ao modo de proceder do administrador.

Outros princípios que alicerçam o processo administrativo estão positivados em normas infraconstitucionais. Elege-se para estudo a Lei nº 9.784/99, por ser federal, elencar em seu artigo 2º os princípios reguladores do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dentre outros, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, no parágrafo único desse mesmo dispositivo impor critérios a serem observados pelo processo administrativo e ser norma de aplicação subsidiária aos processos administrativos.⁴⁶

⁴⁵ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 47.

⁴⁶ Lei nº 9.784/99: *Art. 2º*, Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.
Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Além dos já citados, José Armando da Costa⁴⁷ leciona que a processualística disciplinar é regida, além das normas que lhe são pertinentes, pelos princípios da *legalidade objetiva*, da *publicidade*, da *oficialidade*, da *obediência à forma e aos procedimentos*, da *ampla defesa e do contraditório*, da *pluralidade de instâncias*, da *economia processual*, do *informalismo* e da *verdade material*. Como se pode notar, ainda que haja ligeira variação de nomenclatura, os princípios são os mesmo impostos pela teoria geral do processo e à Administração Pública pela Ordem Constitucional.

Tudo isso apenas confirma que o processo administrativo disciplinar, inserido no ramo da ciência jurídica denominada Direito Administrativo e, em análise mais ampla, dentro de uma ordem legal do Estado que parte da Constituição da República, não poderá ficar à margem das influências, diretas ou indiretas, em maior ou menor dose, dos valores fundantes do direito, pois não é admitido restringir o direito ao conteúdo de uma norma. É imprescindível que se faça a sua análise sistêmica para que se possa alcançar o verdadeiro sentido e significado do direito, aliando-se exegeses das normas aos princípios – como elementos informativos e interpretativos daquelas – e demais fontes do direito, pois somente assim será possível aplicar a justiça no caso concreto.

É nessa esteira que se pode infirmar que não há espaço para o critério da verdade sabida em nosso ordenamento jurídico. Algumas normas, a exemplo do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, Lei nº 10.261/68, autorizavam a punição de agentes sem a instauração do processo administrativo disciplinar, ou seja, com a dispensa do devido processo legal e a respectiva ampla defesa e contraditório, quando presentes alguns requisitos. Prerrogativa esta que inclusive já foi suprimida do citado Estatuto em 2003, por meio das alterações inseridas pela Lei Complementar nº 942, de 06/06/2003.⁴⁸

⁴⁷ COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 50.

⁴⁸ Lei Estadual nº 10.261/68. Redação original do *Artigo 271 - No caso dos artigos 253 e 254, poder-se-á aplicar a pena pela verdade sabida, salvo se, pelas circunstâncias da falta, for conveniente instaurar-se sindicância ou processo. Parágrafo único - Entende-se por verdade sabida o conhecimento pessoal e direto de falta por parte da autoridade competente para aplicar a pena*. Nova redação dada ao art. 271 pela Lei Complementar 942/2003: *Os procedimentos disciplinares punitivos serão realizados pela Procuradoria Geral do Estado e presididos por Procurador do Estado confirmado na carreira. (NR)* (SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar nº 942, de 6 de junho de 2003. Altera a Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, e dá providências correlatas. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 7 jun. 2003. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/163254/lei-complementar-942-03>>. Acesso em: 11 out. 2016).

“A *verdade sabida*⁴⁹, como o próprio nome diz, indica o *conhecimento imediato, notório e evidencial* não só do evento infracional como o de quem foi o responsável por sua autoria.”⁵⁰ Por tal conceito, qualquer outra prova ou apuração seria dispensada pela evidência ou notoriedade do fato ocorrido e, por conseguinte, qualquer prova.

De acordo com o dispositivo alterado, a verdade sabida poderia ser aplicada às transgressões disciplinares cujas punições fossem mais brandas, ou seja, apenadas com repreensão e suspensão, infrações administrativas que não exigissem a instauração de processo administrativo regular⁵¹. As sanções mais graves – demissão, cassação ou expulsão – estavam excluídos desse procedimento sumário, prescindindo do devido processo legal.

Os pressupostos ou requisitos legais para aplicação do critério da verdade sabida eram: i) que a autoridade administrativa que pretendesse aplicá-lo tivesse ascendência hierárquica sobre o agente infrator e competência para aplicar-lhe a penalidade; ii) que essa autoridade tivesse conhecimento direto e pessoal da materialidade e autoria da falta; iii) que a infração disciplinar não exigisse a instauração de processo administrativo disciplinar; iv) que a penalidade fosse de repreensão ou suspensão; v) que a mesma autoridade conhecedora do fato tivesse competência para aplicar a sanção; vi) lavratura de termo ou auto circunstanciado da ocorrência disciplinar.

Esse modelo de apuração da conduta disciplinar já se mostrava insuficiente e inadequado, pois não dava oportunidade ao acusado de sequer explicar ou justificar a sua conduta com alguma excludente de ilicitude,⁵² fato que afronta princípios e direitos

⁴⁹ O próprio Supremo Tribunal Federal já sedimentou entendimento sobre a ilegitimidade desse critério (ADI 2120, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 16/10/2008, DJe-213 divulg 29-10-2014 public 30-10-2014 ement vol-02754-02 PP-00276)

⁵⁰ LIMA, João Batista de Menezes. **Sindicância & verdade sabida**: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 241.

⁵¹ No Regulamento Disciplinar da PMESP (Lei Complementar nº 893, de 09/03/2001) e demais normas procedimentais da PM (I-16-PM), denomina-se processo regular o processo administrativo com a finalidade de excluir o policial infrator da Corporação (Conselho de Disciplina aplicado às praças com mais de dez anos na função; Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) aplicado às praças com menos de dez anos na função. Enquanto naquele a decisão é colegiada, neste a decisão é singular. E Conselho de Justificação aplicado aos Oficiais. A apuração de infrações não suscetíveis de exclusão são apuradas e julgadas em Procedimentos Disciplinares (PDs) nos quais, de qualquer modo, são resguardadas a ampla defesa e contraditório em um devido processo legal disciplinados nas normas citadas.

⁵² Lei Complementar nº 893/2001 (RDPMESP) - São excludentes de ilicitude previstas no RDPM: Artigo 34 - Não haverá aplicação de sanção disciplinar quando for reconhecida qualquer das seguintes causas de justificação: I - motivo de força maior ou caso fortuito, plenamente comprovados; II - benefício do serviço, da preservação da ordem pública ou do interesse público; III - legítima defesa própria ou de outrem; IV - obediência à ordem superior, desde que a ordem recebida não seja manifestamente ilegal; V - uso de força para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, no caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública ou manutenção da ordem e da disciplina. As excludentes de ilicitude previstas no Código Penal são: Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

individuais do cidadão expressos na Constituição Federal, tais como dignidade da pessoa humana, ampla defesa e contraditório, devido processo legal e presunção de inocência.

Havia quem admitisse até mesmo a aplicação de penalidade, pelo critério da verdade sabida, com fundamento em notícias veiculadas em meios de comunicação de considerável audiência ou alcance que atribua notoriedade ao fato. Imagine hoje com a difusa da internet e das redes sociais, quando é comum a exposição de pensamentos e opiniões mal formuladas que podem gerar inúmeras e diferentes interpretações; ou, até mesmo, a invasão de perfis virtuais por terceiros que expressem opiniões das quais o seu titular não compartilha. Essa possibilidade, contudo, já sofria forte resistência na doutrina da época, como foi o caso de Menezes Lima, que defendia não estarem presentes os requisitos da verdade sabida nessas situações:

Sob o aspecto genérico dos noticiários da imprensa falada, escrita e televisada, discordamos que a sua notória publicidade dê embasamento jurídico-legal para que se aplique qualquer penalidade disciplinar, sob a égide da verdade sabida, a eventuais funcionários a que os mesmos se refiram.

A autoridade administrativa que lê o jornal, ouve o rádio ou assiste à televisão está na cômoda posição de leitor, ouvinte ou telespectador da notícia referente a fato já acontecido ao qual não presenciou no local e hora de sua deflagração.⁵³

Além de malferir a norma Constitucional, o critério da verdade sabida é contrário à própria natureza do processo administrativo, como observa Bandeira de Mello, o qual possui dois objetivos: *a) resguardar os administrados; e b) concorrer para uma atuação administrativa mais clarividente.*⁵⁴ O primeiro visa garantir ao agente a possibilidade de ser ouvido antes da decisão que irá afetá-lo, estabelecendo controle interno da Administração para evitar incidentes e erros na formação da vontade Estatal, corrigindo distorções, dentro de sua conveniência e oportunidade, através de questões levantadas pelo increpado, as quais poderão conduzir a Administração a adotar comportamento diverso do que teria sido emanado pela Autoridade investida de poder. O segundo objetivo tem o condão de garantir uma decisão mais lúcida e segura viabilizando a melhor solução para os interesses públicos em lide, em ponderação com os direitos e garantias individuais do cidadão no cargo de agente público. A própria Constituição Federal de 1988 previu expressamente no artigo 41, § 1º⁵⁵, as hipóteses

⁵³ LIMA, João Batista de Menezes. **Sindicância & verdade sabida: teoria e prática.** São Paulo: Saraiva, 1989. p.265.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 505.

⁵⁵ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)[...].

de perda do cargo para os servidores públicos, aplicável tanto aos civis como aos militares. Dentre elas a do inciso II, mediante processo administrativo⁵⁶ em que seja assegurada a ampla defesa.⁵⁷

2.2 A Sanção Disciplinar Militar na Ordem Jurídica

2.2.1 A Teoria do Ato Administrativo Sancionador

Os atos Estatais, no sentido mais amplo, de acordo com a função que o Estado exercita, podem ser discriminados em três categorias: *normativa*, *jurisdicional* e *administrativa*. “Todos são atos de *autoridade* ou de *soberania* determinados por imperativas exigências do *bem comum*”⁵⁸ e constituem desde expressões abstratas da vontade estatal, destinada a criar, modificar ou extinguir direitos e deveres – categoria normativa atribuída ao Legislativo – até provimentos de materialização da vontade da lei em casos concretos – categoria jurisdicional atribuída ao Judiciário. Há também a categoria dos atos administrativos destinados ao funcionamento da Administração Pública, os quais serão aqui estudados.⁵⁹

O ato administrativo é alcançado por meio do processo administrativo, podendo ser entendido também como uma consequência desse processo. Para melhor compreensão do

⁵⁶ “As duas primeiras hipóteses de perda do cargo – previstas em todas as Constituições desde 1934 – são de natureza punitiva, porque supõem a prática de infração administrativa, de ato de improbidade administrativa ou de ilícito penal que leve à perda do cargo. [...] A expressão *processo administrativo*, no dispositivo constitucional, equivale a ‘*processo administrativo disciplinar*’, disciplinado na legislação estatutária de cada ente político. Essa mesma legislação define as hipóteses em que a infração administrativa é punida com pena de demissão. Nesses casos, a instauração do processo administrativo disciplinar é obrigatória e exige a observância dos princípios de contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, por imposição não só do artigo 41, § 1º, inciso II, mas também do artigo 5º, LV, da Constituição.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentário ao art. 41. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 981).

⁵⁷ “Em tempo recente, era comum o militar ser punido através da verdade sabida, sem qualquer processo administrativo para apurar sua falta e lhe dar direito à defesa. Esse método leva ao desvio de poder e ao arbítrio, permitindo a vontade pessoal da autoridade – o que é ilegal. Para dar um certo cunho de legalidade, ao tomar ciência de um fato transgressional disciplinar militar, a autoridade superior, vez por outra, até ouvia o acusado, mas já tinha sua posição formada. Esse pré-julgamento, sem o devido processo legal, faz com que o militar seja levado a cumprir uma punição desproporcional à infração cometida ou, até mesmo, inocente. Por ser um instituto que pode dar margem a parcialidade e ilegalidades, resolveu o legislador extirpá-lo do direito brasileiro, impondo que é assegurada aos litigantes e aos acusados em geral a garantia do devido processo legal.” (CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas corpus na transgressão disciplinar militar**: possibilidade jurídica e ressarcimento de danos. Leme: RCN, 2002. p. 57).

⁵⁸ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 23.

⁵⁹ “Enquanto que a função jurisdicional visa realizar a certeza do direito *in concreto*, para prevenir ou dirimir conflitos de interesses, mediante provocação inicial dos interessados, alcançando a sua precípua finalidade no momento da certificação do direito, - quando então a arma de *executoriedade* ou *exigibilidade* efetivas, - a função administrativa, ao contrário, move-se geralmente a partir de uma situação de direito para atingir uma ordem objetiva e transpessoal de fins, que lhe cabe imperativamente realizar, haja ou não perspectivas de interesses públicos ou privados em conflito.” (Ibid., p. 33, grifo do autor).

conceito de ato administrativo, é pertinente discorrer sobre os conceitos clássicos de ato jurídico e fato jurídico. Fato jurídico pode ser entendido como todo acontecimento do mundo, ou melhor, acontecimento natural, ocorrido sem a interferência humana e que produz efeitos no mundo jurídico. Já o ato jurídico é toda ação ou omissão do homem que produz efeitos no mundo jurídico. Portanto, fato jurídico em sentido amplo – que engloba o ato jurídico – é todo acontecimento que faz nascer, extinguir ou alterar uma relação jurídica. Em sentido estrito, este é um fenômeno do mundo com repercussão jurídica. Quando a incidência da norma concretiza-se nos fatos do mundo ou nos atos do homem, configura-se a juridicidade e tal acontecimento passa a integrar o mundo jurídico. Deixa de ser um objeto do mundo natural, físico ou psíquico e passa a ser um objeto do mundo da cultura, do conhecimento, o mundo jurídico.

Partindo de tal premissa é possível traçar a conceituação de fato administrativo e de ato administrativo. O fato administrativo, ao contrário do que se pode pensar, não deve ser entendido como um acontecimento do mundo natural com repercussão no direito administrativo. É sim um fato decorrente da própria atividade Estatal, voltado ao interesse público e executado por agentes investidos dos devidos poderes. Por ser decorrente de atividade, ou seja, uma ação, alguns autores também designam o fato administrativo como um *ato da administração*, que, por sua vez, não se confunde com o *ato administrativo*.

Ato da administração ou fato administrativo decorre da atividade fim do Estado, o qual o executa por meio de seus agentes no exercício da Administração, e prescinde de vontade. Nasce através de procedimentos e operações burocráticas rotineiras, é vinculado à norma – por isso é desprovido de carga volitiva humana – e não repercute na esfera de direitos de outrem.

Já o *ato administrativo*,⁶⁰ também designado pela doutrina como *ato jurídico da Administração Pública*, é a manifestação de vontade do Estado exercida por meio de pronunciamento de seus agentes, com repercussão no mundo jurídico, ao passo que gera

⁶⁰ “Ato administrativo militar é um comando legal, próprio da administração pública militar, resultante de um fato jurídico. Representa uma declaração de vontade da administração pública militar, gerando efeitos jurídicos e, em consequência, produzindo direitos e deveres. Possui os seguintes requisitos: competência, objeto, forma, finalidade, e motivo, além de todos os requisitos gerais dos atos jurídicos, como agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida em lei. O ato administrativo militar, como qualquer outro da administração pública, pode ser vinculado ou discricionário. Vinculado é aquele único, por imposição legal. Discricionário é o ato em que a autoridade, possuindo dois ou mais caminhos, deve escolher o mais razoável. A declaração de vontade da autoridade militar expressa no ato administrativo militar poderá vir a causar prejuízo a terceiro interessado. Entenda-se como terceiro interessado toda e qualquer pessoa nele relacionada, inclusive o próprio militar. É válido supor, então, que ato administrativo militar é uma declaração soberana do poder público militar por intermédio de seu agente, na função e, enquanto militar, no exercício de prerrogativas que a própria lei lhe outorga, a título de lhe dar cumprimento, e sujeito a controle de legitimidade e legalidade por órgão jurisdicional.” (CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas corpus na transgressão disciplinar militar**: possibilidade jurídica e ressarcimento de danos. Leme: RCN, 2002. p. 21-22).

interferência na esfera de direitos de terceiros. Ato este que deve observar alguns requisitos formais e materiais para revestir-se de juridicidade.⁶¹

Com a premissa de que os atos administrativos são espécie de ato jurídico; que são editados por autoridades administrativas, ou, de forma mais ampla, de autoridade pública de qualquer dos poderes da federação com competência para editá-lo na esfera de suas atribuições; que tem como objeto sempre uma matéria administrativa; Marcello Caetano o define como uma “[...] conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto.”⁶² O conceito de ato administrativo de Bandeira de Mello

⁶¹ Cretella Júnior ainda complementa que “Longe de ser o *fato do mundo* com repercussão no mundo administrativo, o *fato administrativo* é considerado pelos autores como toda *atividade material* que tem por objetivo efeitos práticos, no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a administração, por intermédio de seus agentes, ou então, qualquer ato material praticado pelo Estado no exercício da administração, como, por exemplo, a demolição de edifícios, o fechamento de uma casa, em obediência a decisão da polícia, a dispersão de manifestantes que perturbam a ordem pública, a expulsão de estrangeiros indesejáveis, a detenção policial de delinquente, a apreensão de gêneros alimentícios deteriorados. Tradicional no campo do direito administrativo é a expressão *atos de administração* que, sob certos aspectos, designaria o mesmo que a expressão *fatos administrativos*, ambas empregadas para indicar *operações de natureza material*, técnicas ou técnico-administrativas. Sem envolverem declarações de vontade, sem o menor traço de juridicidade, embora, é evidente, sejam executadas por agentes credenciados da administração ou reconhecidos como competentes para tais práticas, os *atos de administração* surgem, na prática, como *trabalhos* ou *operações*, procedimentos externos dos agentes públicos, visíveis a todo instante e indispensáveis para a concretização dos atos administrativos, que os autorizam, sem o que seriam atos inócuos. Diferença sutil pode fazer-se entre *ato de administração* e *ato da administração*. O primeiro, como vimos, designa as operações materiais, o segundo designa toda a espécie de ato cuja fonte seja a administração. Assim, *ato da administração* é toda atividade, jurídica ou não jurídica, que tem nascimento a partir da administração pública. Ao *ato jurídico da administração pública*, que concretiza interesses públicos, damos o nome de *ato administrativo*, ao ato não jurídico, praticado pelo agente administrativo, damos o nome de *ato de administração* ou *fato administrativo*. *Ato da administração* é gênero de que *ato administrativo* e *ato de administração* são espécies, residindo o atributo da juridicidade, precisamente, na diferença específica, entre ambos. No mundo administrativo, setor mais restrito do mundo jurídico, também repercutem fatos do mundo, atos do homem, fatos jurídicos e atos jurídicos. Como a pessoa física, longe de ser inerte, a administração age, manifestando sua vontade por meio de seus agentes. *Aos pronunciamentos administrativos matizados de juridicidade damos o nome de atos administrativos*, desde que preencham determinados requisitos, de forma e fundo, dirigindo-se a fins de interesse público, sem o que seriam atos jurídicos, idênticos aos que se praticam no campo do direito privado. De qualquer modo, a primeira noção de *ato administrativo* é obtida a partir do *ato jurídico*, do qual aquele é espécie. Ações ou omissões dos agentes administrativos a que falte o atributo de juridicidade não se elevam à categoria dos atos administrativos. *Cabe ao poder executivo, por excelência, a edição de atos administrativos*, não sendo raro, entretanto, no âmbito dos outros poderes, a prática de *atos jurídicos* que, pelo conteúdo, são *atos administrativos*. [...] Pode um Estado existir sem leis e sem juizes, nunca sem administração, visto que esta é ação viva que lhe completa a vida, do mesmo modo que entre o homem a vida não consiste apenas em vontade e pensamento, mas, antes de tudo, em ação. Por isso, sempre existiram atos administrativos, editados ou pelo próprio chefe do grupo ou por agentes que traduziam a vontade do Estado, embora de formação, por assim dizer, rudimentar. No entanto, só em época muito recente surgiu a expressão ato administrativo, para substituir outras mais antigas, como atos do fisco, atos do rei, atos da Coroa. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 123-125, grifo do autor).

⁶² CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 390.

⁶³ “Cretella Júnior define em sentido lato que *ato administrativo* é toda manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar,

também é digno de nota. Para ele ato administrativo é a declaração do Estado, ou de quem lhe faça às vezes, no exercício das prerrogativas públicas, “[...] manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”⁶⁴

O ato administrativo pode se revestir de naturezas diversas, o que não permite discriminar e caracterizar cada um deles. Por isso, a doutrina adota uma classificação geral aceita pela maior parte dos autores e já encontrada na obra de Themistocles Cavalcanti: “1) atos unilaterais e bilaterais; 2) atos simples e complexos; 3) atos vinculados e discricionários; 4) atos executórios e não executórios; 5) atos de império e de gestão; 6) atos decisórios e normativos.”⁶⁵

Autores contemporâneos, como é o caso de Bandeira de Mello⁶⁶, fazem classificação mais detalhada, adotando diferentes critérios. São eles:

a) *Quanto à natureza da atividade* os atos se dividem em *atos da administração ativa*, que visam constituir uma situação jurídica, como por exemplo as autorizações e licenças; *atos da administração consultiva*, que visam elucidar alguma questão; *atos de controle*, para impedir ou permitir a determinada providência; *atos de administração verificadora*, voltados a apurar uma situação de fato, como por exemplo a realização de uma perícia; e *atos de administração contenciosa*, que visam julgar uma situação em um procedimento contraditório, como é o caso dos processos administrativos disciplinares.

b) *Quanto à estrutura* os atos podem ser classificados em *atos concretos* e *abstratos*. Estes tem aplicação sempre que a situação nele prevista ocorra. Aqueles são os emanados para um caso específico e se esgota nessa aplicação, tal como a demissão de um agente.

c) *Quanto aos destinatários* os atos poderão ser *individuais* ou *gerais*.

d) *Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática* os atos serão *discricionários*, que comportam subjetivismo sobre a conveniência e oportunidade do ato; ou *vinculados* cuja decisão fica restrita aos limites da lei.

e) *Quanto à função da vontade administrativa* dividem-se em *atos negociais* ou *negócios jurídicos*, voltado a obter um resultado jurídico; e *atos puros* ou *meros atos administrativos*, os que correspondem à mera manifestação de conhecimento.

resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.” (CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 127).

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 389.

⁶⁵ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. v. 1. p. 237.

⁶⁶ MELLO, op. cit., p. 427-434.

f) *Quanto aos efeitos* eles poderão ser distinguidos em *atos constitutivos* que faz nascer uma situação jurídica; e *atos declaratórios* que apenas afirmam situação de fato ou de direito preexistente.

g) *Quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados* podem ser *ampliativos* ou *restritivos*.

h) *Quanto à situação de terceiros* dividem-se em *atos internos*, cujos efeitos ficam restritos à administração; ou *atos externos* que também produz efeito sobre terceiros.

i) *Quanto à composição da vontade produtora do ato* classificam-se em *atos simples*, subdividido ainda em *simples singulares* emanado pela declaração de vontade de único órgão e *simples colegiais* que provém do concurso de várias vontades unificadas dentro do mesmo órgão e na mesma função jurídica; ou *atos complexos* que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes.

j) *Quanto à formação do ato* poderão ser *atos unilaterais* e *atos bilaterais*.

k) *Quanto à natureza das situações jurídicas que criam* pela qual os atos distinguem-se em *atos-regra* que criam situações gerais, abstratas e impessoais, tal como um regulamento; *atos subjetivos* que criam situações particulares, concretas e pessoais a exemplo de um contrato; e *atos-condição*, o qual é praticado visando à inclusão, mediante acordo ou isoladamente, em situações criadas por atos-regra.

l) *Quanto à posição jurídica da Administração* há distinção entre *atos de império*, praticados pela administração no gozo das prerrogativas de sua autoridade; e *atos de gestão*, praticados sem o uso de poderes impositivos.

