A RELAÇÃO DE ESPECIAL SUJEIÇÃO DOS MILITARES E A CONSTITUCIONALIDADE DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO (DECRETO Nº 4.346/2002)[1]

Farlei Martins Riccio de Oliveira[2]
Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União – 2ª Região;
Professor de Direito Administrativo na Universidade Candido Mendes – RJ;
Doutorando em Direito do Estado pela PUC-RJ

RESUMO: O presente artigo demonstra a constitucionalidade do atual Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346/2002). Para tanto, analisa as principais características e peculiaridades da função militar, delimitando os seus princípios norteadores e a natureza do vínculo funcional, a fim de caracterizar a relação de especial sujeição em que se encontram os militares; bem como investiga o regime jurídico da sanção disciplinar militar, com o intuito de demonstrar a inexistência de uma unidade de pretensão punitiva estatal, o que acarreta, em última análise, a aplicação dos princípios que regem o poder sancionador, com conteúdo e alcance diversos dos aplicáveis ao sistema penal, especialmente no que tange aos princípios da legalidade e da tipicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamento Disciplinar do Exército. Decreto nº 4.346/2002. Função militar. Relação de especial sujeição. Sanção disciplinar militar. Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 A função militar 2.1 Conceito de função militar 2.2 A natureza institucional das Forças Armadas 2.3 Destinações específicas das Forças Armadas 2.4 Princípios de organização e funcionamento 2.5 Características da atividade militar 2.6 A natureza do vínculo funcional 3 A relação de especial sujeição dos militares 4 Regime jurídico da transgressão e da punição militar 4.1 Transgressão disciplinar (ilícito administrativo disciplinar) 4.2 Punição disciplinar (sanção administrativa disciplinar) 5 A mitigação do princípio da legalidade e da tipicidade na transgressão e na punição disciplinar 5.1 O princípio da legalidade na função militar 5.2 O princípio da tipicidade na função militar 6 Conclusão

1 Introdução

Os militares integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e das Forças Auxiliares (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros), no exercício das funções militares, encontram-se subordinados a um conjunto de deveres e obrigações, baseados nos princípios da hierarquia e da disciplina. A não observância desses deveres e obrigações confere à Administração Militar o poder-dever de sancionar a conduta do transgressor, inclusive com restrição ao direito de ir e vir.

O regime disciplinar dos membros das Forças Armadas passou a ser o centro do debate no direito administrativo militar em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade

[1] Enviado em 19/2, aprovado em 26/2 e aceito em 19/3/2010.
[2] E-mail: farlei.oliveira@agu.gov.br.

nº 3.340/2004. Nesta ação, o Ministério Público Federal argumentou que a transgressão disciplinar militar (ilícito administrativo) e a punição disciplinar (sanção administrativa) precisam estar estabelecidas em lei (formal e material) para ter validade, a teor do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Consequentemente, tendo sido o atual Regulamento Disciplinar do Exército (RDE, Decreto nº 4.346/2002), e o respectivo Anexo I editados por decreto presidencial (ato administrativo), qualquer punição imposta ao militar transgressor, especialmente as penas de prisão e detenção, com base em suas disposições, seria írrito e nulo de pleno direito.[3]

No entanto, o problema, evidenciado pelo Ministério Público Federal e sustentado por parte da doutrina especializada,[4] parte de uma elaboração dogmática equivocada do regime jurídico do poder sancionador disciplinar, especialmente na aplicação dos princípios da legalidade e tipicidade que deve reger o ilícito e a sanção.

Com efeito, a sanção disciplinar militar, espécie do qual é gênero a sanção administrativa, não obstante a identidade ontológica com a sanção penal, possui natureza jurídica diversa, decorrente de características indissociáveis da manifestação estatal dessa espécie: a) as prerrogativas do exercício da função militar, baseadas nos princípios da hierarquia e da disciplina; b) o regime jurídico a que está submetida – direito administrativo sancionador; e c) a relação de especial sujeição estabelecida entre o Estado e o militar. Neste contexto, os princípios que regem o poder sancionador disciplinar possuem alcance e conteúdo diversos dos aplicáveis ao sistema penal.

Nessa esteira, o presente artigo propõe-se a analisar as principais características e peculiaridades da função militar, delimitando os seus princípios norteadores e a natureza do vínculo funcional, a fim de caracterizar a relação de especial sujeição em que se encontram os militares.

Por outro lado, pretende-se investigar o regime jurídico da sanção disciplinar militar, com o intuito de demonstrar a inexistência de uma unidade de pretensão punitiva estatal, o que acarreta, em última análise, a aplicação dos princípios que regem o poder sancionador, com conteúdo e alcance diversos daqueles aplicáveis ao sistema penal, especialmente no que tange aos princípios da legalidade e da tipicidade.

2 A função militar

Como é sabido, o poder do Estado embora seja uno e indelegável, desdobra-se em três funções básicas: normativa, jurisdicional e administrativa. E cada uma dessas funções é atribuída a um poder político: Legislativo, Judiciário e Executivo.[5]

[3] Em novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, não conheceu o mérito da ADI nº 3.340, uma vez que a petição inicial não detalhou quais dispositivos do RDE violariam o regime da reserva legal estrita, o que não impede, por óbvio, que outra ação com idêntico objeto seja proposta futuramente.

[4] Consultem-se, por todos, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa (2003) e Mário Luís Chila Freyesleben (1997).

[5] A divisão de poderes, como princípio institucional, é fenômeno que se opera no século XVIII, especialmente com a obra de Montesquieu, Do Espírito das Leis. Atente-se para o fato de que os princípios apresentados por Montesquieu encontram-se, também, em Segundo Tratado sobre o Governo, de John Locke (ambas as obras da coleção Os Pensadores, São Paulo, Abril, 1973).

De acordo com o critério residual ou negativo, a função administrativa do Estado pode ser entendida como toda aquela não destinada a formular regra legal nem a expressar a decisão jurisdicional, em seus respectivos sentidos formais, compreendendo todas as atividades voltadas a atender a gestão e os interesses da coletividade (MOREIRA NETO, 2001, p. 24).

2.1 Conceito de função militar

Dentre as diversas funções administrativas genericamente atribuídas ao Poder Executivo, destaca-se a função militar, que poder ser conceituada como aquela exercida por instituições militares e pelos diversos órgãos que as integram, estabelecidas nos respectivos cargos públicos, para o desempenho de atribuições constitucionais e legais, de segurança pública interna e externa.[6]

Nesse quadro, o artigo 12 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei Complementar nº 97/1999, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 117/2004, atribui às Forças Armadas a função militar de defesa da pátria, de garantidora dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Já a Constituição atribui a função militar de segurança pública, exercida para preservar a ordem pública, às polícias militares e aos corpos de bombeiros militares (artigo 42 e 144, § 5º), consideradas forças auxiliares e reserva do Exército (artigo 144, § 6º).[7]

2.2 A natureza institucional das Forças Armadas

No Brasil, o Ministério da Defesa é o órgão que integra o Exército, a Marinha e a Aeronáutica, instituições que a Constituição Federal teve o cuidado de designar como nacionais, permanentes e regulares.[8]

[6] Ensina Pinto Ferreira (apud MARTINS, 2000, p. 163): "