Themistocles Cavalcanti já advertia que todo ato ou contrato administrativo deve atender certos elementos essenciais para a sua validade. Além dos elementos comuns a todos os atos jurídicos – capacidade das partes, objeto lícito e forma prescrita em lei – há também outros peculiares a essa categoria de ato jurídico emanado pelo Estado. “E não seria demais advertir desde logo que foram precisamente esses caracteres peculiares que sugeriram a formação de uma doutrina especial dos contratos administrativos”.⁶⁷ Tais elementos, malgrado algumas variações terminológicas ou a aglutinação de alguns deles em um só, são consenso na doutrina consultada. São eles: *sujeito* ou *competência* que representa o autor do ato; *forma*, que constitui o revestimento externo do ato; *objeto* ou *conteúdo*, consiste na manifestação jurídica expressa no ato; *finalidade*, que é o bem jurídico a ser atendido pelo ato; e *motivo* consistente na situação objetiva que autoriza ou exige a realização do ato.

⁶⁷ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955. v. 1. p. 212.

Bandeira de Mello defende que, dentre os chamados *elementos* do ato, nem todos realmente o são. “Com efeito, o termo *elementos* sugere a ideia de *parte componente de um todo*. Ocorre que alguns deles, a toda evidência, não podem ser admitidos como *partes* do ato, pois lhe são *exteriores*.”⁶⁸ Para ele apenas dois são realmente elementos, vez que são intrínsecos ao ato, o *conteúdo* e a *forma*. Daí, possível fazer a distinção entre os *elementos do ato* – conteúdo e forma – e *pressupostos do ato*, que, por sua vez podem ser separados em *pressupostos de existência* e *pressupostos de validade*.

São *pressupostos de existência* o *objeto* e a *pertinência do ato* com o exercício da função pública. O objeto é a matéria disciplinada pelo ato e deve ser material e juridicamente possível, sem o qual o ato não nasce para o mundo jurídico, reduzindo-se a mero *fato administrativo*. A pertinência diz respeito à afeição do ato com a atividade Estatal, ou seja, pode ser imputado à Administração.

Os *pressupostos de validade* são: *sujeito* ou *competência* (pressuposto subjetivo); *motivo* e *procedimento* (pressupostos objetivos); *finalidade* (pressuposto teleológico); *causa* (pressuposto lógico).

Leciona Bandeira de Mello⁶⁹ que a *vontade* não configura um elemento do ato, pois precede ao ato, assim como não se inclui entre os pressupostos do ato porque se trata de uma realidade psicológica e não jurídica.

Não se pode deixar de lembrar também dos *atributos* ou *características do ato administrativo*, quais seja, *imperatividade* ou *coercibilidade*, que significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos em seu círculo de incidência; *presunção de legitimidade*, ou seja de que nasceram de acordo com as prescrições normativas. Presunção esta que é relativa, admitindo-se prova em contrário; e *autoexecutoriedade* que garante que o ato pode ser executado tão logo seja praticado.

Todas essas especificações e exigências para um ato jurídico já havia sido justificada por Carnelutti, quando dissertou que “[...] as regras jurídicas, ditadas para garantir a conveniência e a justiça dos atos, constituem uma espécie de *modelo do ato*; as características desse modelo são os *requisitos* do ato, *modos de ser dos quais depende sua legalidade*.”⁷⁰

No Brasil, até os idos da década de 1980, quando teve início a redemocratização do país, sobretudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vigorava a

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 396.

⁶⁹ Ibid., p. 397.

⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1. p. 509. (grifo do autor)

supremacia do interesse público sobre o particular, na qual o interesse público legitimava a interferência sobre o privado a qualquer custo; e que o mérito do ato administrativo de forma alguma se submetia à tutela jurisdicional, por ser fruto de uma decisão política de conveniência e oportunidade do Administrador. A Constituição vigente impôs nova interpretação a tais conceitos. Por isso, o estudo do Direito Administrativo deve partir do estudo do Direito Constitucional, tanto da teoria da constituição (hermenêutica) como da constituição positivada (dogmática). A sobredita supremacia, até então absoluta, foi relativizada, pois a supremacia indistinta é incompatível com a ordem constitucional vigente, que constitui uma norma eminentemente contramajoritária, que garante valores e direitos mínimos que se sobrepõe inclusive ao interesse da maioria, concretizados em direitos fundamentais e garantias individuais que não podem ser rechaçados pelo interesse coletivo, desde que aquele seja legítimo, quando então deverá haver a ponderação dos princípios e valores, para se decidir a supremacia do interesse público, de acordo com o caso concreto. Aí está a sua relatividade. Nesse sentido também se interpreta o ato administrativo, pois a discricionariedade ganha contornos de razoabilidade e proporcionalidade e deve ser analisada sob essa ótica, o que justifica o controle judicial do mérito do ato administrativo e a sua consequente invalidação quando este for desproporcional ou não possuir motivo razoável para a sua efetivação, vez que se apresenta incompatível com os imperativos Constitucionais. Desse modo, e no sentido inverso, pode-se entender que a discricionariedade também não é absoluta, pois está vinculada aos princípios Constitucionais que regem a Administração Pública, tal como a necessidade de motivo para aplicação de uma sanção disciplinar, inclusive do servidor militar, haja vista estar sujeita aos princípios do direito administrativo, conforme será debatido a seguir.

Reale denota que o problema da *validade* do ato administrativo confunde-se com os sua composição intrínseca, que conduz à análise dos elementos essenciais, pressupostos para a sua legitimidade, a saber: “a) uma *autônoma declaração de vontade*; b) *agente capaz* de emanar o ato; c) *forma* admitida ou não vedada em lei; d) *objeto* lícito; e) existência de *motivos* legítimos; f) *concreta atualização* da finalidade legal; g) *imparcialidade* na execução dos fins da lei.”⁷¹

⁷¹ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 35. (grifo do autor)

Nessa celeuma, os atos administrativos podem apresentar vícios decorrentes da inobservância das exigências legais incidentes na sua formação ou matéria. Seabra Fagundes⁷² observa que esses vícios “[...] sem efeito jurídico, não tem importância, do ponto de vista das relações da Administração Pública com o indivíduo, porquanto não modificam nenhuma situação jurídica” e acrescenta que “[...] só poderão interessar tais defeitos quando esses atos se relacionem, intimamente, com atos administrativos tendo efeito jurídico.”

O mesmo autor⁷³ agrupa os atos viciados em três categorias de acordo com a intensidade do vício. São elas: *atos absolutamente inválidos*, ou *nulos* a quem prefere adotar nomenclatura do Código Civil⁷⁴; *atos relativamente inválidos ou anuláveis*; e *atos irregulares*. Nulos “[...] são os que violam regras fundamentais atinentes à *manifestação da vontade*, ao *motivo*, à *finalidade* ou à *forma*, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei.”⁷⁵ Os anuláveis,

Como os anteriores, infringem regras atinentes aos cinco elementos do ato administrativo, mas, em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade. No caso do ato absolutamente inválido, por presunção inelutável, se considera, *a priori*, que a infração de certas regras não comporta a tolerância, tal a intensidade com que vem ferir o público interesse. Tratando-se do ato relativamente inválido, se estabelece uma hierarquia entre dois interesses públicos: o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade em condições de superar aquele.⁷⁶

Por fim, os *atos irregulares* são aqueles que apresentam vícios irrelevantes, geralmente na sua forma, que não afetam o interesse público ou o direito de administrados, podendo ser retificados ou ratificados sem que isso afete os seus efeitos. Exemplo dessa irregularidade seria o equívoco na nomenclatura de um documento, tal como *licença* para *autorização* de funcionamento, se o teor do documento corresponder ao ato a que se pretendia praticar.

⁷² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 54.

⁷³ Ibid., p. 63-67. (grifo do autor)

⁷⁴ Código Civil/2002 (Lei 10.406/02): Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo; Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2016).

⁷⁵ FAGUNDES, op. cit., p. 63.

⁷⁶ Ibid.

Configurado o vício de legalidade, a invalidação poderá ser operada pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração, conforme consolidou o Supremo Tribunal Federal já em 1969⁷⁷. As hipóteses de invalidação de atos administrativos ilegais pelo Judiciário estão preceituadas pela Ordem Constitucional e correspondem ao “[...] mandado de segurança (art. 5º LXIX); ação popular (art. 5º LXIII); ação civil pública (art. 129, III); e, sobretudo, o princípio que assegura o recurso ao Judiciário quando haja lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, consagrado no art. 5º, XXXV”⁷⁸, hipótese está que será objeto de capítulo específico adiante.

Já a invalidação pela própria Administração se dá pelos institutos da anulação e revogação, inseridos na prerrogativa ou poder de *autotutela* do Estado⁷⁹. A anulação é empregada pela Administração Pública para invalidar atos fulminados por nulidade – absoluta ou relativa – decorrente de vício na sua essência que poderão afetar um ou todos os seus elementos constitutivos. A anulação, portanto, não se trata de um ato discricionário, mas de um imperativo, pois é de interesse público que a ordem legal seja preservada ou, neste caso, restabelecida com o expurgo de ato ilegal. “O *anulamento* constitui, portanto, um *ato de tutela jurídica*, de defesa da ordem legal constituída e pode ser considerado *negativo*, visto não ter efeito de produzir consequências novas na órbita administrativa, mas antes a de reinstaurar o *status quo ante*.”⁸⁰

A revogação, por outro lado, é uma manifestação da discricionariedade estatal de conveniência e oportunidade voltada ao interesse público para rever as suas decisões, seja pelo advento de novos elementos fáticos, pela edição de nova norma (elementos jurídicos), ou mesmo critério valorativo, em consonância com o dever de adequar os seus atos à ordem jurídica. Não incide sobre um ato inválido, aplica-se, ao contrário a atos válidos e legítimos, mas que se

⁷⁷ STF - Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158.

⁷⁹ “Emprega-se usualmente o termo *autotutela* para designar duas prerrogativas distintas, peculiares à Administração Pública, que lhe permitem prover pelos próprios meios, e de modo coercitivo, a situação de efetiva ou potencial lesão à ordem jurídica ou ao interesse público, e da mesma forma compor certos conflitos de interesses que se estabelecem entre ela e particulares. Malgrado não se exclua a intervenção do Judiciário, será esta, em ambos os casos, normalmente posterior às medidas adotadas. [...] Envolve *autotutela*, em primeiro lugar, o exercício do poder de polícia da Administração, mediante imposição de sanções ou medidas restritivas a particulares, cujas atividades se revelem incompatíveis com os interesses da coletividade ou do próprio ensaio. Neste ensaio, à míngua de ressalva expressa, qualquer referência à *autotutela* há de ser entendida como pertinente ao poder/dever da Administração de invalidar ou convalidar os próprios atos e contratos, quando neles identifique a presença de vícios ou defeitos. [...] A validade dos atos (e contratos) administrativos depende de sua conformação aos textos, de compatibilidade com os princípios que norteiam sua atuação de Poder Público e, principalmente, de seu direcionamento e aptidão ao atendimento de algum interesse reconhecível como público. A incoerência de qualquer destes pressupostos conduz normalmente à sua nulidade, ou anulabilidade, impondo à Administração o exercício da *autotutela*.” (MOTTA, João Francisco. **Invalidação dos atos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.91-93).

⁸⁰ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 45. (grifo do autor)

apresentam, em dado momento, contrário ao interesse comum. Pode ser considerado um ato positivo, pois visa constituir uma nova situação jurídica,⁸¹ e deve sempre ser fundamentado.⁸²

Ruy Cirne Lima lecionou que, segundo a sua eficácia, os atos administrativos dividem-se em “[...] válidos e inválidos. Ineficácia e invalidade não se confundem, mas da invalidez resulta, aqui, a ineficácia.”⁸³ O citado autor ainda classificou os atos inválidos em *inexistentes, nulos, anulados, revogados e suspensos*. Para ele os atos inexistentes prescindem de qualquer pronunciamento, pois, embora tenham sido emanados, não adquiriram eficácia no mundo jurídico por falta de cumprimento a uma formalidade, a exemplo de uma determinação que não tenha sido publicada na imprensa oficial ou um expediente protocolado fora do prazo, do qual não se conhecerá. A suspensão recebe a mesma disciplina e tem a mesma natureza da revogação já estudada. A distinção entre elas reside no fato de que a suspensão tem efeito provisório, enquanto a revogação gera efeitos definitivos.

Themistocles Cavalcanti⁸⁴, ao tratar da teoria das nulidades, asseverou que o ato pode ser *inexistente*, quando não puder produzir efeitos pela falta de algum dos seus elementos essenciais. Por isso, nunca existiu; *ato anulável*, aquele que produz efeitos, pois o vício não lhe tira a eficácia relativa, que pode ser declarada posteriormente pela autoridade competente; e *ato nulo* é aquele contaminado por vício em seus elementos insuscetível de convalidação. Acrescenta que ato nulo confunde-se em alguns aspectos com o inexistente, ao passo que também não produz efeitos.

⁸¹ “O certo é que, no processo incessante de concretização direta de valores de convivência, o Estado vê-se na contingência ou na necessidade de rever as suas decisões e procedimentos, reconsiderando *providências e medidas* regularmente emanadas, quer pela superveniência de novos elementos de fato, quer pela vigência de novos processos normativos, quer pela pressão de novos critérios valorativos, visto ser dever da Administração ajustar continuamente os seus atos à determinação substancial da lei, a qual, mesmo quando formalmente inalterada, sofre o natural impacto de fatores fático-axiológicos que atenuam ou tornam mais vivas certas exigências legais, dão sentido novo a determinados preceitos, ou infundem no conteúdo das normas imprevistas. Ora, nesse processo *ativo* ou *positivo* de realização de fins próprios, a *revogação* dos atos administrativos pelo Estado insere-se com um momento natural: representa um elo no fluir normal da ação administrativa, não diferindo, no fundo, das medidas que visam à produção de resultados positivos no plano dos bens e dos serviços, sem suscitar qualquer problema de validade, *mas antes partindo do pressuposto de tratar-se de ato válido ou legítimo*, mas contrário ao bem comum.” (REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.p. 44, grifo do autor).

⁸² “A revogação é o desfazimento de ato administrativo válido e hígido por razões de conveniência ou de oportunidade, congruentemente explicitadas, com efeito *ex nunc*, pela própria Administração Pública. De fato, como se trata de ato válido, a supressão somente pode ser efetuada na esfera administrativa. [...] Algo que se afigura importante, no entanto, é destacar que a revogação exige *motivos supervenientes à prática do ato administrativo, ou pelo menos, reavaliação judiciousa que contemple de modo distinto os motivos dados*.” (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 406, grifo do autor).

⁸³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 92.

⁸⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1955. v. 1. p. 279.

Feitas tais considerações sobre a teoria geral do ato administrativo, é possível adentrar no debate sobre o direito administrativo sancionador, o qual não poderia ter início senão pelos conceitos de infração e sanção administrativa. Conceitua Bandeira de Mello que “[...] *infração administrativa* é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para a qual se prevê sanção cuja imposição é *decidida por uma autoridade por uma autoridade no exercício da função administrativa* – ainda que não necessariamente *aplicada* nesta esfera.”⁸⁵ A natureza administrativa de uma infração é definida pela sanção que lhe corresponde e, por sua vez, a natureza da sanção pela autoridade investida da competência para aplicá-la, não havendo como enunciar uma distinção substancial entre infração e sanção administrativa e infração e sanção penal, senão pela autoridade competente para processar, julgar e impor sanção pelos desvios de conduta apurados.

*Sanção administrativa*⁸⁶, por seu turno, “[...] é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração.”⁸⁷ A sanção administrativa, como uma espécie de ato administrativo, também possui elementos essenciais para a sua validade, os quais são relacionados por Fábio Medina Osório⁸⁸ como: *autoridade sancionadora* (elemento subjetivo); *efeito aflagrante* (elemento objetivo); *finalidade* (elemento teleológico).

O direito administrativo sancionador, como não poderia deixar de ser, acompanha a origem do direito administrativo na França, após a Revolução Francesa, com a instituição da divisão dos poderes do Estado. Naquela ocasião, com a adoção da ideia de polícia do Estado, nasceu o Direito Penal Administrativo, do qual se evoluiu para o que se conhece atualmente como Direito Administrativo Sancionador⁸⁹.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 865. (grifo do autor)

⁸⁶ “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflagrantes, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com a uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 95, grifo do autor).

⁸⁷ MELLO, op. cit., p. 866.

⁸⁸ OSÓRIO, op. cit., p. 79-93.

⁸⁹ “Do assim chamado Direito Penal administrativo, saltou-se ao Direito Administrativo Sancionador. Assim, o grande objetivo alcançado por este novo direito consiste em explicar a existência de uma potestade sancionadora da Administração, distinta da penal, ainda que dela muito próxima, e ainda em adotar para o seu exercício meios técnico-jurídicos suficientes, potencializando, com efeito, as garantias do particular. Hoje, o Direito Administrativo Sancionador é uma subdivisão do Direito Administrativo, ainda que influenciado pelo Direito Penal. Deve-se ter em mente que essa abertura ao Direito Penal é provisória e continua tendo um caráter de *importação*. Ela se justifica apenas como forma de garantia mínima às garantias individuais.” (VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37, grifo do autor).

Nesse ramo do direito administrativo, no qual se insere o direito administrativo disciplinar⁹⁰, além dos princípios já citados, também há outros, próprios e peculiares, que devem ser observados para que um ato sancionatório seja válido. Bandeira de Mello⁹¹ assim os classifica: *Princípio da legalidade*, que, com já dissertado, impõe a subordinação da Administração à lei; *Princípio da anterioridade*, originário do direito penal, pelo qual não haverá infração administrativa sem lei anterior que a defina; *Princípio da tipicidade*, a previsão legal da infração deve ser clara para não deixar dúvida sobre o comportamento ou conduta reprovável; *Princípio da exigência de voluntariedade para a incursão na infração*. Não se trata de dolo ou culpa, mas da necessidade de que o acusado tenha conhecimento da tipicidade da conduta e mesmo assim voluntariamente a pratique. A falta de voluntariedade pode ser caracterizada ainda pelos institutos da força maior, caso fortuito, estado de necessidade, legítima defesa, doença mental, fato de terceiro, coação irresistível, erro, e obediência hierárquica; *Princípio da proporcionalidade*, garantindo ao infrator que ele terá uma reprimenda proporcional a sua infração; *Princípio do devido processo legal*, já debatido anteriormente, o qual constitui uma garantia de ampla defesa e contraditório; *Princípio da motivação*, que exige que todas as decisões sejam motivadas, com a descrição do fato (motivo), a subsunção à norma e a proporcionalidade da sanção à gravidade da falta.

⁹⁰ “O Direito Disciplinar regula o estabelecimento da relação jurídica processual que se firma entre o servidor público – civil ou militar – e a Administração Pública, tendente à apuração de faltas funcionais e aplicação de penas disciplinares, de acordo com as previsões estatutárias ou regulamentações específicas. Além disso, destaque-se que se sujeitam também ao direito disciplinar aqueles que são submetidos à disciplina administrativa, caso, por exemplo, dos alunos de uma escola pública ou dos que estão encarcerados.” (WATANABE, Marilda. Processo administrativo disciplinar militar, suas peculiaridades e uma nova proposta para a solução de incidentes. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da. (Org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 547).

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 868-877.

2.2.2 O Ato Administrativo Disciplinar Militar

De início é primordial distinguir as infrações disciplinares⁹² militares em crime militar e transgressão disciplinar.⁹³ A primeira distinção, é claro, está na intensidade danosa da infração, mas essa simples distinção não é a suficiente. O crime militar é configurado por uma conduta que se subsume a qualquer tipo do Código Penal Militar, a qual pode constituir um crime militar típico, quando for imputado somente aos militares, ou atípico, quando a mesma conduta delituosa estiver também prevista no Código Penal e a ela sujeitar-se qualquer cidadão civil. A transgressão disciplinar, por sua vez, configura-se pela violação das obrigações, deveres e valores policiais-militares, a qual, ainda que de forma controversa, autoriza a penalização com base em condutas totalmente subjetivas, tais como atos atentatórios à moral, ao pundonor militar.

O RDPMESP, no artigo 12, define expressamente que “transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento” e que transgressão disciplinar compreende toda ação ou omissão que violem os valores e deveres policiais-militares, a qual será classificada como grave quando for atentatória às instituições ou ao Estado, aos direitos

⁹² “Chama-se infração disciplinar ao fato voluntário praticado pelo agente administrativo com violação de algum dos deveres que nessa qualidade lhe cabiam.” (CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 741).

⁹³ Cretella Júnior discrimina a responsabilidade penal e responsabilidade disciplinar do agente público da seguinte maneira: Decorre a responsabilidade penal do funcionário público de ação ou omissão definida como crime funcional, ficando o agente sujeito à pena cominada pela lei. Este capítulo é mais do âmbito do direito penal do que do direito administrativo. Os fatos puníveis classificam-se do seguinte modo: a) delitos peculiares aos funcionários, isto é, delitos que só podem ser cometidos pelos que se revestem da qualidade de funcionário ou empregado; b) fatos que, cometidos por particular, não seriam puníveis, mas que cometidos por funcionário ou empregado público constituem delitos, como por exemplo, a mera passividade ou inação do funcionário quando tem o dever de intervir ativamente; c) fatos puníveis, mas a respeito dos quais a qualidade de funcionário ou empregado público determina uma repressão maior, ou seja a qualidade de funcionário determina uma ‘agravante’, no conceito da lei penal. Decorre a responsabilidade disciplinar do funcionário público de ação ou omissão que infrinja dever do cargo, dando origem, como consequência, a penalidades de natureza administrativa, cuja finalidade é corrigi-lo ou afastá-lo dos quadros do serviço público. Para alguns a responsabilidade disciplinar do funcionário tem o mesmo caráter que a penal, devendo, pois, constituir uma mesma unidade, ao passo que para outros, entre os quais nos colocamos, a natureza de cada uma dessas responsabilidades é diversa. Assim, a responsabilidade disciplinar fundamenta-se na tutela do bem funcionamento do serviço público, enquanto que o funcionamento da responsabilidade penal é a proteção dos bens supremos do indivíduo e da sociedade, como a vida, a liberdade, a honra. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 68).

⁹⁴ “A definição de transgressão disciplinar militar vem implícita na Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), ao preceituar que a violação das obrigações e deveres, por parte do militar, poderá constituir crime, nos de maior gravidade, e, de transgressão disciplinar militar, nos de menor gravidade. Vê-se que a transgressão militar é uma conduta ilícita, praticada por militar, de menor gravidade. Por ser caracterizada com mal menor, não está tipificada e compreendida como crime, no Código Penal Militar, conforme prescrição do art. 19 do referido código; é prevista nos regulamentos disciplinares de cada Força.” (CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas corpus na transgressão disciplinar militar**: possibilidade jurídica e ressarcimento de danos. Leme: RCN, 2002. p. 24).

humanos fundamentais e de natureza desonrosa. Observa-se que a honra, por sua natureza, contém uma expressiva carga axiológica, pois está relacionado a um sentimento baseado em virtudes e qualidades almeçadas pela instituição militar e que se projeta na honra de seus integrantes, sendo ela subjetiva - relacionada à dignidade (valor que o militar atribui a si mesmo e à sua missão) e ao decoro (reconhecimento que o militar espera ter da comunidade; e objetiva - relacionada à reputação social e profissional (que pode ser considerada a imagem que o indivíduo possui em seu círculo social e profissional). A honra militar pode então ser considerada a conjunção desses três elementos (a dignidade, o decoro e a reputação), que se exteriorizam pelos atos e manifestações dos militares, em consonância com os valores culturais da instituição a que está incorporado, conducentes ao cumprimento dos seus deveres.

Portanto, na esfera militar, ainda que não esteja tipificada como crime, se a conduta exteriorizada pelo militar, através de uma ação ou omissão, afrontar os valores e deveres policiais-militares, estará sujeita a sanção administrativa disciplinar, aplicada por meio de procedimentos disciplinares sumários previstos nos respectivos regulamentos disciplinares.⁹⁵

O procedimento disciplinar constitui um verdadeiro mecanismo pelo qual a instituição promove a depuração de seu quadro, corrigindo eventuais desvios de conduta, os quais são puníveis gradualmente, de acordo com a gravidade da falta, com uma simples advertência para faltas leves, até a expulsão para faltas graves atentatórias à segurança das instituições ou decorrentes de atos desonrosos ou ofensivos ao decoro profissional⁹⁶. Tudo isso em âmbito administrativo, submetido à autoridade competente de acordo com os preceitos do regulamento e com total independência com as demais esferas do direito.

Diante do relevo da função policial-militar junto à sociedade e da sua missão inexorável de preservação da ordem pública, de defesa da vida, da integridade física e da dignidade da pessoa humana, se o militar não cultivar os nobres valores institucionais, não atuará em favor da coletividade e, por conseguinte, resultará na sua incompatibilidade com a missão constitucional atribuída às forças militares. Desse modo, em razão do direito de poder mandar e as suas responsabilidades pelo cumprimento da missão, o superior tem, no âmbito de suas atribuições, total liberdade para fiscalizar, revisar, dirimir controvérsias, avocar e aplicar

⁹⁵ O RDPMESP disciplina o procedimento disciplinar nos artigos 27 e seguintes. (Lei Complementar nº 893/2001).

⁹⁶ Art. 14 do RDPMESP: As sanções disciplinares aplicáveis aos militares do Estado, independentemente do posto, graduação ou função que ocupem, são: I - Advertência; II - repreensão; III - permanência disciplinar; IV - detenção; V - reforma administrativa disciplinar; VI - demissão; VII - expulsão; VIII - proibição do uso do uniforme.

punições, tudo com estrita observância aos limites impostos pelos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência e da proporcionalidade e razoabilidade.

Para tutelar toda essa celeuma, com questões tão peculiares quanto excepcionais, há o Direito Militar, que pode ser compreendido como o conjunto de normas voltado à organização e funcionamento das instituições militares do país (Forças Armadas e Forças Auxiliares do Exército) e regulação das relações hierárquicas existentes em seus quadros. Para a plena interpretação desse corpo de normas é necessário entender a estrutura, a organização e o funcionamento das instituições militares, com seus usos e costumes.

O Direito Militar não fica adstrito ao Direito Penal Militar. Há também que se considerar o Direito Administrativo Disciplinar e mais especificamente o Direito Disciplinar Militar, ou Direito Administrativo Disciplinar Militar, como uma disciplina autônoma, decorrente do *modus vivendi* próprio das instituições militares, mas que não é isolado, pelo contrário, relaciona-se com vários ramos do direito, tais como Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal Militar, absorvendo princípios que permitam a manutenção da hierarquia e da disciplina das organizações militares em harmonia, ou pelo menos sem violação, de outros direitos e garantias individuais igualmente instituídos pela Constituição Federal. Dessa maneira, nem todo ilícito disciplinar configura um delito, mas todo delito pressupõe a existência de uma transgressão de ordem administrativa disciplinar, pois o direito penal tutela bens jurídicos enquanto o disciplinar regula a infração de um dever especial decorrente de uma relação de hierarquia em determinado regime jurídico. A ordem administrativa não se concretiza somente no texto constitucional, mas também na legislação ordinária que institui os Estatutos e Regulamentos Disciplinares das forças armadas e forças auxiliares estaduais.

Ainda que não seja possível fazê-lo de maneira isolada em relação a outros ramos do direito, como já mencionado, e também de modo independente do direito militar, que corresponde a toda a legislação material afeta à organização e funcionamento das instituições militares de forma ampla, como mencionado anteriormente, é possível estabelecer a autonomia do Direito Administrativo Militar e, inserido neste, a do Direito Disciplinar Militar, que pode ser entendido como a intervenção do Estado na delimitação de conduta dos integrantes das instituições militares voltada à maior eficiência na consecução das missões constitucionalmente fixadas.

Jorge César de Assis destaca a existência de três ramos do direito, os quais, segundo ele, estão em ordem decrescente, contidos uns nos outros, a saber:

- a) um DIREITO MILITAR, composto por toda a legislação material que se refere à organização e ao funcionamento das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, seja de natureza administrativa, civil ou penal militar;
- b) um DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR, que pode ser definido como o conjunto harmônico de princípios jurídicos próprios e peculiares que regem as instituições militares, seus integrantes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado e fixados na Constituição Federal: a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública; e
- c) um DIREITO DISCIPLINAR MILITAR, que é aquele que se ocupa com as relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o qual pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores militares (conferido por lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhes são subordinados, relação essa tutelada pelos regulamentos disciplinares quando prevê as infrações disciplinares e suas respectivas punições, e controlada pelo Poder Judiciário quando julga ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares.⁹⁷

Essa autonomia de certa forma foi confirmada com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, quando ampliou a competência da Justiça Militar Estadual⁹⁸. Até dezembro de 2004, antes da vigência da referida emenda, a Justiça Castrense⁹⁹ dos Estados, era essencialmente penal, restringindo-se ao julgamento de crimes militares, a partir das competentes ações penais militares. A partir de então, os Tribunais Militares Estaduais passaram a exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares, por meio do conhecimento de ações judiciais cíveis¹⁰⁰ propostas contra atos disciplinares militares. Com isso, a Justiça Militar Estadual passou a ser competente para conhecer de ações de toda a sorte contra atos – não só punições – disciplinares militares, processadas sob os preceitos do Código de Processo Civil, Código Civil, normas administrativas e disciplinares aplicáveis aos casos concretos, leis ordinárias que regulamentam ações constitucionais, por exemplo, a Lei Federal nº 12.016/09¹⁰¹, que disciplina o Mandado de Segurança.

As hipóteses são inúmeras, desde a simples anulação de uma punição disciplinar até um pedido de reintegração do militar expulso por suposta incompatibilidade com a função, seja por meio de um mandado de segurança (quando provado o direito líquido e certo e os

⁹⁷ ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 75.

⁹⁸ CF/88 - Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

⁹⁹ Castrense - Diz respeito à classe militar; adjetiva, também, a Justiça Militar, que se diz Justiça Castrense. (GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.)

¹⁰⁰ A competência para processar e julgar as ações cíveis foi atribuída exclusivamente ao Juiz de Direito do Juízo Militar, nos termos do art. 125, §§ 4º e 5º, CF.

¹⁰¹ BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

outros requisitos para esta ação de rito especial) ou por ação comum de conhecimento pelo rito ordinário; ou qualquer medida contra a autoridade disciplinar no curso de processos administrativos disciplinares em trâmite nos quartéis, quando da ocorrência de vícios de legalidade, por exemplo mandado de segurança em face de autoridade que cercear a defesa do militar, ou, por que não, *habeas corpus*, até mesmo preventivo, quando demonstrado o abuso ou a ilegalidade de determinada sanção decorrente de transgressão disciplinar.

Esse deslocamento da jurisdição cível à Justiça Militar, todavia, ficou restrito aos tribunais estaduais, ou seja, à Justiça Militar Estadual. A ampliação da competência da Justiça Militar da União ainda depende da aprovação do texto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358/05¹⁰², que trata da segunda etapa da reforma do judiciário e aguarda tramitação no Congresso Nacional. Assim, a Justiça Militar da União continua sendo competente para julgar exclusivamente os crimes militares e qualquer medida judicial de natureza cível contra atos disciplinares militares deve ser proposto perante o Juízo Federal ordinário.

A Justiça Militar da União é regulada pela Lei 8.457/92¹⁰³. Seu órgão maior é o Superior Tribunal Militar, que acaba exercendo o papel de segunda instância, pois tem a competência de conhecer dos recursos das Auditorias Militares. As Auditorias Militares são os órgãos de primeira instância da Justiça Militar da União composta por juízes militares e estão divididas doze Circunscrições Judiciárias Militares. As circunscrições não exercem função jurisdicional, são meramente administrativas, por isso, os recursos contra decisões das auditorias são remetidos diretamente ao STM, o qual tem a competência para julgá-lo nos termos do art. 6º, II, da Lei 8.457/92.

No Estado Democrático de Direito, de nada adiantaria a Administração Pública, civil ou militar, estar sujeita ao princípio da legalidade, se os seus atos ficassem imunes de ser controlados por órgão dotado de garantias de imparcialidade que possibilitam a apreciação isenta e com poder para invalidar atos ilícitos praticados pelos agentes públicos. Por tal razão

¹⁰² SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358, de 10 de janeiro de 2005. Ementa: Altera dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal, acrescenta os arts. 97-A, 105-A, 111-B e 116-A, e dá outras providências. Explicação da Ementa: Inclui a necessidade de permanência de 3 (três) anos no cargo para que o magistrado tenha direito à vitaliciedade na função; proíbe a prática de nepotismo nos Tribunais e Juízos; altera a composição do STM e incluindo competências para o STF e STJ; instituindo a "súmula impeditiva de recursos", a ser editada pelo STJ e TST - Reforma do Judiciário. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 1 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso: 15 out. 2016.

¹⁰³ BRASIL. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 set. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

é que existem limites e requisitos para que os atos administrativos sejam válidos e legítimos, conforme será debatido no capítulo seguinte, ao tratar do controle judicial do ato administrativo.

CAPÍTULO 3 AS FALHAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NAS SANÇÕES DISCIPLINARES MILITARES ANULADAS PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1 O Controle de Legalidade do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário

“A técnica da Justiça começa por enfrentar dois temas difíceis: o *da independência dos juizes e o da subordinação dos juizes à lei*. Teremos ensejo de ver que a subordinação é ao direito, e não à lei, por ser possível a lei contra o direito.”¹ É com essa reflexão que Pontes de Miranda inicia sua discussão sobre o Poder Judiciário. Destacava ainda que essa insubsistência das leis intrinsecamente incompatíveis com princípios imanentes já era objeto de inquietação dos juristas daquela época. E continua que, em seguida, há a técnica das relações entre a Justiça e os outros órgãos que também envolve outros dois problemas de grande relevância para o direito constitucional, o da “[...] apreciação da constitucionalidade dos atos dos outros órgãos e o do papel do juiz na unidade do direito e na revelação da lei”, arrematando ser inegável que o papel mais concreto do juiz, contudo, seria o da *revelação do direito*, o que pode ser interpretado como o dever do juiz aplicar a lei de acordo com o princípios e valores do ordenamento jurídico vigente.

O papel do judiciário está bem consolidado quando chamado para examinar o ato administrativo. Cumpre-lhe somente o conhecimento e análise da legalidade ou legitimidade do ato, ou seja, se afronta texto expresso de lei, se foi editado em desalinho com os requisitos administrativos formais ou princípios do Direito, enfim, se há vício que o torne suscetível de revisão e conseqüente nulidade. No exame da legalidade, cumpre ao poder judiciário examinar o ato administrativo em todos os seus aspectos, “[...] a partir de seu nascimento, passando depois por todos seus elementos integrantes, sem descuidar, entretanto, de aprofundar a investigação e perscrutar-lhe as entranhas, ou seja, a finalidade visada.”² Estas são algumas das ocorrências que autorizam o reexame jurisdicional do ato administrativo. Com total liberdade para apreciar a legalidade do ato administrativo, ao judiciário é vedado, porém, adentrar na análise do mérito, que fica totalmente fora de seu alcance, pois decorre da conveniência e oportunidade. Não estão sujeitos à revisão judicial também o ato exclusivamente político³ e a ordem de prisão disciplinar

¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970. p. 552.

² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 233.

³ Entende-se por ato político o ato governamental de um agente político no desempenho de suas funções, voltado a planejar e direcionar a atividade Estatal, por isso, dotado de maior discricionariedade.

na esfera militar, por força de exceção expressa no artigo 142, § 2º, da Constituição Federal⁴. O fundamento da imunidade jurisdicional, nesse caso, é evidente, porque “[...] tem por finalidade a disciplina nas Forças Armadas, fortalecendo a hierarquia e impedindo o não cumprimento de ordens superiores pelos de categoria inferior.” Este configura um “[...] exemplo de lesão de direitos públicos subjetivos fora do abrigo da proteção jurisdicional, mas plenamente justificado pelos altos interesses públicos em jogo.”⁵

Todavia, a vedação do artigo 142, §2º, da Constituição Federal, que afasta a punição disciplinar militar da proteção do *habeas corpus*, deve ser analisada com ressalvas, pois tal vedação é relativa e aplica-se somente ao mérito do ato. A legalidade da sanção não está imune a controle, inclusive jurisdicional, ainda via de *habeas corpus* quando presentes os requisitos do art. 5º LXVIII⁶, em respeito aos princípios da *dignidade humana*, da *legalidade*, da *disponibilidade ou do amplo acesso ao poder judiciário*, garantindo ao cidadão que nenhuma pretensão será excluída da apreciação do poder judiciário ou que terá dificultado seu acesso.

⁴ “Tendo o legislador constituinte, em nome do povo brasileiro, elaborado a Constituição da República Federativa do Brasil, pelo princípio acima não pode o art. 142, § 2º, da Constituição Federal, ser interpretado como vedação absoluta. Isto porque o art. 5º, LXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil determina que será concedido *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Vale assim dizer que essa vedação constitucional está em desacordo com os direitos e garantias fundamentais, garantidos e petrificados no *caput* e nos 77 incisos do art. 5º da Constituição Federal, em especial o inciso XXXV, que assegura que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entende-se, até, que a vedação imposta pelo legislador constituinte, através do art. 142, § 2º, da CF, que proíbe a concessão de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, é formalmente inconstitucional. No ímpeto de resguardar o poder hierárquico e disciplinar, acatando as súplicas dos militares, resolveu o constituinte inserir uma vedação expressa. E houve-se mal. Bastava a proibição inerente ao próprio princípio republicano de que é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito da punição, ao julgar a impetração do *habeas corpus*. Sabido é que o princípio da conveniência e oportunidade é próprio da Administração da República. A vedação constitucional só trouxe confusão. Aqueles que não se aprofundam no estudo do princípio republicano, até por comodismo, teimam em aplicá-lo de forma absoluta. É mais fácil negar ao administrado um direito seu, do que ir contra o poder da Administração. Surgem então as mais variadas ilegalidades, abusos e injustiças. O juiz deve, em respeito ao próprio princípio ora em questão, analisar todo e qualquer ato administrativo e, ao recusar-se, está repudiando sua própria função jurisdicional. Negar essa prestação jurisdicional é ilegal; é mitigar uma cláusula imitigável, de caráter permanente, que é o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. O STF já se posicionou sobre o assunto, entendendo que, no *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares, se examinem os pressupostos de legalidade da transgressão, quanto à existência da correta hierarquia; se havia no caso apresentado o poder disciplinar, que legitima a punição; se o ato administrativo está coerente com a função de autoridade e, finalmente, se a pena ao transgressor pode ser aplicada. Assim se pronunciou o egrégio STF, em 4 de março de 1994, no HC 70.648-7-RJ (DJU de 4-3-94, p. 3.289. [...] O STJ, em diversas decisões, acatou o entendimento do STF, afirmando que não pode tal medida fugir ao controle jurisdicional e consolidando o entendimento de que a restrição do art. 142, § 2º, da Constituição é limitada ao exame de mérito do ato administrativo. (CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas corpus na transgressão disciplinar militar**: possibilidade jurídica e ressarcimento de danos. Leme: RCN, 2002. p. 32-34).

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 233.

⁶ CF/88, Art. 5º, LXVIII: conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Diante da ressalva do teor do art. 5º, LXI, e da vedação expressa do art. 142, § 2º⁷, da CF, a aplicabilidade de *Habeas Corpus* nas sanções disciplinares é objeto de grande divergência na doutrina, sendo possível estabelecer atualmente três correntes. A primeira e mais rígida que defende ser absolutamente inaplicável pela disposição expressa do texto constitucional; a segunda que perfilha o entendimento de que a vedação está restrita apenas ao mérito do ato disciplinar, não havendo óbice para exame da legalidade da punição, uma vez que não se pode afastar do poder Judiciário a apreciação de ilegalidade, seja de que espécie for, quando violar ou ameaçar direito (art. 5º, XXXV, CF); e a terceira, mais liberal, que admite ser cabível o *habeas corpus* não só na análise dos aspectos legais do ato disciplinar, mas também para atacar o próprio mérito do ato disciplinar essencialmente militar. Os tribunais brasileiros, inclusive STF, têm se filiado à segunda corrente.⁸

O princípio da legalidade está expresso no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988⁹ e abrange duas vertentes: a *supremacia da lei*, a qual impõe submissão total e irrestrita

⁷ CF/88, Art. 5º, 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; Art. 142, § 2º - Não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares.

⁸ "O STF tem interpretado restritivamente a exceção. Descabe ao Judiciário, ao julgar o *habeas corpus* apenas o exame de mérito da punição disciplinar. Todavia, o Judiciário pode analisar aspectos relativos à legalidade do ato (RO em HC 88.543-8/SP, DJU 27-04-2007): a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função, a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente (STF, RE 338.840-1/OS, DJU 12-09-2003). Como a ordem pode ser concedida apenas na hipótese de afronta à liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII), não cabe *habeas corpus* para pedir ao Judiciário examine a perda de posto e patente (STF, HC 70.894-3/DF, DJU 15-04-1994)." (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário aos arts. 142 e 143. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1583).

⁹ "O dispositivo constitucional do art. 5º, II, possui precedente remoto na primeira Constituição do Brasil, de 1824, a qual estabelecia, em seu art. 179, I, que *nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei*. Todas as demais Constituições brasileiras (1891, 1934, 1946, 1967/69), com exceção da Constituição de 1973, previram essa norma que traduz o denominado princípio da legalidade. [...] O princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras, traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito distinto e contraposto ao Estado absoluto ou ao Estado de Polícia dos séculos XVII e XVIII. [...] O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito impera o governo das leis, não o dos homens. [...] A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode *criar regras jurídicas*, no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão 'em virtude da lei' na Constituição de 1988. A lei é regra de direito ou norma jurídica que tem por objeto a condição jurídica dos cidadãos, ou seja, que é capaz de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, criando direitos e obrigações. [...] Trata-se também de um conceito material de lei como *ratioe ethos* do Estado de Direito, que leva em conta o conteúdo e a finalidade do ato legislativo, sua conformidade a princípios e valores compartilhados em sociedade, assim fortalecendo o necessário liame entre *legalidade e legitimidade*. O termo *lei* não pode deixar de ser também entendido em seu sentido formal, como a norma produzida pelo *órgão* competente (parlamento) e segundo o *processo legislativo* previsto na Constituição. Tem relevância, nesse âmbito, o viés democrático do conceito de lei, como ato originado de um órgão de representação popular (expressão da vontade coletiva ou de uma *volonté general*) legitimado democraticamente. A lei, segundo esse conceito democrático, é entendida como expressão da autodeterminação cidadã e do autogoverno da sociedade." (MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 243-244, grifo do autor).

aos mandamentos constitucionais, delimitando os parâmetros materiais para criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, ou seja, toda matéria inovadora deve estar em consonância com a disciplina prevista na ordem jurídico-constitucional; e *reserva legal*, é a exigência de que algumas matérias devem ser invariavelmente tratadas por meio de lei. Esse princípio, “[...] na sua *dimensão negativa*, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da lei. Na sua *dimensão positiva*, admite que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições.”¹⁰

Para Carnelutti pode-se entender legalidade como o exame da adequação do ato ao texto legal por meio da *técnica* que ensina os caminhos para que um ato seja adequado à sua finalidade.

*A conformidade do ato às regras técnicas é o que se chama sua conveniência. Quando é conveniente, um ato favorece a economia; nisso está a utilidade. Justiça do ato é, por outra parte, sua conformidade às regras éticas. Quando é justo, um ato ajuda à paz; nisso está a bondade. Para garantir tanto a conveniência quanto a justiça do ato, o direito faz suas certas regras técnicas ou certas regras éticas, prescrevendo sua observância mediante seus mandados; assim as regras técnicas ou as regras éticas se convertem em regras jurídicas. A conformidade do ato às regras jurídicas constitui sua legalidade.*¹¹

Nesse sentido, em consonância com a regra apresentada, para a demonstração dessa conformação do ato com as regras jurídicas é utilizada a fundamentação por meio de argumentação jurídica adequada. E nesse exame de conformação o poder judiciário pode intervir e reexaminar o ato editado.

A divisão dos Poderes da República no Brasil está bem delimitada e parte de disposição expressa no artigo 2º da Constituição Federal¹², integrando os princípios do Estado Democrático de Direito. Chiovenda não destoou de outros juristas quanto à origem francesa da divisão dos Poderes. Acrescentou que foi adotada em sentido rígido, de forma que a cada um dos Poderes deveria corresponder uma só função, sendo-lhe terminantemente vedado interferir na atividade do outro, sequer para sindicá-la ou corrigi-la, o que considerava um exagero, pois não seria possível conceber a separação concreta das funções do Estado como uma separação absoluta de poderes, vez que seria imprescindível aos órgãos da Administração o desempenho de funções legislativas na edição de decretos-leis, decretos legislativos,

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p.246. (grifo do autor).

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 508-509. (grifo do autor).

¹² CF/88. Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

regulamentos, portarias, medidas provisórias, etc.; e funções judiciárias, na condução de processos e elaboração de atos disciplinares. Frente aos órgãos administrativos,

[...] a *sindicância judiciária* é considerada, pela tendência moderna, como o meio mais eficaz para manter a atividade administrativa nos confins da lei. Pode essa sindicância ser *indireta*, como quando o juiz criminal examina se uma ordem da autoridade administrativa foi *legalmente expedida*, para punir ou não o contraventor; ou *direta*, como quando se impugna diretamente perante a autoridade judiciária a legitimidade do ato administrativo.¹³

Compreende-se nos dias atuais que a separação não é propriamente do poder político-jurídico – este considerado uno e indivisível – mas sim das funções do Estado. O princípio da separação dos poderes baseia-se na concepção de discricionariedade, na qual um Poder está proibido de adentrar na discricionariedade dos outros, visando manter o equilíbrio do Estado e a preservação da democracia. É possível constatar que a compreensão do juízo discricionário¹⁴ passa por profundas mudanças, conseqüentemente o conceito e abrangência da dessa separação dos poderes, reconhecendo-se a possibilidade de o Judiciário sindicat matérias há pouco terminantemente proibidas, mas que na atualidade entende-se compor a legalidade de um ato, tais como a proporcionalidade e a motivação.

É por isso que a distinção entre atos discricionários e atos vinculados é primordial quando se trata do controle que o Poder Judiciário exerce sobre eles. No tocante aos atos vinculados não há que se falar em restrição, vez que seus elementos estão definidos em lei e a autoridade não tem outra possibilidade para direcionar a sua atuação. Caberá ao Judiciário examinar, em todos os aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Quanto aos discricionários, o controle judicial é possível, respeitando-se a toda evidência, a discricionariedade

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 14. (grifo do autor).

¹⁴ “Discricionariedade não significa liberdade total, ao sabor da opinião individual do agente, refém do subjetivismo (solipsismo), onipotência, juízo fora ou ignorante do Direito, sem parâmetros, sem balizas. Juízo discricionário somente ocorre quando comprovadamente existem duas ou mais condutas equivalentes, igualmente admitidas pelo Direito, não sendo possível determinar, com certeza ou precisão, qual o melhor comportamento, o mais em conformidade com o Direito. Discricionariedade, nesse sentido, também não se confunde com *discricionariedade interpretativa*, valendo sempre lembrar a aguda crítica feita por Dworkin ao positivismo de Herbert Hart, aplicável ao decisionismo de Hans Kelsen. Possível, de todo modo, a investigação do juízo discricionário ou, a rigor, do alegado juízo discricionário no intuito de apurar se há mais de um atitude abrigada pelo sistema jurídico e se a adotada está entre elas. Há destarte, uma reengenharia da separação dos poderes, com o judiciário promovendo a sindicância de hipóteses até pouco tempo consideradas proibidas. [...] Outrossim, a divisão de poderes não está mais guardada apenas dos direitos individuais, mas sim de todas as dimensões dos direitos fundamentais, assimiladas em unidade. Vem em favor tanto das liberdades públicas, dos direitos civis, quando dos direitos sociais, da cidadania ativa, dos direitos transindividuais, do meio ambiente – cobrança de prestações, eficácia positiva. As funções adquirem novo sentido, outras raias de legitimidade, novas conformações.” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 145).

administrativa nos limites assegurados pelas normas positivadas. Nesse diapasão, considera-se, em regra, que ao Judiciário é dada a prerrogativa de analisar o ato discricionário para conhecer apenas dos aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Quando constatado que a autoridade administrativa extrapolou o campo da discricionariedade e invadiu, por consequência, o campo da legalidade, o Judiciário pode invalidar o ato.¹⁵

Di Pietro¹⁶ aponta algumas teorias que têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. São elas:

*Teoria do Desvio de Poder.*¹⁷ Ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Nesse caso fica o Poder Judiciário autorizado a declarar a nulidade do ato em razão de a Administração ter-se valido indevidamente da discricionariedade para desviar-se dos fins de interesse público definido em lei. Ou seja, a autoridade age de acordo com a permissão legal, mas por motivos e fins estranhos aos ditames normativos. Já no campo do *abuso* ou *excesso de poder* a autoridade não se limita a fazer o que a lei lhe permite, ou seja, extrapola os limites de suas prerrogativas.¹⁸

¹⁵ “Se ao Poder Judiciário fosse interdito o exame da matéria de fato, básica como suporte fático para a integração do ato administrativo, estaria aquele Poder transformado em mero homologador das decisões dos agentes do Executivo, mediante sumário e superficial exame das formalidades extrínsecas – epiderme do ato –, desconhecendo, porém, do núcleo vital do pronunciamento da Administração.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 301).

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 206-207.

¹⁷ “Não seria lícito, entretanto, terminar este capítulo sem mencionar uma particularidade da doutrina existente entre os atos administrativos, que floresceu nos países de contencioso administrativo, mas que já se vai estendendo, a nosso ver, sem lógica, a outros países. Referimo-nos ao exame do *motivo* do ato administrativo que criam no processo administrativo, a teoria do desvio do poder. Consiste a teoria, na proteção contra ato praticado, por um motivo estranho ou contrário ao serviço público, ou ainda quando o motivo apresentado é apenas aparente, ocultando um interesse puramente privado. Entendemos que essa teoria não pode prosperar nos países onde não existe uma justiça especializada, estando a administração sujeita a um controle apenas de legalidade, faltando juízes qualificados para o exame do mérito do ato administrativo. Não obstante esse ponto de vista, os nossos tribunais já se não orientando no sentido de penetrar no exame dos motivos, principalmente para caracterizar os casos em que o motivo é aparente, visando, na realidade o ato, atender a um interesse estranho ou contrário ao serviço público. Existem, aliás, na jurisprudência inglesa e americana, precedentes neste sentido. A matéria é muito delicada quando se trata de atos discricionários, que contêm uma larga margem de matéria imune ao exame judicial. O excesso no exercício do poder discricionário constitui entretanto um tema que interessa a função jurisdicional. A tendência da nossa jurisprudência se orienta no exame dos motivos, da ‘justa causa’, da ‘procedência’ do ‘erro sobre o motivo’. Assim é que já se investigou sobre a ‘justa causa’ de uma demissão, embora fosse a mesma de livre determinação da autoridade administrativa.” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. p. 322).

¹⁸ “Mais difícil é isolar fora do genérico conceito de ‘ilegitimidade constitucional’ uma noção bem determinada de ‘excesso de poder’, que seja num certo sentido paralela à figura tão elástica e multiforme que tem sido elaborada no campo administrativo. [...] Mas se à noção de ‘ilegitimidade constitucional’ das leis se lhe dá uma extensão paralela e correspondente à de ‘ilegitimidade administrativa’, elaborada com tanta finura no campo da justiça administrativa, o conceito de ‘excesso de poder’ transportado ao campo constitucional, poderá ter, como tem ocorrido quanto aos atos administrativos, um alcance muito mais amplo. [...] Havendo contrariedade entre

Teoria dos Motivos Determinantes. Ocorre quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os *pressupostos de fato* e as *provas* de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou, ainda que existentes, se não foram verdadeiro, anulará o ato.

Teoria das Noções Imprecisas. A limitação mais acentuada à discricionariedade administrativa está na verificação de noções imprecisas empregadas na legislação para designar o motivo ou a finalidade do ato – *interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública*, etc. Nesse caso não haverá discricionariedade se elementos objetivos permitirem a delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. Sendo assim considera-se que haverá *interpretação* do sentido da norma, o que não se confunde com a discricionariedade. Por exemplo, se lei prevê o afastamento compulsório de um agente incapacitado, a autoridade deve buscar auxílio de perito que atestem que há incapacidade de fato. Logo, não poderá decidir por critérios subjetivos. Quando houver apreciação subjetiva de valoração, haverá discricionariedade. Exemplo é a transferência de um agente para atender necessidades do serviço. No primeiro caso poderá haver controle judicial porque ele é vinculado a elementos objetivos. No segundo, não pode adentrar no exame dos critérios subjetivos, pois é privativo da discricionariedade e enseja usurpação dos poderes. Todavia, “neste caso, alguns autores apelam para o *princípio da razoabilidade* para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”. Outro exemplo que poderia ser citado é o conceito de *notável saber jurídico* que pode transitar tanto no critério objetivo, quando o currículo de determinada pessoa for notório e admirável, ou subjetivo, quando os trabalhos de determinado profissional tiver que ser justificado.

A repressão disciplinar pode ser feita por três sistemas¹⁹: i) *sistema hierárquico*, no qual o poder disciplinar é exercido exclusivamente pelo superior hierárquico, que apura a falta e aplica a sanção; ii) *sistema de jurisdição completa*, no qual a falta e a penalidade são

o motivo aduzido e o conteúdo objetivo do ato, ou a não correspondência do motivo mesmo ao fim pelo qual a faculdade exercitada com a lei é concebida, é um controle que indubitavelmente entra em legitimidade e, por conseguinte, deve ser consentido ao juiz da constitucionalidade material.” (CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. p. 47).

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 602.

estritamente determinadas em lei e a decisão será sempre de órgão jurisdicional. Esse sistema não existe no ordenamento jurídico brasileiro; e iii) *sistema misto* ou de *jurisdição moderada*, em que há intervenção de órgãos administrativos, em regra de função opinativo, e a sanção é aplicada pelo superior hierárquico com a competência definida em lei, que reserva o poder discricionário para conhecer dos fatos e decidir pela a pena aplicável. Esse ato, porém, não é imune ao controle judicial. Este é o sistema adotado no Brasil para os processos administrativos disciplinares.²⁰²¹ A nossa Constituições Federal adotou o regime democrático de direito que garante a supremacia da lei e a consequente intervenção do poder judiciário para conhecer da violação de todos os direitos individuais praticados pelo poder executivo e

²⁰ “Enquanto no Brasil aderiu-se ao modelo Belga, também adotado pelo direito anglo-americano, no qual todas as controvérsias entre os cidadãos e a Administração são submetidas à autoridade judiciária ordinária (sistema de jurisdição única), que não tem competência para conhecer do mérito do ato, mas apenas a sua legalidade, assim, como reconhecer o direito a reparação de dano e cominar obrigação de fazer ao Estado, na Itália, essas questões são divididas entre os tribunais administrativos e ordinários. Aos tribunais administrativos italianos é atribuído o poder para conhecer do mérito do ato administrativo e de sua conveniência e oportunidade, expedindo ele próprio, sendo o caso, o ato que considere de conformidade com o direito. Chiovenda assevera que são investidos de um amplo poder de revisão da *oportunidade e da justiça intrínseca* dos atos administrativos. O juízo ordinário daquele país, ao qual competente a apreciação de direitos civis e políticos, possui faculdades limitadas para julgamento de questões envolvendo a Administração, pois não podem se quer anular o ato administrativo, limitando-se a condenar a Administração ao ressarcimento de danos. Nega-se tal poder ao juiz ordinário: não é facultado anular, nem modificar o ato; deve, antes, adscrever-se a declarar-lhe a ilegitimidade e a declarar, por conseguinte, a superveniência da lesão do direito por parte do ato administrativo, colocando a Administração na alternativa de revogar, por si, o ato, o de modificá-lo de forma a fazer cessar a lesão ou de compensar a lesão com a reparação dos danos, cuja condenação se costuma inserir imediatamente na sentença [...]” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 165-168, grifo do autor).

²¹ Themistocles Brandão Cavalcante faz brilhante e sucinta análise sobre o sistema brasileiro de apreciação e controle dos atos praticados pela administração: “Numerosos têm sido os sistemas preconizados, alguns admitindo subdivisões que complicam demasiado a solução. [...] Levando-se as distinções às fórmulas mais simples, chega-se a estabelecer apenas dois sistemas distintos: a) aquele que reconhece a existência de um contencioso administrativo, isto é, a de órgãos integrados no sistema administrativo para resolver um certo número de controvérsias que interessam ao poder público; b) aquele que atribui sempre ao poder judiciário competência para julgar todos os atos em que o Estado for diretamente interessado. [...] O sistema judicial em vigor em nosso país não é peculiar ao nosso regime político. A intervenção do poder judiciário para dizer em definitivo sobre os litígios administrativos, teve a sua origem na Bélgica. Foi apenas adaptado e ampliado nos países anglo-saxônicos, e depois, no Brasil. O sistema em vigor na Bélgica, desde a Constituição de 1831, decorre da necessidade indiscutível de prover-se à reparação dos danos causados pela administração pública aos direitos individuais. A falta de um tribunal administrativo naquele país, impôs ao poder judiciário, com uma necessidade imperiosa, a atribuição de atender uma exigência fundamental para a própria existência do Estado. Ao contrário do que ocorreu nos países anglo-saxônicos, a jurisprudência belga restringiu a amplitude do texto constitucional, e, os direitos que mereceram o amparo do poder judiciário foram apenas aqueles que a doutrina belga chamou de civis, em contraposição aos políticos, que envolvem o interesse geral, e que, por isso mesmo, escapam à ação e aos efeitos das decisões judiciárias. Apesar da amplitude da intervenção judiciária nos países que seguiram o sistema em vigor nos Estados Unidos e no nosso, é forçoso reconhecer a influência decisiva que teve a distinção dos diversos atos de administração pública e da restrição feita ao poder judiciário na apreciação dos chamados atos políticos ou discricionários. O sistema em vigor nos Estados Unidos e no Brasil é o judicial, sistema que tem por base a limitação de poderes. Todos têm sua competência expressa na Constituição e nas leis. Dentro da lei e da Constituição, cada poder é soberano, isto é, não admite a ingerência do outro. Mas, sendo um regime essencialmente legal, isto é, da supremacia absoluta da lei, é preciso um poder que tenha competência para reconhecer a sua aplicação. Os escritores americanos costumam chamar este regime de supremacia do poder judiciário, porque, a este poder conferiu a prática constitucional daquele país até a faculdade de anular, por inconstitucional, uma lei do Congresso ou um ato do poder executivo.” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. p. 475-478).

pela administração em geral, estabelecendo o regime da unidade da jurisdição, mesmo naquela esfera reservada anteriormente à competência dos tribunais administrativos.

A nova ordem jurídica e social exige novos modelos de comportamento, por isso é descabido aos comandantes tentar impor aos seus comandados uma ordem disciplinar incompatível com o Estado de Direito vigente. Esse moderno padrão de conduta social deve pautar inclusive as relações de subordinação e exige cada vez mais preparação profissional para que os Administradores, comandantes, chefes, enfim superiores hierárquicos, tomem decisões cada vez mais técnicas do ponto de vista jurídico, com respeito à legalidade – na qual se inclui o motivo e a motivação – proporcionalidade e razoabilidade. Em 1958, em seus comentários à Constituição de 1946, Themistocles Brandão Cavalcanti²² já sinalizava a tendência do direito para ampliar o exercício da faculdade discricionária, pela delegação de poder a quem cabia cumprir e executar a lei. Mas asseverava que tão importante quanto à extensão dessas medidas é a maneira de agir da autoridade na sua execução. Por tal razão, mesmo que revestidas de caráter discricionário, as ações dos administradores não precisariam estar previstas em lei, vez que estariam limitadas pelos direitos e garantias asseguradas expressamente pela legislação.²³

Ivan Barbosa Rigolin²⁴ lembra que a constituição instituiu verdadeira revolução no âmbito da Administração Pública, como a disciplina dos servidores públicos e a inclusão de quatro princípios de direito, e de organização, no artigo 37, até então frutos apenas de construção doutrinária. Todavia, não é possível admitir que a administração fique desobrigada de observar outros princípios simplesmente por não estarem elencados expressamente na Constituição, vez que não se trata de um rol taxativo e porque os demais princípios são inerentes à atividade estatal. Qualquer administrado, agente público ou não, que demonstrar que foi prejudicado pela Administração em razão de inobservância de qualquer destes princípios pode socorrer-se da tutela jurisdicional para desfazer, anular ou reparar os injustos

²² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A constituição federal comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958. p. 66.

²³ Cretella Júnior diferencia a conduta, quanto a sua legalidade em via de direito e via de fato. *Via de direito* é o meio legal de que se vale uma pessoa para fazer valer sua pretensão em juízo; *via de fato* é o meio ilegal empregado por uma pessoa para concretizar suas pretensões, embora as julgue justas. É a prática da *justiça com as próprias mãos*. Noção consagrada pela jurisprudência, consiste a via de fato numa operação material da administração, afetada de grave ilegalidade e causando dano à propriedade privada ou à liberdade do administrado. Em suma, a via de fato faz supor prejuízo dos direitos públicos individuais, mediante operação material da administração gravemente inquinada de vício. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 147-149).

²⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 68.

resultados do ato vulnerado pela inconstitucionalidade decorrente do desrespeito aos princípios constitucionais norteadores da atividade Estatal.²⁵

É objetivo de um Estado de Direito a inexistência da injustiça, a proteção ao direito e a reparação pelo direito lesado. Inclui-se, e porque não está vinculado a este objetivo, a Administração Pública, considerando-a a materialização do Estado. Nesse diapasão é inquestionável também o interesse de afastar do serviço público os agentes com uma conduta incompatível com o serviço público, mas tudo na estrita observância do princípio da legalidade.

3.1.1A ilegalidade decorrente de vício no motivo e na motivação do ato disciplinar

Conforme já debatido anteriormente, ato administrativo possui alguns elementos, requisitos ou pressupostos – de acordo com a terminologia e a classificação adotada por cada autor – essenciais para sua formação e validade. São eles: *sujeito* ou *competência*; *forma*; *objeto* ou *conteúdo*; *finalidade* e *motivo*. Além disso, há princípios específicos do direito administrativo disciplinar, inserido, como já mencionado, na seara do direito sancionador, tais como *proporcionalidade* e *motivação*.

Como a carga argumentativa do ato emanado concentra-se de forma mais acentuada na *motivação*, no *motivo* e na *proporcionalidade* da decisão, já que a primeiro tem o condão de demonstrar que o *motivo* alegado é válido para justificar a atuação Estatal e indicar que a solução foi proporcional à transgressão cometida, o estudo ficará limitado ao *motivo* e a *motivação*²⁶, pois, como exposto, são os que mais demandam carga de argumentação em sua fundamentação. Motivo por ser conceituado como a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato; e motivação como a exposição dos motivos

²⁵ Assim também ocorre nos Estados Unidos, conforme lecionou Edward S. Corwin em obra editada no Brasil no ano de 1986: “Como os poderes ‘legislativo’ e ‘executivo’, sob a Constituição, o ‘poder judiciário’ também implica certos atributos incidentais ou ‘inerentes’. Um deles é a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do governo. Exceções a essa regra geral são, muitas vezes, fornecidas pelas ‘questões políticas’ e pelas chamadas ‘questões de fato’, deixadas frequentemente aos órgãos administrativos embora sua determinação possa influir materialmente no âmbito de sua autoridade. Intimamente ligado a esse atributo do poder judiciário existe outro, o de proferir ‘decisões finais’. Quando se confia a um tribunal dos Estados Unidos a determinação de uma questão, seja de direito ou de fato, sua decisão só pode ser revista, constitucionalmente, por um outro tribunal de instância superior, e não pelos outros dois ramos do governo ou pelos seus órgãos.” (CORWIN, Edward S. **A constituição norte-americana e seus significado atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986. p. 163).

²⁶ A doutrina majoritária trata *motivo* e *motivação* como elementos distintos (conf. Bandeira de Mello, Hely Lopes, Carvalho Filho e Di Pietro), para os quais motivo é a situação de fato que enseja a intervenção administrativa e motivação é a exposição dos motivos ou, mais precisamente, a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato, a justificativa de seu pronunciamento.

ou, mais precisamente, a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato. Por isso, entende-se que devem ser muito bem aclarados.

Não há consenso na doutrina sobre a identificação e o número de elementos essenciais que devem compor o ato administrativo, seja pela discordância na mera terminologia, seja porque, às vezes um ou outro autor desdobra um elemento em vários, ou englobam vários em um único elemento²⁷. Todos, porém, são unânimes em mencionar que o motivo é elemento (pressuposto ou requisito) essencial do ato, para atribuir-lhe validade e, porque não, carga de justiça. Matéria esta que não é recente na ciência jurídica.²⁸

²⁷ Bandeira de Mello, entende que *elemento* sugere a ideia de *parte componente de um todo*. Afirma que alguns deles não podem ser admitidos como parte do ato, pois são exteriores. Por isso, considera que elementos são apenas o conteúdo e a forma e, para fins didáticos, distinguem os pressupostos que, segundo ele, realmente são externos ao ato e não componentes dele, em pressupostos de *existência* e de *validade*. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014). Hely Lopes Meirelles discriminava os elementos de forma mais simplificada, nominando-os como *requisitos*, em número de cinco: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006). Di Pietro também reconhece esses cinco requisitos, mas os denominam como *elementos* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008). Carvalho Filho defende que, malgrado alguns autores empreguem o termo *elementos* e outros preferem a expressão *requisitos de validade*, na verdade, nem aquele termo nem esta expressão são satisfatórios. *Elemento* significa algo que integra uma determinada estrutura, ou seja, faz parte do *ser* e se apresenta como pressuposto de existência. *Requisito de validade*, ao revés, anuncia a exigência de pressupostos de validade, o que só ocorre depois de verificada a existência. Ocorre que entre os cinco clássicos pressupostos de validade, alguns se qualificam como elementos (v.g. a forma), ao passo que outros têm natureza efetiva de requisito de validade (v.g. a competência). Por isso, ele adota o termo *elementos* mas deixa consignada a ressalva quanto a denominação e à natureza dos componentes do ato. "Independentemente da terminologia, contudo, o que se quer consignar é que tais elementos constituem os pressupostos necessários para a validade dos atos administrativos". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014).

²⁸ Cretella Júnior já discorria: "Aos *elementos* que deve reunir o ato administrativo para que, revestindo-se de eficácia, produza efeitos incontestáveis para alcançar os fins que se destina, damos o nome de *requisitos*. Versados não obstante sob rubricas diversas nas obras especializadas – *elementos, requisitos ou pressupostos* –, raros os autores que tentaram fazer distinção, mesmo ligeira, entre o que cada uma daquelas denominações poderia designar. Ao nosso ver, a pretendida diferença entre *elementos* e *requisitos* residiria em que aqueles contribuiriam para a existência do ato, mas apenas de maneira estática, ao passo que os requisitos implicariam numa preparação e aperfeiçoamento indispensáveis para que o mesmo ato, existindo, esteja apto para operar, dinamicamente, com validade. Nesse caso, *agente, objeto e forma* seriam os *elementos* que, agrupados, determinariam a existência do ato, enquanto que os *requisitos* seria esses mesmos elementos, mas num tal estado de preparação (*agente capaz, objeto lícito, forma prescrita*) que, presentes, confeririam ao ato administrativo condições necessárias e suficientes para que pudesse produzir os efeitos jurídicos pretendidos. Seguindo a generalidade dos autores, não fazemos distinção entre *elementos* e *requisitos* dos atos administrativos. [...] Para validade dos atos jurídicos, ensinam os civilistas, exige-se *capacidade de agente, manifestação da vontade, objeto lícito e possível*, bem como *forma prescrita ou não proibida por lei*. Paralelamente, visto ser o *ato administrativo* modalidade especial do *ato jurídico*, praticado em certas condições inerentes ao direito administrativo, é evidente que deve reunir em si não apenas as notas características dos atos jurídicos (*capacidade das partes, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não defesa em lei*), como também conotações particulares, típicas do direito público, que determinam a diferença específica entre os dois tipos de atos, ou seja, além dos traços gerais e comuns apontados, existem normas peculiares, principalmente aquelas relativas à competência da autoridade e também formalidades especiais necessárias à validade e existência do ato administrativo. Os elementos peculiares são aqueles que decorrem da organização administrativa, especialmente de natureza extrínseca e formal, bem como da colaboração de órgãos de controle e fiscalização, sem cuja intervenção não se podem completar certos atos, principalmente aqueles de natureza bilateral ou que importem em obrigações pecuniárias para o Estado. Não é uniforme a doutrina a respeito dos requisitos do ato administrativo, divergindo os tratadistas da enumeração das condições exigidas para a sua legitimidade. Enfim, não é para se desprezar, no ato administrativo, a presença de pelo menos cinco elementos: *a manifestação da vontade*, impulso gerador que emana de órgão da administração provido de competência legal; *o motivo*, ou a razão do ato, que não é livre como no

Cretella Júnior²⁹ também tratou do elemento motivo e segundo ele, “de entendimento simples, na aparência, o vocábulo motivo tem suscitado discussões no terreno da filosofia e do direito”. Motivo pode ser entendido como o impulso gerador de uma ação voluntária. “Motivos são elementos lógicos da formação da vontade ou, em outras palavras, centros motrizes da vontade. Excitando a própria vontade, impulsionam-na a editar o ato, que por eles precisamente vem colorido.”

Motivação é a razão de ser do ato que impulsiona o agente ou órgão administrativo a tomar uma decisão de acordo com os elementos fáticos reais e concretos que permite o direcionamento e a materialização de uma ação. O motivo é o suporte fático da decisão, seu fundamento e apoio e, não havendo motivo, não existe o ato administrativo.

O exame acurado dos fatos é mister para a solução de um procedimento administrativo, pois o motivo do ato administrativo, a matéria de fato, poderá ser o alvo para a análise ulterior da decisão tomada e eventual razão para a sua revisão e invalidação judicial.³⁰ A materialidade da transgressão, que não se confunde com a ponderação ou valoração dos motivos, é elemento concreto que merece apreciação. “Inexistindo o motivo, ou dele extraindo o administrador ilações que se choquem com o princípio de direito aplicado, o ato administrativo será nulo.”³¹ Quando um ato administrativo está alicerçado em fatos não ocorridos ou, ainda que ocorrido, as circunstâncias que deveriam lastreá-lo apontam para uma solução diferente, seja pelo contexto de inverdades que o cercam, seja pela presença de excludentes, seja pela existência de provas que contradizem a acusação, permitindo a verificação da inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deixa de subsistir o ato que neles se fundava. Não teria sido praticado o ato não fosse a convicção de que uma determinada situação de fato impunha ou legitimava a sua prática. Do contrário, configurar-se-ia verdadeiro *desvio de poder* pressuposto por um vício de causa ou desvio da função típica

campo das relações privadas, mas tem de ser estritamente legal, assentando sempre no interesse público; o *objeto*, que reside na modificação que, através do ato, se traga à ordem jurídica; a *finalidade*, que é o resultado prático que se procura alcançar como aquela modificação da ordem jurídica; a *forma*, meio pelo qual se exterioriza. Além de *agente* capaz, *objeto* lícito e possível, *forma* prescrita ou não defesa em lei, enumeram ainda os tratadistas, entre os elementos do ato administrativo, a *causa*, o *fim*, o *mérito*, o *motivo*, o *conteúdo*.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 177-178, grifo do autor).

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 195.

³⁰ “Poder discricionário não se pode confundir com juízo insindicação do fato: pode haver aquele e não este, ou reciprocamente, e ainda não haver nem um nem outro. O ato administrativo pode ser *ilegal*, quer por haver violado a lei como norma abstrata, quer por havê-la aplicado a um fato que não existe.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 162, grifo do autor).

³¹ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 196.

do ato, que deve ser compreendido como a finalidade na qual o ato deveria ter sido inspirado segundo a Constituição e os motivos que impulsionaram a autoridade administrativa.

O exame das circunstâncias do fato concreto deve preceder a edição do ato, criando o motivo ensejador de sua existência e subsidiando o pronunciamento da autoridade administrativa. Não se confunde com a finalidade, que pode ser entendido como o objetivo ou resultado a ser alcançado com a sua edição, mas a causa que conduziu a tal resultado. A “[...] expressão motivo é tomada no sentido e fato determinante, antecedentes materiais, suporte do ato, que condicionam a vontade manifestada pela administração.”³²

O princípio da motivação dos atos administrativos é uma tendência dos países democráticos. Motivar o ato é atribuir-lhe um motivo. A motivação, por sua vez, é a justificativa, as razões de sua realização. Em direito, ato motivado é aquele cuja parte dispositiva é precedida de exposição de razões ou fundamentos que justificam a decisão, quanto aos efeitos jurídicos. Diferentemente dos provimentos jurisdicionais, no qual a fundamentação é regra, no pronunciamento administrativo de modo geral fica dispensada a justificativa, com amparo na conveniência e oportunidade e na discricionariedade do ato administrativo. Exceção feita quando a norma legal determine ou exija tal justificativa, como é o caso dos atos administrativos sancionatórios, ou mais precisamente, atos disciplinares.

Cretella Júnior³³ discorre que não há fórmula rígida condicionante da motivação. Contudo, em primeiro lugar é imprescindível que os motivos sejam expostos de maneira inequívoca e precisa, sendo inaceitáveis meras e simples divagações que os referenciem. Seja a exposição também clara para facilitar a sua interpretação, evitando-se expressões genéricas como *melhor serviço*, *fins maiores*, *interesse da coletividade*, *conveniência geral*, pois são imprestáveis para motivar o ato, configurando mera logomaquia. É necessário sobretudo que uma efetiva relação de causa e consequência se estabeleça entre o fato e o direito. Haverá casos em que os motivos estarão claramente previstos e subsumidos na norma aplicada, como, por exemplo, no caso de aposentadoria compulsória que justifica o afastamento e que consta do enunciado geral do ato. Essa situação, contudo, não é regra. Na maioria das vezes é necessário que a autoridade administrativa se pronuncie sem embasamento em motivo e sua consequente razão jurídica de proceder, sem prejuízo de aclarar, na sua motivação, a convicção que condicionou a edição do ato. Mediante a motivação, que reúne os elementos de fato e de direito determinantes da ação do Estado, fica justificada a concretização do ato administrativo. Com efeito, não se concebe que da parte de pessoa razoável emane ato desvinculado a motivo e, no

³² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 196.

³³ *Ibid.*, p. 197.

campo do direito público, tal princípio lógico se aplica com muito maior rigor, ao passo que o interesse de ordem pública não comporta ato administrativo sem motivo, ressalvadas raras exceções, quando o interesse de ordem pública está em jogo, como, por exemplo, assuntos de segurança nacional, quando a administração poderá deixar de motivá-lo.

A motivação, porém, enquanto exposição dos motivos determinantes de um ato encontra exceção quanto a providências de Estado de cunho sigiloso ou secreto, na órbita internacional militar ou mesmo civil.

É oportuno distinguir os aspectos substancial e formal da motivação. Substancialmente não se pode conceber que uma manifestação de vontade seja desmotivada, ou seja, não tenha qualquer relação lógica com as razões conducentes de uma conduta omissiva ou comissiva. No prisma formal, ao contrário do motivo – que nunca pode faltar – a motivação nem sempre estará presente no ato, como é o caso de um ato realizado de forma tácita, ou mesmo quando for expresso e por escrito não for obrigatória a motivação. Neste caso a falta de motivação não invalida o ato. Nos casos em que a motivação é obrigatória, considera-se causa de invalidez do ato a falta, a insuficiência, obscuridade, incerteza ou contradição nos motivos, como ocorre, por exemplo, na inexistência material de motivos nos casos de aplicação de sanções disciplinares, quando os atos apontados como faltas cometidas pelo funcionário na realidade não existiram, pelo que se demonstra através da argumentação jurídica.

Por outro lado, não há que se falar em vício de motivação, por exemplo, nos atos administrativos quando precedidos de parecer fundamentado de órgão consultivo; nos atos discricionários em que a lei faculta à autoridade administrativa a apreciação da oportunidade e da conveniência, tal como promoção de funcionário por merecimento, quando o administrador público promove o agente por critérios subjetivos apreciando os motivos determinantes da promoção por seu livre arbítrio; indicação, para efeito de promoção, de nome integrante de lista tríplice, em que a autoridade está dispensada de externar os motivos da escolha; e atos de ofício, como, por exemplo, aposentadoria compulsória, embora haja um motivo concreto – implemento de idade – que por si só justifica o ato. Bandeira de Mello, ao tratar do Princípio da Motivação, diz que a Administração é obrigada a expor os fundamentos da aplicação da sanção, devendo apontar não só o dispositivo normativo violado pelo acusado, mas também, a subsunção do comportamento deste à norma, bem como justificar a sua decisão dentro de uma escala de gradação de sanções cabíveis, quando houver. Ou seja, para tudo deverá existir um motivo e este deverá sempre ser justificado motivadamente.

Integram o motivo as razões que inspiram o ato. “Tais motivos ou fundamentos não são livres como ocorre nos negócios do direito privado. No direito administrativo, o motivo é

fundamental. É a razão jurídica do procedimento da administração.”³⁴ O motivo apontado pela autoridade administrativa deve ser legal, configurando, conduta antijurídica, e legítimo, com a presença da autoria e materialidade da conduta. Ainda que seja uma infração de mera conduta, que ela seja concretamente provada. Tudo alicerçado sempre no interesse público.

Quando um administrado age ou deixa de agir contrariando expressa disposição legal, configurando uma situação que justifica a edição de ato administrativo, Cretella Júnior considera que ele foi alicerçado em *motivo perfeito*, inquestionável, insuscetível de revisão, quer em via administrativa, quer perante o poder judiciário.

Se o ato administrativo é fundamentado em fato inexistente, em fato existente, mas em proporção insuficiente para justificar a medida, em fato existente praticado por outrem, em fato existente, mas cercado de circunstâncias especiais, em fato existente, conflitante com dispositivo legal, dizemos que o ato se alicerçou em motivo viciado ou motivo imperfeito, suscetível de revisão.³⁵

Por fim, lembra Themistocles Cavalcanti que é preciso, antes de tudo, não confundir o exame de *mérito*, ou seja, a reserva da conveniência e oportunidade da Administração na elaboração do ato, com a *motivação*, pois esta é a verificação e exposição dos motivos reais. “Neste caso, a motivação poder-se-ia confundir com o conteúdo legal e jurídico do ato, com a existência real e efetiva dos motivos invocados.”³⁶

Se o motivo invocado no exercício da faculdade discricionária não existe, é admissível a tutela jurisdicional. A falta de motivo concreto legitima o controle judicial de legalidade, pois o exercício de um direito, no caso o direito potestativo ou faculdade disciplinar do Estado na consecução de sua atividade administrativa, objeto do presente estudo, não é ilimitado. Pelo contrário, sofre limitações decorrentes do princípio da legalidade que impõe restrições ao Poder do Estado em face dos direitos individuais dos cidadãos. Por essa razão, o exercício de sua prerrogativa disciplinar só se justifica e se legitima por motivos reais de interesse público.

³⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 205.

³⁵ *Ibid.*, p. 298.

³⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1955. v. 1. p. 213.

3.2 A Argumentação Jurídica como Atribuição de Critérios para uma Decisão Justa

3.2.1 Noções Introdutórias

A Argumentação Jurídica pode ser adotada nos atos administrativos disciplinares e contribuir para a solução desses conflitos através da observância de critérios de discurso racional na fundamentação de tais atos para que se alcance uma decisão justa.

A linguagem é predominantemente escrita, mas não exclusiva, inclusive no Direito. Além da escrita, há outras formas de linguagem, também no mundo jurídico, como a sonora e gestual, por exemplo. Como linguagem sonora pode-se citar a sirene dos veículos oficiais, viaturas da polícia, ambulâncias, bombeiros, os quais, ao serem acionados, emitem a mensagem de que necessitam de passagem na via em razão de uma emergência. Outra linguagem utilizada também é a gestual, quando um policial, por exemplo, expressa que o condutor deve parar o veículo. Há também a linguagem estabelecida por meio luminoso, muito utilizada, nos primórdios, pela navegação, quando uma embarcação estabelecia comunicação com a outra por meio de códigos luminosos.

Dimitri Dimoulis³⁷ dissertou que a comunicação humana é feita por meio de signos: algo que significa alguma coisa para alguém (palavra, grito, sinal de mão, gestos). O significado dos signos depende, por sua vez, do contexto. O meio para manifestar significados é o discurso: combinação de elementos que fazem parte de um sistema de signos. Esse sistema deve ser seguido pelo locutor para fazer-se entender. O entendimento por sua vez não depende exclusivamente da comunicação do locutor, mas também dos ouvintes, que são os verdadeiros intérpretes do discurso. Continua, ao tratar da linguística, que existem três abordagens da linguagem: *sintática* (relação entre os signos para que adquiram um sentido); *semântica* (significado particular de cada um dos signos); e *pragmática* (estuda as condições nas quais uma expressão pode ser utilizada de forma adequada, assim como as circunstâncias reais que dão sentido ao discurso. O autor também adota quatro métodos³⁸ de interpretação da norma jurídica,

³⁷DIMOULIS, Dimitri; **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.p. 162-163.

³⁸ “Método é o caminho que o espírito humano percorre para atingir o objeto. É o conjunto de regras que disciplinam a razão, orientando-a para o conhecimento da verdade. Contrapõe-se o procedimento metódico ao casual porque conduz o sujeito cognoscente ao objetivo visado, evitando-se desse modo a tentativa assistemática, o caminho inadequado, que acarreta inútil perda de tempo e afastamento progressivo da verdade, podendo ser o método comparado a um mapa preciso que indica a verdadeira rota, sem divagações, levando dentro de pouco à identificação dos termos do binômio sujeito-objeto, ao contrário da indefinida informação oral, dada por um leigo, que apenas por coincidência guiará o caminhante ao ponto exato que pretende alcançar. Cada ciência pesquisa as características de um determinado tipo de objeto (aspecto formal), havendo muitas ciências que consideram o mesmo objeto (objeto material), sendo o primeiro aspecto – o formal – que torna diferente uma ciência da outra. Cabe à metodologia investigar e descobrir qual dentre os vários processos

os quais atribui à obra de Savigny: *interpretação gramatical*, pelo qual se busca o significado das palavras do legislador; *interpretação sistemática*, que objetiva integrar e harmonizar as normas jurídicas como elementos de um sistema; *interpretação histórica*, que visa resgatar a configuração e os valores da sociedade na qual o legislador estava inserido quando elaborou a norma; e *interpretação teleológica*, que busca a finalidade social da norma.³⁹

Na interpretação jurídica a abordagem de maior ênfase é a semântica (interpretar o significado das normas jurídicas), mas para se chegar à adequada compreensão é necessário também abordar os aspectos sintático e pragmático. Tudo isso compõe o discurso, ou texto, que é uma combinação de elementos que fazem parte de um sistema de signos, no qual o locutor deve seguir regras de um sistema de comunicação pré-determinado para fazer-se entender. Tais regras indicam como e onde pode ser utilizada determinada palavra e quais relações lógicas devem ser mantidas com as demais para que o seu sentido seja claro. Assim, quanto maior for a cautela do locutor na escolha das expressões que compõem o seu discurso, maior será a chance de transmitir de forma clara as suas intenções.

Porém, este não é o único fator capaz de influenciar na comunicação. Mal-entendidos também podem ocorrer, não raras às vezes, pela falta de cultura do ouvinte, que o torna incapaz de compreender a estrutura de uma frase ou de conhecer o sentido exato dos elementos empregados no discurso, ou ainda por erro decorrente de falha na comunicação - ter escutado mal, por exemplo. Tudo isso são fatores que impedem o ouvinte de interpretar adequadamente o discurso. Os preconceitos e as ideologias são outros fatores que interferem na interpretação de uma mensagem e não podem ser olvidados.⁴⁰

racionais é peculiar a uma dada ciência. Metodologia é a ciência que descobre o método com que cada ciência deve trabalhar para atingir seu objeto. É a ciência da seleção do método adequado.” (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 114)

³⁹ Tércio Sampaio, de modo um pouco diverso, denomina a interpretação "gramatical", "lógica"(conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto) e "sistemática" como métodos hermenêuticos; e, como tipos de interpretação, elenca "especificadora", "restritiva" e "extensiva". (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 289 et seq.).

⁴⁰ A própria tradução do termo *Direito* foi buscada por Kelsen na linguagem: “Uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto. Para alcançar uma definição do Direito, é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem, quer dizer, determinar o significado que tem a palavra *Recht* (Direito) na língua alemã e as suas equivalentes nas outras línguas (*law, droit, diritto, etc.*). É lícito verificar se os fenômenos sociais que com esta palavra são designados apresentam características comuns através das quais possam ser distinguidos de outros fenômenos semelhantes, e se estas características são suficientemente significativas para servirem de elementos de um conceito do conhecimento científico sobre a sociedade. Desta indagação poderia perfeitamente resultar que, com a palavra *Recht* (“Direito”) e as suas equivalentes de outras línguas, se designassem objetos tão diferentes que não pudessem ser abrangidos por qualquer conceito comum. Tal não se verifica, no entanto, com o uso desta palavra e das suas equivalentes. Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como "Direito", resulta logo que todos eles se apresentam com ordens de conduta humana. Uma "ordem" é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 33).

Para Kelsen⁴¹ a norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. Mas também na visualização que o apresenta como um acontecer natural apenas se exprime uma determinada interpretação, diferente da interpretação normativa: a interpretação causal. A interpretação meramente literal de uma regra positivada pode conduzir a equívocos pela limitação que será imposta na compreensão de seu alcance. Por isso, deve-se fazer a exegese da regra para extrair o seu teor jurídico, empregando-se a hermenêutica, para que a interpretação possa por exprimir o real significado dos valores balizadores da norma. A norma jurídica, com sua força vinculante e persuasiva, não pode ser explicada simplesmente pelo encadeamento lógico das palavras, mas em consonância com a experiência de vida e os valores estatuídos por uma sociedade, balizadores do ordenamento jurídico.

Esses referenciais sobrealçam a importância do legislador constituinte em utilizar termos linguísticos adequados na elaboração dos preceitos da Constituição Federal, ao passo que, quanto mais aberto for um conceito utilizado no texto, maior será a tarefa de interpretar, como por exemplo, conceito de vida, paz, igualdade, etc. As possibilidades de interpretação são imensuráveis, pois depende do nível cultural de cada ouvinte, ou receptor da mensagem. Logo, o emprego de conceitos abertos tornam imprevisíveis as interpretações.

Feitos esses apontamentos sobre a linguagem e a interpretação da norma, é oportuno trazer à discussão também alguns aspectos da teoria da argumentação jurídica, forjada e concluída por Robert Alexy no ano de 1978. Nesse período, a sociedade europeia, pós-guerra, estava configurada pelo antropocentrismo, pela economia capitalista, pela exploração massiva da natureza - submissão da natureza ao homem -, pela prevalência de interesses individuais em detrimento do social, pelo liberalismo e pelo valor da informação, como sinônimo de poder. Não se pode deixar de destacar, contudo, que a realidade da sociedade alemã, onde o Alexy está inserido (organização social, economia, educação) tanto naquela época, como atualmente, é totalmente diferente da realidade brasileira, o que dificulta um pouco a implantação dessa teoria às decisões proferidas no Brasil. Assim a mesmo nível de linguagem não pode ser exigido dos brasileiros, pois não haveria a compreensão do argumento.⁴²

⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 4.

⁴² Cláudia Toledo apresentou feliz justificativa para o emprego da teoria da argumentação, mesmo em países subdesenvolvidos, onde as desigualdades sociais e culturais são mais marcantes: “Embora alguns critiquem a *utilidade* do estudo de uma *teoria da argumentação jurídica* em países *periféricos*, que ainda caminham para tornar-se “verdadeiros” Estado Democráticos de Direito em virtude especialmente de suas desigualdades sociais, é pela *observância de critérios e objetivação de metas* que podem tais Estados se pautar para a

Além disso, as técnicas de solução de conflitos adotadas pelos julgadores brasileiros, sempre voltadas ao cumprimento de metas, como meio de eficiência, resultam em absurdos em todos os ramos do direito, inclusive nas esferas penal e administrativa, tendo como exemplo as decisões proferidas nos crimes de menor potencial ofensivo, principalmente quando o juiz deixa de ponderar os princípios com o valor da dignidade da pessoa humana fundante da Constituição Federal, ou quando um administrador público aplica pena demasiadamente severa a um servidor, de maneira totalmente arbitrária, mas acobertada por uma pseudo discricionariedade. Assim, no Direito brasileiro, não se trabalha com discurso racional (teoria da argumentação). Pelo contrário, ignora-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação de penalidade administrativa, o qual remete os litigantes à revisão judicial.

Qualquer sanção, seja penal, judicial, administrativa ou civil, só terá fundamento adequado quando for coerente e estiver em consonância com o discurso racional firmado com base nos valores estatuídos pelo Estado. E esses aspectos são diferentes em cada país.

Sobre isso, Tércio Sampaio Ferraz Júnior explica que

A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela ao entendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas com-provado. Essa comprovação não significa necessariamente consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser apesar do desacordo, um discurso fundamentalmente (racional).⁴³

O crítico mais expoente da teoria de Alexy, foi o americano Ronald Dworkin, falecido em fevereiro do ano 2013. As teorias positivistas concebiam o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, cuja compreensão seria independente da política e da moral, onde a noção de segurança jurídica era mais importante do que a ideia de justiça. O modelo interpretativo proposto por Dworkin é uma crítica ao modelo interpretativo defendido pelo positivismo. Segundo Dworkin o modelo distingue entre direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações e videntes das leis e das decisões passadas das

consecução dos *ideais* de *institucionalização* da *democracia*, em seus procedimentos argumentativos em qualquer instância, desde a intersubjetiva particular quanto a *pública*, realizada nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A busca de um *interesse comum* (ou majoritário) de *correção* nas ações judiciais, normas e instituições etc. caracteriza, fundamenta a *validade das regras do discurso* no estabelecimento de um *Estado* em que se tente fazer prevalecer o *Direito*. Ao mesmo tempo, é cumprindo-se sempre mais as regras da argumentação jurídica que mais se *possibilitam* as chances de *consenso fundados* que democraticamente consolidam o Estado". (TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1).

⁴³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 337.

cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos princípios da moralidade política, tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo. Ainda de acordo com a teoria Dworkin, haverá, em cada caso, uma única norma adequada à suas especificidades e aos interesses em jogo. Cabe ao juiz então descobrir qual é essa norma. É a ideia da “única resposta correta” de Dworkin. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica pode ser considerada o exercício de interpretação construtiva de uma prática social.

Alexy e Dworkin convergem ao tratarem da distinção entre regras e princípios, a qual seria inerente à própria estrutura das normas jurídicas. As regras seriam normas cogentes e determinantes de conduta, imperativos definitivos, ao passo que os princípios seriam comandos de otimização para aplicação do ordenamento constitucional, apontando os fins a serem atingidos.⁴⁴

Pode-se então, com segurança, distinguir valor, princípio e regra. O primeiro tem natureza axiológica, fundamenta a norma. O princípio orienta a aplicação da norma, com natureza teleológica, e a última normatiza, determina regras de conduta. Esta possui natureza dogmática. As regras submetem-se à técnica da subsunção e os princípios à técnica da ponderação. As regras, por conterem em si todas as suas situações de aplicação, não requerem interpretação, sendo suficiente a sua subsunção ao fato, tratando o direito como um dado a priori, pronto e acabado, ou seja, como um fato. Já a aplicação dos princípios deve dar-se mediante o método da ponderação proporcional de valores, que se encontram escalonados hierarquicamente. Assim, para Alexy, a aplicação da norma jurídica deve contemplar, simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, graduando-o, proporcionalmente, conforme um escala de importância.

A teoria Dworkin prescreve que haverá, em cada caso, uma única norma adequada à suas especificidades e aos interesses em jogo, cabendo ao juiz então descobrir qual é essa norma. Alexy, ao fazer a leitura dessa teoria de Dworkin, entendeu que ela requereria um consenso sobre o que seria o correto, ou seja, qual seria a norma correta a ser aplicada. A ideia de única decisão correta de Dworkin remete aos princípios jurídicos, presentes em determinada comunidade em dado momento. E é exatamente em função dessa dimensão pragmática dos princípios que não se atribui a eles uma natureza metafísica, mas claramente social e histórica. Eis aí os elementos filosóficos, históricos, políticos e psicológicos que

⁴⁴ Humberto Ávila soma a tais institutos normativos a categoria dos *postulados normativos*, que subdivide em "hermenêuticos" e "aplicativos". Resumidamente, constituem a implementação de algumas condições para interpretação do Direito, solucionando questões que surgem na aplicação deste. O hermenêutico voltado à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico e o aplicativo aplicado à compreensão concreta. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 113).

reforçam essa leitura dos princípios estatuídos na Constituição do Estado. As regras, por mais que pretendam ser completas, nunca serão capazes de prever suas condições de aplicação, pois a cada instante surgem situações concretas de aplicação que jamais poderiam ser previstas por qualquer legislador, pois a realidade é viva e requerer a todo instante um novo olhar e uma nova compreensão.

Em resumo, pode-se dizer que Alexy faz uma leitura axiológica (valorativa) do ordenamento jurídico enquanto Dworkin faz uma leitura deontológica (conjunto de deveres) desse mesmo ordenamento jurídico. O primeiro concebe os princípios como valores e defende que a solução de eventuais conflitos entre eles deve ser feito mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, com uso de ponderação de bens. Já Dworkin entende que o conflito aparente entre princípios é um conflito entre normas jurídicas e, como tal, deve ser resolvido mediante o reconhecimento do caráter deontológico dos princípios, tendo em vista o caso concreto e considerando o direito em sua integridade.

3.2.2 Critérios Argumentativos para uma Decisão Justa na Teoria de Robert Alexy

A questão primordial para atribuir um caráter científico ao Direito é discutir a validade de uma fundamentação racional para o discurso, ou argumento, jurídico, que pode ser considerado imprescindível para a consolidação do Estado Democrático de Direito, pois, tanto decisões políticas, como jurídicas, neste formato de Estado, expressam os interesses do povo, na medida em que a formação de um juízo comum, ou pelo menos, consensual, obtido pela ponderação dos interesses, mas sem excluí-los, através da argumentação ou fundamentação adequada, culmina em um resultado aceitável. Essa racionalidade, nas ciências da natureza, apresenta-se sob a forma da *verdade* de suas proposições e, no Direito, como *correção* de suas assertivas. Esta correção deve estar presente tanto na *teoria* quanto na *prática* jurídica, pois ambas, carecem da demonstração racional de suas afirmações.⁴⁵

A implicação disso é que essa correção, ou a verdade no Direito, é uma produção cultural humana e, por isso, a correção adotada em um dado momento pode ser negada ou superada posteriormente, com a construção de *nova verdade*, atribuindo-lhe, portanto, um caráter provisório, que remete a conclusão de que a verdade é historicamente construída, ou seja, é produção cultural contextualizada temporalmente. A impossibilidade de existir um único resultado *correto*, como se viu, já que toda verdade no mundo jurídico é provisória e

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 211 et seq.

pode ser modificada por fatores históricos, culturais e políticos, sobreleva a importância da fundamentação nas decisões jurídicas, pois permite, senão chegar à verdade absoluta, pelo menos excluir argumentos irracionais do discurso (contrários às regras vigentes), mantendo-se apenas o discurso lógico e possível, mesmo com a possibilidade de mais de um resultado, viabilizando a aproximação de um resultado ideal.

Não se pretende investigar aqui as inúmeras propostas de critérios desenvolvidas pelo autor, haja vista a sua complexidade e implicações que exigiriam um estudo específico e exclusivo para, ao menos, tentar esgotar o assunto, inviabilizando assim o recorte metodológico dessa dissertação. A abordagem ficará limitada aos critérios de justificação interna e externa, pois são suficientes para demonstrar o emprego da argumentação jurídica nas sanções disciplinares.

Alexy inicia a tarefa de desenvolver uma teoria da argumentação jurídica apresentando as regras do discurso. “As regras do discurso prático racional podem considerar-se como normas para a fundamentação de normas”⁴⁶, pelas quais se propõe alcançar a racionalidade por meio de quatro vias:

A fundamentação técnica que considera as regras do discurso como regras técnicas e, por isso, prescrevem os meios para determinados fins. Alexy aponta duas objeções: a obrigatoriedade de fundamentar a finalidade do discurso, o que gera o problema de que é improvável um fim que justifique todas as regras. A segunda, que uma finalidade capaz de fundamentar todas as regras seria tão geral e amplo que estas regras se tornariam incompatíveis entre si. Dá como exemplo fins como felicidade ou dignidade humana.

A fundamentação empírica consistente em mostrar as regras que regem de fato e são suficientes para os resultados singulares produzidos e correspondem às convicções realmente existentes. O seu obstáculo está em considerar que será regida por uma norma de fato, ou em convicções, baseada unicamente na experiência, na prática, que pode apresentar contradições entre os hábitos (práxis) e as normas de fato, já que não são positivadas. Dessa maneira, “[...] pode-se levar o interlocutor de um processo de justificação a abandonar determinadas regras ou determinadas convicções para sustentar outras, contrapostas àquelas, mas que lhe pareçam mais importantes”⁴⁷, sobrelevando a importância de se analisar a práxis existentes e começar a partir dela.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 180.

⁴⁷ Ibid., p. 183.

A fundamentação definitória consiste em apresentar o sistema de regras hipotético ou fático que será empregado e que a experiência prática definida por este sistema de regras seja a motivação para a decisão de aceitar a fundamentação.

A fundamentação pragmático-transcendental ou pragmático-universal que propõe a “[...] reconstrução de pressupostos gerais e iniludíveis de possíveis processos de comunicação”⁴⁸, ou seja, a comunicação linguística é a condição de validade das regras discursivas.

Na sequência, Alexy estabeleceu alguns parâmetros para que o discurso seja racionalmente fundamentado, inobstante os incontáveis argumentos que podem ser lançados nele. Ele trata então das regras fundamentais do *discurso prático racional geral*: 1) o interlocutor não pode contradizer-se; 2) o interlocutor deve afirmar apenas o que acredita; 3) o interlocutor deve utilizar o mesmo predicado para determinar objetos iguais; 4) diferentes interlocutores não podem usar a mesma expressão com significados diversos; 5) o interlocutor deve fundamentar seu discurso quando lhe for solicitado, ou apresente razões que justifiquem negar a fundamentação; e 6) possibilidade de qualquer pessoa tomar parte no discurso.

A diferença entre o discurso prático geral e o discurso jurídico está no fato de este estar vinculado ao ordenamento jurídico vigente, abrangendo todas as normas, pois o Direito tratado pelo citado autor não é apenas o positivo, mas o objetivo, ou seja, totalidade de normas passíveis de integração com o sistema jurídico instituído, como fonte do direito.

A pretensão de correção que se coloca nos discursos jurídicos se distingue claramente da do discurso prático geral. Não se pretende que o enunciado jurídico normativo firmado, proposto ou ditado como sentença seja só racional, mas também que no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado. Isso se refere exatamente ao que deve ser esclarecido no âmbito de uma teoria do discurso jurídico. [...] No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível afirmar algo e depois negar a fundamentá-lo, sem indicar as razões para isso.⁴⁹

No discurso jurídico, além das regras práticas gerais, existem parâmetros que lhe são próprios, específicos, são as denominadas *formas e regras de justificação interna* e de *justificação externa*.

As regras de justificação interna prestam-se à verificação da lógica do discurso diante das assertivas expostas na sua fundamentação, possibilitando sua aplicação ao caso concreto com o maior consenso possível. Para isso, emprega-se o clássico modelo do "silogismo jurídico", subsumindo-se um fato a norma por meio de premissas, mas com o

⁴⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 184.

⁴⁹ Ibid., p. 212.

incremento da lógica do discurso à tradicional lógica deôntica, a qual, embora formal, integra o fundamento da argumentação apresentada no discurso.

Na justificação externa é averiguada a correção das próprias premissas mediante a aplicação das regras i) da argumentação prática geral, que constituem basicamente as regras do discurso prático geral; ii) da argumentação empírica, que consiste na aferição do que se deve considerar como o fato segundo a experiência do interlocutor (discurso teórico); iii) da interpretação, com grande contribuição da hermenêutica jurídica, além de outras espécies de interpretação (gramatical, autêntica, teleológica, histórica, sistemática); iv) da argumentação dogmática, com a descrição do direito vigente; v) do uso dos precedentes, demonstrando a relevância fática de que todos estão sendo tratados igualmente e formando um consenso geral; e vi) dos argumentos jurídicos especiais da analogia. O modelo de justificação interna e externa do discurso jurídico é capaz de tornar a decisão mais consistente e de potencializar o controle da legalidade e da legitimidade dos atos Estatais, sejam jurisdicionais ou administrativos.

Alexy afirma que a procedimentalidade da teoria da argumentação jurídica é vinculada aos limites de um modelo procedimental de quatro graus – a saber: o *discurso prático geral*, o *procedimento legislativo*; o *discurso jurídico* e o *procedimento judicial* – inserido no ordenamento jurídico posto e que, por isso, deve obedecer aos fundamentos, valores e princípios que o norteiam. O conhecimento dessas regras, pelos agentes públicos, torna obrigatória sua aplicação, pois contribuem para a legitimidade do ato e para a retidão do poder público em suas três esferas.

O Brasil, como é sabido, foi constituído sob a forma de Estado Democrático de Direito e tem como valor fundamental a dignidade da pessoa humana, que é concretizada em princípios, mormente o da legalidade, que tem a função de restringir a atuação Estatal. Sobre os preceitos constitucionais, Alexy menciona que há uma dogmática jurídica institucionalizada, limitadora da atuação do julgador, mas que também orienta na formulação dos parâmetros para uma argumentação jurídica racional, vinculando as regras do discurso:

O juiz não está, portanto, *constrangido pela Lei Fundamental a aplicar ao caso concreto as indicações do legislador dentro dos limites do sentido literal possível*. A tarefa da aplicação do Direito pode exigir em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão

judicial preenche então essa lacuna segundo os critérios da razão prática e as 'concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade'.⁵⁰

O autor acrescenta que a *razão* deve ser valorada segundo o ponto de vista do interesse geral ou, no caso de interesses conflitantes, segundo o interesse fundamental, em nosso país a dignidade da pessoa humana.

3.2.3 Os Critérios de Argumentação Jurídica Aplicáveis à Sanção Disciplinar

Norberto Bobbio⁵¹ caracteriza a norma – a investigação jurídica, em suas palavras – a partir de três critérios distintos: *validade, eficácia e justiça*, que são objeto de estudo de três disciplinas distintas. Dissertou que o estabelecimento de uma teoria da norma jurídica dependia da submissão da norma jurídica a três valorações distintas e independentes: "De fato, frente a qualquer norma jurídica podemos colocar uma tríplice ordem de problemas: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica." Ele destaca que "[...] o problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos, ou fins, que inspiram um determinado ordenamento jurídico." Esclarece que todo o ordenamento jurídico persegue certos fins que representam os valores instituídos pela coletividade e, por isso, dizer que uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores pré-estabelecidos.

O debate sobre a validade da norma corresponde à discussão de sua existência, ou seja, se ela cumpre certos requisitos formais (extrínsecos) para integrar o ordenamento jurídico. Enquanto a análise da justiça corresponde ao mérito (intrínseco), ao juízo de valor da norma e é feita pela confrontação de seu conteúdo àqueles valores sociais. Isso é apurado em três operações: a) se emanou de autoridade competente e legítima e não foi revogada por outra norma hierarquicamente superior ou posterior (validade); b) se atende aos fins propostos (eficácia); e c) se não é incompatível com os valores que alicerçam o ordenamento jurídico vigente. Essa operação também pode ser aplicável na verificação da validade e justiça das sanções impostas pelo Estado, seja na decisão de um magistrado, seja na edição de um ato administrativo sancionador, pois estes devem ser emanados de autoridade competente para serem considerados válidos; devem atender aos fins almejados para serem eficazes; e devem

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 39-40. (grifo do autor).

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 47-48.

ser compatíveis com os valores que norteiam o ordenamento jurídico vigente, de modo que uma sanção pode ser válida, mas injusta; ou pode ser justa sem ser válida. Em ambos os casos fica sujeita a revisão.

Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para o positivismo jurídico, basta uma norma ser válida para ser justa. Para os primeiros a justiça é a confirmação da validade, para os últimos a validade é a confirmação da justiça. Todavia, mesmo entre os positivistas é reconhecido o poder discricionário do julgador para buscar a melhor solução dentro das possibilidades existente no ordenamento jurídico, ou seja, no direito positivado. Portanto, além de válida – cumprimento de requisitos formais – a decisão (punitiva ou absolutória) deve ser justa – cumprimento de requisito material – ou seja, respeitar os valores e ideais balizadores da ordem social. Tudo isso só é alcançado, vale repisar, por meio do discurso racional, com uma fundamentação lógica, clara e objetiva.

Cesare Beccaria descreveu que a pena teve origem quando os homens se organizaram em sociedade e sacrificaram parte de sua liberdade em favor de um bem comum. Por isso a Constituição estabelece desde já os direitos e os deveres de cada um, de acordo com a sua posição⁵² na sociedade. Tais direitos e deveres, em contrapartida da quota de liberdade cedida, também são estabelecidos ao Estado, para evitar abusos e arbitrariedades contra o administrado.⁵³

Desse modo, é de fundamental importância distinguir com cuidado os efeitos dessas convenções, isto é, dos pactos expressos ou tácitos que os homens fizeram entre eles, pois nisso é que deve residir o exercício legítimo da força, em tais relações entre homem e homem, que não requerem a missão especial do Ser Supremo⁵⁴. Nessa celeuma, Beccaria já estabelecia um parâmetro de justiça para uma decisão sancionatória. Ele trata de magistrado, mas pode ser perfeitamente aplicável ao Administrador Público.

⁵² Quando se menciona *posição na sociedade* não se quer referir a status social, econômico ou de qualquer outra natureza. Refere-se apenas ao ocupante de cargo público com o poder de decisão.

⁵³ “Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando ao bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens. [...] A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado soberano do povo. Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em seu antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 18).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 13.

A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

Ora, o magistrado, que é a parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.⁵⁵

A falta de provas para fundamentar e demonstrar a racionalidade da argumentação⁵⁶ torna o discurso frágil e questionável. No processo administrativo, por vezes, toda a celeuma está assentada apenas em uma única prova ou indício, o que pode comprometer a justiça da decisão do ponto de vista da fundamentação e da argumentação jurídica. Ao tratar do assunto, Beccaria asseverou que

Quando as provas de um fato não se apoiam todas entre si, isto é, quando os indícios de um crime não se mantêm senão apoiados uns nos outros, quando a força de inúmeras provas dependem de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai na probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, se destruí a única prova que parece certa, derrocaís todas as demais.

Quando, porém, as provas independem umas das outras, isto é, quando cada indício pode ser provado separadamente, quanto mais numerosos forem esses indícios, tanto mais provável será o delito porque a falsidade de uma prova em nada influi sobre a certeza das restantes.⁵⁷

Beccaria conclui a sua obra com a seguinte colocação: "Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada

⁵⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 20

⁵⁶ "A argumentação faz parte do mundo jurídico, que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento. Todos os participantes do processo apresentam argumentos e a fundamentação é requisito essencial da decisão judicial. No entanto, como já assinalado, a interpretação jurídica lida com casos fáceis e com casos difíceis. Os casos fáceis podem ser decididos com base na lógica formal, dedutiva, aplicando-se a norma pertinente aos fatos, mediante subsunção. Nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída tendo em conta elementos que não estão integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente típico da argumentação jurídica. *Argumentação* é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. A necessidade da argumentação se potencializa com a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, e tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões." (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 378, grifo do autor). Cumpre esclarecer que a razão teórica busca a verdade, o conhecimento, pela contemplação; e a razão prática busca a produção do bom e do justo pela ação.

⁵⁷ BECCARIA, op. cit., p. 28.

pela lei."⁵⁸ A demonstração destes requisitos só é possível por meio de uma argumentação lógica, racional e clara que se alcança por meio do discurso jurídico.

“Jamais seria de admitir que a autoridade pudesse expedir um ato *sem motivo algum* – pois isto seria a consagração da irracionalidade – ou que pudesse escolher *qualquer motivo, fosse qual fosse*, pois redundaria no mesmo absurdo da irracionalidade.”⁵⁹ A autoridade tem a incumbência de indicar não só a base legal, mas também os fatos e circunstâncias que fundamentam o seu ato e, quando discricionário, deve estabelecer, em seu discurso, uma pertinência lógica e racional entre um e outro (o fato e a norma), vez que a motivação ganha relevo como uma *justificativa* para aquele ato e as causas de sua emanção. Concepções particulares ou pessoais sobre conceitos abertos ou imprecisos, tais como *liberdade, segurança pública, moralidade, interesse público relevante, paz social*, não interferem no discurso desde que seja acompanhado de uma justificativa lógica e razoável, dentro de um "quase consenso" da sociedade, de acordo com os valores instituídos. Tais conceitos não têm elastério determinado pelo peculiar subjetivismo (verdadeiro ou não) do agente tal ou qual, mas cinge-se a um campo delimitado pela inteligência *razoável*, corrente, isto é, aquela que normalmente captada pelos administrados, porquanto para reger-lhes o comportamento é que a regra foi editada.⁶⁰ Para isso, o conhecimento empírico é de grande importância para solucionar casos ainda não abrangidos pela norma.

O ato administrativo disciplinar, assim como qualquer decisão punitiva, deve guardar uma carga ou valor de justiça. Bandeira de Melo⁶¹ acresce que o Direito é uma *linguagem*; é uma fala que veicula *prescrições*. O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos, atuar na conformidade das leis e evitar as consequências de sua eventual transgressão. Segue-se que o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde.

Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como um processo mais complexo que, em sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶², esse processo de aprendizagem é composto pelo impulso, motivação, reação e recompensa. *Impulso* pode ser entendido como questão conflituosa, isto é, conjunto de

⁵⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 107.

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 94. (grifo do autor).

⁶⁰ Ibid., p. 30.

⁶¹ Ibid., p. 29.

⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 325.

proposições analiticamente incompatíveis em face de proposição empírica que descreve a situação. A *motivação* corresponde ao conjunto de expectativas que nos forçam a encarar as incompatibilidades como conflito, isto é, como exigindo uma resposta comportamental. A *reação* é, propriamente, a resposta. A *recompensa* é o objetivo.

A *argumentatio*, também chamada de *probatio* (Quintiliano) e *confirmatio* (Cícero), era conhecida, desde a Antiguidade, como uma das partes da arte retórica e, dentre elas, a mais importante, pois se destinava a produzir a credibilidade dos pontos de vista arrolados. Cícero [...] definia: (a confirmação persuade o ouvinte pelo raciocínio, estabelece a verdade da causa e acha as provas que a fazem triunfar).⁶³

Reconhecendo-se que conflitos sociais ocorrem quando há a quebra na comunicação entre os agentes interlocutores (simultaneamente emissores e receptores de mensagens), conflitos aparecem então como interrupções na interação, ou porque quem transmite recusa-se a transmitir o que se espera, ou porque quem recebe recusa-se a receber, criando-se expectativas desiludidas. Ora, conflitos jurídicos têm a ver com a possibilidade de exigência da emissão ou recepção de mensagem.⁶⁴

É nesse cenário que sobressalta a utilidade da teoria da argumentação jurídica na edição de atos administrativos disciplinares, aplicando-se a eles, a toda evidência, as regras de argumentação para o discurso jurídico racional, consubstanciado nas regras de justificação interna e regras de justificação externa.

A racionalidade nas ciências da natureza apresenta-se como uma *verdade*. Já no Direito a mesma racionalidade apresenta-se como uma *correção de suas assertivas*, pois o Direito é uma produção cultural humana e por isso uma correção adotada hoje poderá ser superada no futuro, com a construção de uma *nova verdade*, através de novos argumentos que serão considerados corretos sob a influência de fatores históricos, culturais e políticos. Assim, a argumentação jurídica não conduz a uma verdade absoluta, mas a fundamentação das decisões jurídicas permite afastar pelo menos argumentos irracionais, contrários a ordem jurídica posta, mantendo um discurso lógico e possível, mesmo com a possibilidade de mais de um resultado.

Os parâmetros para atribuir racionalidade no discurso jurídico estão na *justificação interna* e *justificação externa*.

As regras de *justificação interna* propõem a verificação lógica do discurso diante das assertivas expostas na fundamentação, possibilitando sua aplicação ao caso concreto com

⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 337.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 327.

o maior consenso possível. Pode-se traduzir, de modo superficial, a um silogismo jurídico: conduta *X* está tipificada como infração administrativa punível com demissão; se *A* praticou a conduta *X*; *A* incorre em demissão.

As regras de *justificação externa* permitem a averiguação da correção das próprias premissas de justificação interna por meio da: *argumentação empírica*, ou seja, aferição do fato segundo a experiência da própria autoridade; *hermenêutica jurídica* e outras interpretações da norma; *argumentação dogmática*, representada pela descrição do direito vigente; *uso de precedentes*, para demonstrar a relevância fática de que há isonomia de tratamento ora imposto, formando um consenso geral; *argumentos jurídicos especiais da analogia*.

Manuel Atienza⁶⁵ lembra ainda que a argumentação jurídica deve ser aplicada nos diferentes campos jurídicos. 1º) *Fase legislativa*, que ainda pode ser concebido como fase *pré-legislativa*, quando há prevalência de argumentos de caráter político e moral, e fase *legislativa*, na qual prevalecerão as de questões técnico-jurídicas; 2º) *Aplicação da norma jurídica à solução de casos concretos*; e 3º) *Dogmática jurídica* (casos abstratos), para fornecer critérios para a produção do direito, oferecer critérios para a aplicação do direito e sistematizar o ordenamento jurídico.

A análise dos julgados pesquisados demonstra que são recorrentes as revisões judiciais dos atos disciplinares militares no segundo campo jurídico, ou seja, na aplicação da norma jurídica ao caso concreto, tanto por falha na justificação interna porque não são capazes de justificar a ocorrência do motivo alegado para a emanação da sanção, seja pela sua inexistência, seja por indicação de motivos falsos, bem como por falhas de justificação externa, na medida em que não cumprem adequadamente a hermenêutica jurídica; os precedentes não conduzem a um tratamento isonômico, pelo contrário, apontam para tratamentos desiguais; e a argumentação dogmática não justifica a proporcionalidade das penas.

Dentre eles, a maior incidência está na regra de justificação interna por vício de motivo. Ou o motivo é inexistente ou o motivo está fundado em assertivas falsas, ou seja, argumentos irracionais, que acabam por invalidar a decisão. Isso ocorre pela crença de alguns agentes públicos de que estão acobertados por suposta discricionariedade, inviolável e imune a provimento jurisdicional. Todavia, a falta de motivo ou o motivo falso para realização de determinado ato administrativo, sobretudo sancionatório, constitui vício de legalidade, e

⁶⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 2-4.

sujeita o ato revisão judicial. Não basta determinar as suas premissas ou conclusões, é preciso justificá-la por meio de um procedimento argumentativo⁶⁶.

3.3 As Falhas de Argumentação Jurídica Detectadas nas Sanções Administrativas Disciplinares e que Fundamentaram a Anulação Judicial do Ato

Como exposto no tópico anterior, as falhas argumentativas nas sanções administrativas disciplinares militares concentram-se no motivo, com a inobservância dos critérios de justificação interna que demonstram o resultado lógico de causa e consequência e de justificação externa empregada para aferir a correção das premissas de justificação interna.⁶⁷

Nas palavras de Eliezer Pereira Martins⁶⁸, embora a hierarquia e a disciplina constituam valores positivados e devam ser cumpridos rigorosamente, o controle hierárquico possui condicionantes. Destaca que a primeira delas é a material ou sociológica, pois a hierarquia e a disciplina não podem atravessar a realidade social e política vigente, de sorte a gerar nos quartéis uma realidade artificial divorciada da vida em sociedade. Acrescenta que há um grave descompasso entre a ordem jurídica democrática em vigor e a natureza do autoritarismo dos regulamentos disciplinares das instituições militares. A segunda condicionante seria a formal ou legal, pela qual o sistema disciplinar militar esta em absoluta consonância com o direito positivo vigente no país. Condicionante, portanto, fundada na supremacia da Constituição Federal, postada no vértice do sistema jurídico, segundo a

⁶⁶ “Com o fim de que o pensamento do declarante seja conhecido, é necessário que se converta de interior para exterior, isto é, que tome forma: em geral isso acontece mediante *uma construção com sinais* (em geral, *palavras*), a qual pode chamar-se *fórmula*. O mínimo que pode acontecer a fim de que o pensamento seja conhecido é a *elaboração* da fórmula; o máximo, é sua *emissão*, consistente no *emprego da fórmula em virtude da qual se faça segura ou ao menos provável sua percepção por parte do destinatário*. Conforme esse critério, as declarações distinguem-se em *receptícias* e *não-receptícias*: são receptícias as declarações cuja elaboração vá seguida de emissão. A elaboração é o modo mínimo da declaração. A regulação formal da declaração deve incidir necessariamente sobre as quatro fases em que esta se decompõe: *objeto, motivos, elaboração, emissão*.” (CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1. p. 533, grifo do autor).

⁶⁷ “*Suporte fático* do ato, sobre o *motivo* incide a vontade do agente administrativo, valorando-o, pesando-o, à luz do interesse público, balizado pelo texto legal. Verifica-se que determinado funcionário falta ao serviço continuamente. Aplica-lhe a autoridade superior uma sanção disciplinar, que pode culminar com a *demissão por abandono de cargo*. Com efeito, as faltas provocam solução de continuidade no serviço público que, por sua própria natureza, deve ser ininterrupto. Interrompido, afeta o interesse público, que fica privado de algo que lhe é devido. O *motivo* está nas faltas do funcionário. Admitamos, porém, que tal não ocorreu. O funcionário nunca faltou, ou o incidente ocorreu com outro funcionário, ou, ainda, houve faltas, mas não tantas quantas previstas em lei para justificar a *demissão*. Estamos diante de um vício relativo ao motivo que precisa ser sanado, porque está afetando o ato administrativo”. Situação que não ocorreria caso fossem adotados critérios de argumentação para, pelo menos, estabelecer premissas e relação lógica entre os fatos, os motivos do ato e decisão. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967. p. 204, grifo do autor).

⁶⁸ MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade**. Leme: LED, 1996. p. 27.

pirâmide Kelsiana, a qual vincula todas as demais normas infraconstitucionais que devem buscar validade na própria Constituição.

Na prática, contudo, verifica-se grande resistência dos aplicadores do sistema disciplinar militar em admitir que as normas disciplinares estão inseridas em uma Ordem Constitucional e, por isso, devem submeter-se a preceitos que lhe são externos, tais como limites de restrição à liberdade individual, direito e garantias individuais, princípios norteadores da Administração Pública, dentre outros. Utilizar o sistema disciplinar como um instrumento de comando, para viabilizar a ordem disciplinar pressupõe um quadro de absoluto desmando. “Os regulamentos disciplinares constituem instrumentos de Justiça e não da administração, nada obstante estarem à disposição desta última.”⁶⁹ Dentro dessa condicionante legal, pode-se inserir a argumentação jurídica, entendendo-se que ela deve estar presente no motivo e na motivação⁷⁰ do ato administrativo, haja vista que a autoridade disciplinar deve impor sanções com critérios claros objetivando a reeducação e a penalidade proporcional à falta cometida, alcançando o fortalecimento dos laços de disciplina e da credibilidade do comando. Nesse prisma, mesmo não tratando como argumentação, o citado autor destaca que talvez o melhor critério para apontar a Justiça de uma reprimenda administrativa seja a adesão do punido à sua motivação. Em outras palavras, a punição é justa

⁶⁹ MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade**. Leme: LED, 1996. p. 32.

⁷⁰ Já que se trata de princípio da sanção administrativa, o da motivação, Humberto Ávila, também acaba por justificar a importância da argumentação e do discurso racional na formulação de enunciados jurídicos, inclusive administrativos, quando disserta sobre o emprego dos princípios em tais decisões. “A segunda questão que provoca tonicidade é a falta da desejável clareza conceitual na manipulação das espécies normativas. Isso ocorre não apenas porque várias categorias, a rigor diferentes, são utilizadas como sinônimas - como é o caso da referência indiscriminada a *princípios*, aqui e acolá baralhados com *regras*, *axiomas*, *postulados*, *ideias*, *medidas*, *máximas e critérios* -, senão também porque vários postulados, como se verá, distintos, são manipulados como se exigissem do intérprete o mesmo exame, como é o caso da alusão acrítica à *proporcionalidade*, não poucas vezes confundida com *justa proporção*, com *dever de razoabilidade*, com *proibição de excesso*, com *relação de equivalência*, com *exigência de ponderação*, com *dever de concordância prática* ou, mesmo, com a própria *proporcionalidade em sentido estrito*. [...] Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processo discursivo e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. [...] Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. É justamente por isso que cresce em importância a distinção entre as categorias que o aplicador do Direito utiliza. A forma como as categorias são denominadas pelo intérprete é secundária. [...] Ela (a necessidade de distinção) decorre, em vez disso, da necessidade de diferentes designações para diversos fenômenos. Não se trata, pois, de uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza conceitual: quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto. A dogmática constitucional deve buscar a clareza também porque ela proporciona maiores meios de controle da atividade estatal. [...] Propõe-se um modelo de explicação das espécies normativas que, ademais de inserir uma ponderação estruturada no processo de aplicação, ainda inclui critérios materiais de justiça na argumentação, mediante a reconstrução analítica do uso concreto dos postulados normativos, especialmente da razoabilidade e da proporcionalidade. Tudo isso sem abandonar a capacidade de controle intersubjetivo da argumentação, que normalmente, descamba para um caprichoso decisionismo.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 44-47).

quando o acusado compreende a finalidade, às razões que plasmaram e dispõe-se a mudar por conta da reprimenda, o que se vê na maioria das vezes quando a punição é justa.

Fábio Medina Osório assevera que *motivar* é demonstrar os motivos do ato, suas bases, as circunstâncias que o justificam, e, ao mesmo tempo, “[...] significa formar o próprio raciocínio, em um complexo processo de justificação externa e interna.”⁷¹ Falta de motivação ou sua incongruência com a decisão pode ser sinal indicativo de imoralidade administrativa, com todos os seus consectários legais e constitucionais. Gerfran Carneiro Moreira fez uma clara reflexão sobre a proporcionalidade da atuação Administrativa e a necessidade de que isso seja demonstrado por meio de argumentos, elucidando que o sacrifício de um direito privado deve ser o suficiente para a satisfação do coletivo e que essa situação somente pode ser verificada por meio da exposição dos motivos que levaram a administração a tomar uma determinada decisão.

Desse modo, é possível que tanto os beneficiários da decisão quanto aqueles que sofreram a restrição de direitos em razão dela possam bem compreender o seu sentido. Nessa moldura, fica fácil entender que é indispensável que a Administração justifique todos os seus atos, especialmente num Estado Democrático de Direito, no qual a participação dos administrados exige que todos sejam conhecedores dos motivos que ensejam as ações administrativas. Somente a ciência dos motivos dos atos administrativos permite ao administrado controlar a adequação necessária entre seus motivos e sua finalidade.⁷²

Iniciaremos a análise dos julgados a partir das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJMSP).

Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo
 APELAÇÃO CÍVEL nº 1.340/2007
 Apelante: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Apelado: [REDACTED]
 (Mandado de Segurança nº 892/06 – 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível)
 Data do Julgamento: 18/11/2010
 Apelação Cível – Mandado de Segurança – Pedido de anulação de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Ordem concedida – Preliminar de inexistência de direito líquido e certo rejeitada – Conjunto probatório frágil – Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a demissão aplicada – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Teoria dos motivos determinantes – Nulidade do ato – Recurso da Fazenda Pública e remessa necessária improvidos.⁷³

⁷¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 419).

⁷² MOREIRA, Gerfran Carneiro. Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no estado democrático de direito. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 111.

⁷³ SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo**: Jurisprudência. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.tjm.sp.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Nesse processo, o policial foi acusado e demitido por supostamente apresentar conduta incompatível com a função policial militar, por ter trabalhado mal ao aplicar multa nos rancheiros – proprietário de lotes de veraneio às margens de reservatório hidrelétrico, detentores da posse da área autuada – em vez de autuar o proprietário da fazenda onde se localizam os lotes, com a intenção de beneficiá-lo, pois, para o Conselho de Disciplina, este deveria ser o destinatário da autuação. Não parou por aí. Foi acusado também de trabalhar mal ao não aplicar a lei de parcelamento do solo urbano naquela área.

A instrução do processo comprovou que os motivos do ato – transgressões apontadas – foram inexistentes, pois havia laudo do órgão ambiental competente, então Departamento Estadual de Proteção aos Recursos Naturais (DEPRN), atestando que lá não havia parcelamento do solo para fins urbanos porque o local não estava provido com os equipamentos de urbanização, tais como rede de água e esgoto, coleta de lixo, iluminação urbana, abertura de ruas, etc. Também ficou comprovado que a orientação e a conduta da Corporação era de autuar os rancheiros, na condição de autores diretos da infração, e não o fazendeiro que teria vendido os lotes.

Se não bastasse, nesse caso, vários outros policiais foram acusados pela mesma conduta, mas contra todos eles instaurou-se apenas Procedimento Disciplinar. O acusado foi o único a responder processo regular demissório (Conselho de Disciplina). E mais, todos os outros foram absolvidos, pela inexistência de transgressão.

Nesse sentido, a falha argumentativa reside na inobservância das regras de justificação interna, pois fundada em motivo inexistente que vulnera o encadeamento de causa e efeito. Também evidencia a inobservância das regras de justificação externa no que toca: a *argumentação empírica*, pois a autoridade decidiu contra a sua própria experiência prática profissional, já que sabia, ou pelo menos deveria saber, que a autuação nos rancheiros estava de acordo com as orientações da Corporação e de que lá não havia equipamentos de urbanização aptos a configurar um parcelamento de solo, este inclusive provado com laudo; *hermenêutica jurídica* ao não dar a devida interpretação à norma⁷⁵, inclusive de parcelamento

⁷⁵ “As premissas embasadoras do raciocínio lógico-extensivo deverão ser extraídas do conteúdo implícito da própria norma ou do sistema legal a que pertence. Laborando com base em meras elucubrações e convicções pessoais, estará o intérprete exorbitando da exegese lógica, que não admite seja o entendimento da lei elástico arbitrariamente. Sofismas ou raciocínios falaciosos são os meios ordinariamente empregados na interpretação lógico-abusiva, com que, por vezes, apedeutas e leguleios de má-fé minimizam franquias e dilargam restrições. A exegese lógico-abusiva é, geralmente, utilizada para se rebuscar errôneo entendimento das normas que norteiam os procedimentos disciplinares, quando pretendem os dinamizadores dessa repressão administrativa atingir objetivos ilegítimos, movidos que são, nesses casos, por sentimentos de amizade, ódio ou perseguição.” (COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 69).

do solo, Lei 6.766/79⁷⁶; *uso de precedentes* para confirmar a isonomia do tratamento em relação a outros agentes que teriam praticado a mesma conduta, já que todos os demais acusados nas mesmas circunstâncias tinham sido absolvidos.

Nesse caso concreto foi possível obter a acusação e a decisão administrativas, exaradas no Conselho de Disciplina do TJMS/SP nº 4BP/Amb-003/46/08, que resultaram na demissão do autor da ação judicial, a qual foi objeto de anulação pelo órgão Jurisdicional. Com isso, fica mais clara a demonstração da falha argumentativa alvo de revisão judicial quanto aos critérios de justificação interna, vez que fundada em motivo falso ou mesmo inexistente, como ficou comprovado no provimento jurisdicional.

Acusação:

[...] 2. O [REDACTED], consoante o apurado através da Sindicância de Portaria nº 4BP/Amb-001/46/08, é acusado de:

2.1. haver trabalhado mal por desídia ao fiscalizar, em 26 de fevereiro, 30 de dezembro de 2005 e 06 de janeiro 2006; a Fazenda [REDACTED], de propriedade do Sr. [REDACTED], e constatar instalação de loteamento de solo para fins urbanos em desacordo com a legislação pertinente, crime previsto pelo artigo 50 da Lei 6.766/79, e não ter tomado providências que o caso exigia;

2.2. haver trabalhado *mal* intencionalmente ao determinar, em 26 de fevereiro, 30 de dezembro de 2005 e 06 de janeiro 2006, enquanto comandante de equipe P/Amb, a lavratura de Auto de Infração Ambiental em nome de pessoa diversa daquela que seria o infrator; em vez de [REDACTED] e dos supostos proprietários das glebas, parcelas de um loteamento ilegal, onde se deram as infrações contra o meio ambiente, optou por [REDACTED], hipotético administrador da Fazenda [REDACTED];

2.3. haver deixado de praticar ato de ofício, desde 11 de abril de 1998, ao não levar ao conhecimento de quem de direito o crime praticado pelo Sr. [REDACTED], que parcelou ilegalmente o solo da Fazenda [REDACTED], tendo o miliciano, com sua atitude, favorecido sua esposa que poderia perder a posse de um lote adquirido do mencionado loteamento ilegal.

3. O acusado, por sua conduta, em tese, violou valores e deveres policiais-militares, praticando transgressão disciplinar de natureza grave, prevista no nº 2, do §10, do artigo 12 e os nº 22, 54, 60 e 132 do parágrafo único, do artigo 13, combinado com os nº 2 e 3 do § 2 do artigo 12, tudo da Lei Complementar nº 893, de 09/MAR/01 (RDPM), ficando passível de ter sua conduta apreciada neste processo regular [...].

Decisão da autoridade instauradora:

[...] 5. O Conselho encerrou seus trabalhos em Relatório (lis. 482-506) que:

5.1. julgou caracterizada transgressão disciplinar grave praticada pelo acusado;

5.2. apontou que o acusado não reúne condições ético-morais de permanecer na Corporação, pois tomou conhecimento da venda ilegal de terrenos, na Fazenda [REDACTED], no município de [REDACTED]/SP, trabalhou mal intencionalmente ao determinar que outras pessoas fossem autuadas ao invés de [REDACTED] e deixou de praticar ato de ofício desde 11/ABR/98, ao não levar ao conhecimento de quem de

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

direito o parcelamento ilegal de solo e a comercialização ilegal de terrenos naquele local.

6. Ao final dos trabalhos, o Conselho opinou pela demissão do acusado, conforme artigo 23 da Lei Complementar 893/01. [...].

Decisão final da Corregedoria da Polícia Militar (PM)

[...] 8. As atitudes do Acusado revelaram incompatibilidade com a função policial-militar, todavia, não alcançaram a seara da desonra. Destarte, em observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e ao contido no Art. 33, do RDPM, a sanção a ser aplicada será exclusória.

9. Posto isto, e pelo consta dos autos, concordo com o proposto pela Autoridade Instauradora, e decido **demitir** da Instituição o [REDACTED], nos termos da alínea "c", do inciso II, do Art. 23, pelo cometimento de atos atentatórios à Instituição do Estado, consubstanciando transgressões disciplinares de natureza grave.

Os fatos motivadores da demissão, todavia, foram afastados pela mesma administração policial militar em procedimentos disciplinares instaurados em face de outros policiais pela mesma suposta infração disciplinar, a exemplo do PD nº 4BPAMB-008/46/09.

Termo Acusatório:

Por haver, decorrente da Sindicância de Portaria nº 4BPAMB-001/46/08, em 21 de abril de 2004, em 16 de julho de 2004, 30 de dezembro de 2005, 06 de janeiro de 2006 e 14 de agosto de 2008, trabalhado mal por desídia ao fiscalizar a fazenda [REDACTED], de propriedade do [REDACTED], e constatar instalação de loteamento de solo para fins urbanos, em desacordo com a legislação pertinente e não ter tomado providências com relação ao crime perpetrado pelos infratores, previsto pelo artigo 50, da Lei 6766/79.

Havendo elementos de convicção suficientes, conforme se verifica às folhas 03-60 deste Procedimento, nos termos do inciso IV, do Artigo 4º, do Anexo III à Portaria do Cmt G nº CORREGPM-004/305/01, formulo a presente acusação sem a manifestação preliminar do militar do Estado faltoso.

Enquadramento Disciplinar:

Síntese da falta:

Por haver, decorrente da Sindicância de Portaria nº 4BPAMB-001/46/08, em 21 de abril de 2004, em 16 de julho de 2004, 30 de dezembro de 2005, 06 de janeiro de 2006 e 14 de agosto de 2008, trabalhado mal por desídia ao fiscalizar a fazenda [REDACTED], de propriedade do Sr. [REDACTED], e constatar instalação de loteamento de solo para fins urbanos, em desacordo com a legislação pertinente e não ter tomado providências com relação ao crime perpetrado pelos infratores, previsto pelo artigo 50, da Lei 6766/79.

Razões da defesa:

1. Pautou a defesa em arguir que de seus atos, houve despachos de superiores hierárquicos, que não vislumbraram o parcelamento do solo para fins urbanos, no município de [REDACTED]; que o Sgt PM [REDACTED] também não teceu qualquer comentário quanto a esse fato, bem como o 1º Ten [REDACTED] em suas respostas aos quesitos por ele formulados, disse não ter conhecimento sobre loteamento urbano naquele local.
2. Que no local faltavam quesitos para se formar um loteamento para fins urbanos.

Motivação da decisão

1. A conclusão a que se chega dos fatos existentes no local em questão, é que, além dos crimes ambientais praticados, existe também a clandestinidade de loteamento, devendo ser notificado o MP, para que não se aumentem as propriedades em APP naquele município, assim, agiu mal o increpado, quando deixou de enfatizar que havia loteamento clandestino naquela área, permitindo que, com o passar do tempo, novas propriedades surgissem, fossem autuadas, e a situação que se tem nos dias de hoje em vários municípios quanto aos loteamentos clandestinos, aumentasse.
2. Decido pela existência de transgressão disciplinar praticada pelo acusado, pois não tomou qualquer providência para fazer cessar a situação contrária a lei e que, visivelmente, é agressiva ao MA.
3. Sua omissão nesse sentido, torna possíveis novas ações desta natureza, incentivando o comércio de lotes clandestinos e povoando a APPs dos rios dos municípios afetos à sua área de fiscalização.
4. Demais razoados acerca desta motivação de decisão, encontra-se relatado às fls. 89 a 92 deste PD

A punição motivada acima, aplicada pela autoridade disciplinar e dosada em dois dias de permanência (retenção) no quartel, foi revisada em sede de Recurso Hierárquico que decidiu pela inexistência de transgressão disciplinar, nos seguintes termos:

[...]

5. Assiste razão ao recorrente:

5.1. uma vez que a peça acusatória indica a ausência de providências em relação ao Parcelamento do solo, nos termos da Lei 6766/79, e os termos da citada Lei não alcançam o que foi encontrado no local, ou seja, não restou caracterizado o parcelamento do solo à luz desse diploma legal, é justo admitir que o acusado cumpriu com seu dever, entendendo que não adotou outras medidas por falta de amparo legal;

5.2. serve de fundamento a esse entendimento, as declarações do perito do DEPRN, fls. 104/106, c.c. cópia do Laudo que instruiu o presente recurso, o qual não deixa dúvida sobre a inexistência de providências a serem adotadas em relação ao parcelamento do solo existente no local, nos termos da Lei 6.766/79.

6. Em face do acima exposto, conheço do recurso para lhe dar provimento, pelo que decido pela inexistência de transgressão.

Publique-se em Boletim Interno Reservado.

Quartel em São Paulo, 25 de novembro de 2009.

Esses julgados administrativos denotam claramente a falha de argumentação, tanto pelo critério de justificação interna, pois a própria Administração Pública já tinha reconhecido que o motivo era falso, quebrando o silogismo; quanto pelo critério de justificação externa, no que toca o uso de precedentes, pois prova que houve tratamento desigual em relação ao autor da ação judicial, já que foi o único a responder processo regular demissório, e, até mesmo, desproporcional, haja vista que os demais foram absolvidos pela mesma conduta.

Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL nº 1.159/2007

Apelante: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado: XXXXXXXXXX

(Processo nº 200/05 – 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível)

Data do Julgamento: 16/09/2010

Policial militar – Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Liminar concedida e confirmada na r. sentença – Conjunto probatório frágil – Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a demissão aplicada – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Teoria dos motivos determinantes – Nulidade do ato – Recurso da Fazenda Pública do Estado e remessa necessária improvidos.

O julgado em análise consiste em demissão de policial que, em tese, teria liberado motorista não habilitado para seguir viagem em troca de vantagem econômica. O Judiciário anulou o ato por insubsistência dos motivos sobre os quais se apoia a decisão. Destacou que o policial foi acusado de duas infrações: liberar motorista sem habilitação e auferir vantagem econômica. A segunda acusação, contudo, sequer foi mencionada na decisão, por ter ficado comprovado durante a instrução que o dinheiro encontrado com o acusado era objeto de um saque que ele tinha feito em sua própria conta bancária. Ou seja, os argumentos favoráveis ao acusado foram ignorados na decisão administrativa. A primeira acusação, motivo para a demissão, não ficou provada, pois o reconhecimento dos ocupantes do veículo liberado não foi capaz de indicar o acusado de forma inequívoca, ou porque o ângulo de visão não permitia ver o rosto do policial ou porque estava de quepe e, além disso, havia outros policiais no local com as mesmas características. O próprio condutor liberado foi contraditório e vago em seu depoimento e no reconhecimento. Mesmo assim, a autoridade administrativa apoiou-se em tais motivos para aplicar a demissão. A falha argumentativa está presente mais uma vez na inobservância das regras de justificação interna, com a indicação de motivo falso para justificar a sanção extrema, assim como da regra de argumentação empírica (justificação externa), pois a autoridade desconsiderou o auto de reconhecimento inconcluso e favorável ao acusado, para aplicar-lhe a sanção.

Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL nº 1.097/2007

Apte / Apdo: [REDACTED]

Apte / Apda: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(Processo nº 562/05 – 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível)

Data do Julgamento: 18/11/2010

POLICIAL MILITAR – Apelo recíproco - Pedido de anulação de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Sentença procedente que anulou a punição – Conjunto probatório frágil – Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a demissão aplicada – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Teoria dos motivos determinantes – Nulidade do ato – Inexistência de óbice à adoção do valor da condenação como parâmetro para a fixação de honorários advocatícios em porcentagem – Apelo da Fazenda Pública e remessa necessária não providos – Possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que estejam presentes e sejam demonstrados seus pressupostos autorizadores, nos termos do art. 273 do CPC – Não preenchimento

dos pressupostos previstos no art. 273, I e 273, § 2º, do CPC – Apelo do autor também improvido – Mantida, “in totum”, a r. sentença.

O processo ora analisado consiste na acusação de que o policial militar teria sido autor de agressão física e disparo de arma de fogo. Contudo o laudo pericial realizado na mesma data dos fatos (apreensão da arma para realização de exame pericial para constatação de disparo recente e exame residuográfico) não foi capaz de atestar que os disparos tivessem sido realizados pelo acusado; e a agressão física, que poderia também ser constatada por exame pericial (corpo de delito), alicerçou-se apenas no depoimento da suposta vítima. Mesmo assim, a sua demissão foi imposta. O Judiciário mais uma vez anulou o ato disciplinar por falta de provas capazes de configurar o motivo. Novamente evidencia-se a falha na argumentação pela inobservância das regras de justificação interna, já que o motivo não justifica o resultado.

Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL nº 1.003/2006

Apelante: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelados: [REDACTED]

(Mandado de Segurança nº 563/03 – 1ª Vara Cumulativa da Comarca de Espírito Santo do Pinhal/SP)

Data do Julgamento: 08/04/2009

Apelação Cível - Policial Militar – Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Liminar concedida e confirmada na r. sentença – Conjunto probatório frágil – Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a demissão aplicada – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Teoria dos motivos determinantes – Nulidade do ato – Recurso não provido.

O processo ora analisado consiste na imputação de prevaricação a três policiais militares que teriam deixado de cumprir mandado de prisão (ordem judicial) ao deslocar até a residência do destinatário da ordem e, mesmo localizando-o, terem deixado de conduzi-lo. A prova do processo administrativo limitou-se a depoimento de testemunhas inidôneas, já que possuíam notório desafeto com algum dos acusados, por elas próprias, ou algum familiar, já ter sido preso por um deles, ao passo que os fatos se deram em cidade pequena com o efetivo de policiais reduzido. Pelo mesmo fato de ser uma cidade pequena, onde geralmente os moradores se conhecem, as testemunhas de defesa foram taxativas em afirmar que os policiais foram atendidos por terceira pessoa e que o destinatário da ordem estava viajando naquela ocasião. Mesmo assim, a demissão foi imposta. O Judiciário mais uma vez anulou o ato disciplinar por falta de provas capazes de configurar o motivo. Asseverou o acórdão:

mesmo do trânsito em julgado da ação penal. Todavia, o próprio Ministério Público requereu o reconhecimento da legítima defesa própria, afirmado pelo Conselho de Sentença, configurando-se assim causa de excludente de ilicitude.

Como os motivos do processo administrativo eram exatamente os mesmos da ação penal, guardando estrita relação entre um e outro, a absolvição pelo Juízo Criminal elidiu os motivos que fundamentavam o ato demissional. Ademais, o órgão judicial ainda reconheceu que a autoridade disciplinar agiu com arbitrariedade – excedendo a discricionariedade – e desproporcionalidade – ao aplicar a pena exclusória – vez que, se o acusado foi absolvido na esfera penal, pode-se concluir que já no processo administrativo existiam – ou poderiam ser colhidos – elementos da legítima defesa.

Portanto, além da falha de argumentação no tocante as regras de justificação interna, pois os motivos da demissão não estariam presentes uma vez que o acusado agiu em legítima defesa, a autoridade deixou de observar também os critérios de justificação externa para averiguação da correção das premissas de justificação interna, vale dizer, *hermenêutica jurídica*, na interpretação da norma quanto a presença dos requisitos da legítima defesa; *argumentação empírica*, já que a autoridade também é policial militar e sabe das peculiaridades, dos riscos e das imprevisibilidades que um policial pode enfrentar em seu trabalho.

Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

APELAÇÃO CÍVEL nº 3.251/2014

Apelante: A FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado: [REDACTED]

(Processo nº 4.334/2011 – 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível)

Data do Julgamento: 16/06/2014

Apelação Cível – Pedido de anulação de expulsão com a consequente reintegração ao cargo – Procedência da ação – Conjunto probatório frágil – Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a expulsão aplicada – Dos três exames periciais, dois concluíram favoravelmente ao apelado – Teoria dos motivos determinantes – Falta de correspondência entre os motivos que justificaram a expulsão do apelado e a prova dos autos – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Nulidade do ato – Recurso da Fazenda Pública improvido. Prejudicada a remessa ex officio.

Observa-se novamente a reiteração da nulidade do ato pela falta de correspondência entre os motivos que justificaram a expulsão do apelado e a prova dos autos, como asseverado logo na ementa desse acórdão. O policial foi acusado de ter falsificado documento com sua própria grafia. O primeiro laudo realizado ainda no processo administrativo concluiu a sua autoria e foi o motivo para a sua expulsão. Vale observar que o IPM instaurado contra o acusado, ao contrário do Conselho de Disciplina, foi arquivado a

pedido do Ministério Público. Após a expulsão, o policial contratou perito particular idôneo, cujo laudo afastou a autoria do acusado. No bojo do processo judicial, o juízo designou nova perícia judicial ao instituto de criminalística, a qual também negou a autoria do acusado. Esta perícia inclusive foi acompanhada pelos responsáveis pela primeira perícia equivocada, os quais concordaram com o novo resultado. O juízo deixa expresso na decisão que a *motivação*, enquanto exposição dos motivos, ou seja, demonstração por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram, constitui garantia de legalidade, que atende tanto ao interessado quanto à própria Administração Pública. Se isso falta à decisão administrativa disciplinar é porque não foram observados, como já exposto, os critérios de argumentação jurídica.

Esclarece-se que a pesquisa de jurisprudência se deu pelo critério do resultado dos processos. Ou seja, foram selecionadas apenas as decisões que anularam os atos disciplinares com base em vícios de legalidade que poderiam configurar uma falha argumentativa. Por conseguinte, não foi levantada uma estatística sobre a proporção de ações visando anular atos administrativos disciplinares foram procedentes.

De todo modo, inúmeros julgados no mesmo sentido foram encontrados em outras Cortes do país:

Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais⁷⁹: Apelação/Processo nº 0002009-20.2014.9.13.0002, julgado em 17/12/2016, policial acusado de ter usado linha telefônica paga pela Prefeitura em caráter particular; Apelação/Processo nº 0006006-79.2012.9.13.0002, julgado 16/07/2014, policial acusado de ter se ausentado do local da ocorrência sem autorização; Apelação/Processo nº 0012461-91.2011.9.13.0003, julgado 15/04/2014, policial acusado de manter contato telefônico com criminosos com vista a participar de delito que não se materializou.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸⁰: Apelação Cível nº 0347472-38.2008.8.19.0001, julgado 29/09/2015, policial acusado de dispensar inferior hierárquico de cumprir o seu turno de trabalho sem comunicar a quem de direito.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁸¹: Apelação/Reexame necessário nº 5056511-13.2012.404.7000/PR, julgado 15/04/2015, militar temporário acusado de ter participação no evento *apagão aéreo* com base em inquérito que resultou em arquivamento.

⁷⁹ MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais**: Jurisprudência. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://restrito.tjmmg.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁸⁰ RIO DE JANEIRO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**: consultas: Jurisprudência. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁸¹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**: consulta processual. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁸²: Apelação/Processo nº CNJ: 0025505-82.2004.4.02.5101, julgado 29/04/2014, militar temporário desincorporado (licenciado) por conveniência do serviço, por imputação de crimes e transgressões disciplinares. Entretanto, verificou-se que ele sofria de esquizofrenia residual e, por isso, absolutamente incapaz, não compreendendo o caráter ilícito de suas ações. Tribunal anulou o licenciamento e determinou a reforma *ex officio* pela impossibilidade de reintegração; Apelação Cível nº 273307 (2001.02.01.039816-8), julgado 16/04/2008, militar temporário desligado por, supostamente não ter pedido prorrogação no prazo regulamentar. Licença anulada por falta de motivo, pois ficou comprovado que a prorrogação havia sido pedida e inclusive deferida pela autoridade competente.

Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas⁸³: Processo/Reexame Necessário nº 0005743-45.2009.8.02.0001, julgado 25/07/2013, militar punido por ter faltado a ato de serviço, do qual se comprovou que ele estava presente no local para o qual havia sido escalado. Ato anulado por inexistência de motivo.

Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁸⁴: Apelação Cível nº 314438-PE (2003.05.00.003260-0), julgado 24/11/2005, militar licenciado *ex officio* por incapacidade para o trabalho decorrente de transtornos de personalidade adquiridos após bater a cabeça durante o serviço na Marinha. Portaria de licenciamento anulada judicialmente por prescindir de motivo para o licenciamento, vez que o laudo médico atestou que a enfermidade do militar é leve e não o incapacita para as atividades militares não intelectuais, determinando a sua reintegração.

A decisão da autoridade não tem o condão de tornar verdadeiros os fatos nos quais se fundou para decidir, simplesmente pelo seus critérios subjetivos. Se uma decisão baseou-se em fatos falsos ou inexistentes, a decisão continuará sendo injusta mesmo depois de escoado todos os prazos para a sua impugnação, o que sobreleva a importância da argumentação para descrever as premissas psicológicas do julgador relacionando os fatos com a necessidade e razoabilidade da sanção. Não se pode admitir que a coisa julgada transforme um juízo de verossimilhança – uma *correção*, de acordo com a argumentação jurídica – em juízo de verdade. Os efeitos da coisa julgada recaem sobre as relações jurídicas, não sobre os fatos. “Os fatos, mesmo depois da sentença, continuam sendo o que eram: pese ao antigo aforismo,

⁸² BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**: consulta processual. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/portal/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁸³ ALAGOAS. **Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas**: consulta de Jurisprudência. Maceió, 2016. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁸⁴ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**: Jurisprudência. Recife, 2016. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

mesmo depois do passo em coisa julgada, o branco continua sendo branco e o quadrado não se faz redondo.”⁸⁵ A coisa julgada só cria a irrevogabilidade jurídica do provimento jurisdicional, pois a realidade dos fatos objeto da decisão sempre poderão ser questionados e desvendados.⁸⁶

⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3. p. 273.

⁸⁶ Mesmo quando no sistema de provas “livres”, parece que a liberdade de apreciação fosse o instrumento mais adaptado para a consecução da chamada “verdade substancial”, a avaliação, mesmo que livre, leva em todo caso a um juízo de probabilidade e de verossimilitude, não de verdade absoluta. (Ibid., p. 270)

CONCLUSÃO

A linguagem é o canal pelo qual a sociedade exterioriza seus anseios, instituindo os valores basilares de um Estado Democrático de Direito.

No sentido inverso dessa comunicação, a linguagem também tem a finalidade de transmitir a mensagem normativa do Estado à sociedade, inclusive na forma de atos administrativos. Por isso, é essencial que os receptores desse diálogo – processo administrativo que deságua em um ato Estatal – compreendam os seus fins, exercitem seus direitos e deveres e aceitem as consequências pela violação das regras de convivência e de conduta.

Para que isso seja alcançado, as decisões jurídicas e políticas devem ser legitimadas a partir de um resultado que se demonstre discursivamente possível e racionalmente aceito, por critérios lógicos, buscando-se a *correção* dos enunciados normativos que se aplicam ao agir humano – discurso prático – e a orientação desse agir, o dever ser – discurso normativo – para que o ato do decisor não seja reduzido à mera opinião, com convicções morais subjetivas, em virtude da liberdade humana de pensar e agir, por vezes equivocada, pois permeada de preconceitos e emoções.

A sobredita correção é descrita por Alexy como uma verdade adotada universalmente pelo consenso e, por isso, deve ser construída por meio de um discurso alicerçado na racionalidade, já que a verdade no direito, como debatido, é fruto de uma produção intelectual humana, de modo que fatores sociais e culturais podem traçar novos contornos para essa correção, atribuindo-lhe novos valores, assim como ocorre no Direito. Nem podia ser diferente, pois se está falando de uma argumentação no campo jurídico e, por óbvio, norteadas pela Ordem legal vigente.

Repisa-se, portanto, que a correção jurídica tem um caráter provisório, que remete à conclusão de que a verdade é historicamente construída, ou seja, é produção cultural contextualizada temporalmente. Sendo assim, é necessário que um discurso seja racional para que não seja considerado falso ou falacioso no futuro, mas apenas incorreto do ponto de vista do contexto social e jurídico do momento em que está sendo analisado, o que não tirará a sua correção se analisado segundo a conformação social e jurídica da época em que foi produzido o discurso.

A partir dessas considerações vislumbra-se a utilidade de um discurso racional, desenvolvido por Alexy a partir de uma teoria da argumentação jurídica, com regras de justificação interna e externa para que o juízo de valor, formulado a partir da ponderação dos valores, princípios e regras em debate no caso prático, conduza a uma conclusão razoável e

proporcional, quando houver mais de um resultado possível. O termo justificação pode ser perfeitamente substituído por fundamentação. A observância de tais regras conduz a uma fundamentação que permiti chegar a uma conclusão lógica e aceitável, consequentemente justa.

O conceito de argumentação jurídica racional, segundo Alexy, seria a investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de forma que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como correto. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões.

Em regra, no julgamento de uma conduta humana, sempre haverá mais de um resultado possível, a absolvição ou a condenação. Ambas devem ser racionalmente fundamentadas para que possam ser reconhecidas como justas. Técnica esta que deve ser aplicada também nas sanções disciplinares pelas autoridades administrativas, em concomitância com os demais princípios que regem a atuação estatal e estabelecem os requisitos essenciais que devem compor o ato sancionador, consagrados pelo artigo 37 da Constituição Federal.

Assim, além de observar a forma do ato, requisitos externos que lhe garantem a legalidade, o julgador também deve, quanto ao mérito, mesmo que sob o manto da discricionariedade, fundamentar racionalmente a sua decisão, absolvendo ou sancionando o agente increpado, por meio de um discurso lógico, claro e objetivo, capaz de demonstrar a proporcionalidade e a justiça dos fundamentos adotados para a sua decisão. Pois, mesmo que não exista apenas um único resultado correto, permite excluir argumentos irracionais, ou logicamente impossíveis, por serem incompatíveis com as regras aplicadas ao discurso.

Enfim, a racionalidade, a igualdade e a universalidade no discurso proporcionam a legitimidade da legislação e a eficiência no controle das decisões judiciais e dos atos administrativo, o que favorece a imparcialidade do discurso, todos integrantes indissociáveis para consolidação da democracia e do Estado Democrático de Direito, pois a justiça é alcançada quando os destinatários do discurso compreendem o motivo e a proporção da sanção proferida. Não é o cárcere ou a demissão que atende aos anseios da sociedade, mas a proporcionalidade da medida aplicada. A sociedade precisa entender e aceitar que uma suspensão do trabalho ou outra reprimenda corretiva não é necessariamente injusta ou branda quando atende aos princípios imanes e materializadores do *valor* fundante do ordenamento jurídico que embasa o ato, no caso da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Não são apenas os administrados – ouvintes no discurso – que precisam ter essa consciência. Como se viu na análise dos julgados, as autoridades disciplinares militares –

falantes do discurso – também precisam incorporar essa consciência de que a pena justa não é necessariamente a mais rigorosa – exclusória – mas a mais proporcional possível à gravidade da infração, assim como a consciência de que não é agindo arbitrariamente, com desvio ou excesso de poder, que se alcançará a justiça de uma decisão.

A proporcionalidade deve ser apurada pelos critérios legais e de acordo com o senso comum da sociedade e não por critérios pessoais e subjetivos da autoridade que emana a decisão. A discricionariedade, por sua vez, é a possibilidade de agir estritamente nos limites da norma. O ato que viola a norma ou excede o limite legal imposto passa a ser arbitrário e será inevitavelmente inválido e ilegítimo.

Qualquer arbitrariedade ou abuso, portanto, estará sujeita a intervenção jurisdicional para revisar a legalidade do ato, inclusive a sua motivação, que é a via percorrida pela autoridade disciplinar para demonstrar, por meio de elementos de argumentação jurídica, que os pressupostos de fato, ou seja, os motivos ensejadores da decisão realmente existiram e são verdadeiros, e também para demonstrar que a sanção ou absolvição é justa, ou seja, que a solução dada ao conflito de interesses está proporcional e em conformidade com a gravidade do motivo inspirador do ato disciplinar. A argumentação jurídica e o discurso racional constituem, para tanto, a operação ou o procedimento do julgador para estabelecer a relação entre o fato e a norma, a causa e sua consequência justa.

O discurso, portanto, pode ser considerado uma ferramenta útil para que a autoridade disciplinar demonstre a presença de todos os elementos e requisitos do ato, bem como o cumprimento dos princípios que o regem. É o meio para concretização da teoria dos motivos determinantes. Por meio do discurso é possível provar que os princípios constitucionais foram alcançados, pois permite demonstrar que a decisão atendeu a proporcionalidade, a isonomia de tratamento, a legalidade e, por conseguinte, a dignidade, culminando numa decisão juridicamente *correta*, ou seja, justa e aceitável.

REFERÊNCIAS

- ALAGOAS. **Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas**: consulta de Jurisprudência. Maceió, 2016. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar**: da simples transgressão ao processo administrativo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 5. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- BRASIL. Lei de 10 de outubro de 1831. Autoriza a criação de corpos de guardas municipais voluntários nesta cidade e províncias. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 1, pt. 1, p. 129, 1831. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37586-10-outubro-1831-564553-publicacaooriginal-88479-pl.html>. Acesso em: 8 out. 2016.
- _____. Lei nº 2.556, de 26 de setembro de 1874. Estabelece o modo e as condições do recrutamento para o Exército e Armada. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1874. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=72568>>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- _____. Decreto nº 3, de 16 de novembro de 1889. Reduz o tempo de serviço de algumas classes da Armada e extingue nesta o castigo corporal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1889. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3-16-novembro-1889-524482-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 16 abr. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 6 out. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 26 jul. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 out. 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). **Diário Oficial**, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 9 jul. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 9 jul. 2016.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 out. 1969a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 set. 1975. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122972>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 dez. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983. Aprova o Regulamento Disciplinar para a Marinha e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jul. 1983. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=105003>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Decreto nº 90.608 de 4 de dezembro de 1984. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 dez. 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D90608.htm>. Acesso em: 13 jul. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 26 out. 2016.

_____. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 set.

1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. Lei nº 10.406 de 10, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**: Jurisprudência: Súmulas Vinculantes. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. _____. : Súmula, Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 3 out. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**: consulta processual. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/portal/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**: consulta processual. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**: Jurisprudência. Recife, 2016. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. **Direito penal e justiça militar**: inabaláveis princípios e fins. Curitiba: Juruá, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____. et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A constituição federal comentada**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

_____. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1955.

CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas corpus na transgressão disciplinar militar: possibilidade jurídica e ressarcimento de danos**. Leme: RCN, 2002.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CORWIN, Edward S. **A constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do processo administrativo disciplinar**. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 1999.

COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1967.

_____. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

_____. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentário ao art. 41. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentário à constituição brasileira**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, João Batista de Menezes. **Sindicância & verdade sabida: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 1989.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade**. Leme: LED, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à constituição brasileira de 1946**. 5. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 5º, LIV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

_____.; VALE, André Rufino do. Comentário ao art. 5º, II. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais: Jurisprudência**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://restrito.tjmmg.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Gerfran Carneiro. Os princípios constitucionais da administração e sua interpretação: reflexões sobre a função administrativa no estado democrático de direito. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOTTA, João Francisco. **Invalidação dos atos administrativos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**: consultas: Jurisprudência. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

ROCHA, Luiz Carlos. **Organização policial brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SÃO PAULO (Estado). Decreto nº 13.657, de 9 de novembro de 1943. Aprova o Regulamento Disciplinar da Força Policial do Estado de São Paulo. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 nov. 1943. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/225223/decreto-13657-43>>. Acesso em: 23 out. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Decreto-Lei nº 217, de 8 de abril de 1970. Dispõe sobre a constituição da Polícia Militar do Estado de São Paulo, integrada por elementos da Força Pública do Estado e da Guarda Civil de São Paulo. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 9 abr. 1970. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/223589/decreto-lei-217-70>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Constituição do Estado de São Paulo. **Diário da Assembléia Legislativa**, São Paulo, 5 out. 1989. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 31 dez. 1998. Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/tit_legis/leis_estaduais/1998/lei_10177_1998.htm>. Acesso em: 4 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). **Secretaria de Segurança Pública**. Resolução SSP nº 444 de 18 de outubro de 2000. Institui o Programa de Prevenção ao Consumo de Drogas Ilícitas. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/boletim52000/legislacao/estadual/resoluc_ao444.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar nº 893, de 9 de março de 2001. Institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 10 mar. 2001. Disponível em: <http://tjmsp.jus.br/leis/leic_2001_893_atl20141021.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2016.

SÃO PAULO (Estado). Lei Complementar nº 942, de 6 de junho de 2003. Altera a Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos

Civis do Estado de São Paulo, e dá providências correlatas. **Diário Oficial Estado de São Paulo**, São Paulo, 7 jun. 2003. Disponível em: <<http://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/163254/lei-complementar-942-03>>. Acesso em: 11 out. 2016.

SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo**: Jurisprudência. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.tjmsp.jus.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358, de 10 de janeiro de 2005. Ementa: Altera dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal, acrescenta os arts. 97-A, 105-A, 111-B e 116-A, e dá outras providências. Explicação da Ementa: Inclui a necessidade de permanência de 3 (três) anos no cargo para que o magistrado tenha direito à vitaliciedade na função; proíbe a prática de nepotismo nos Tribunais e Juízos; altera a composição do STM e incluindo competências para o STF e STJ; instituindo a "súmula impeditiva de recursos", a ser editada pelo STJ e TST - Reforma do Judiciário. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 1 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso: 15 out. 2016.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da. (Org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário aos arts. 142 e 143. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva : Almedina, 2013.

TOLEDO, Cláudia. Apresentação à edição brasileira. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia policial militar - ética profissional**. 3. ed. Curitiba: Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, 2003.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WATANABE, Marilda. Processo administrativo disciplinar militar, suas peculiaridades e uma nova proposta para a solução de incidentes. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da. (Org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013.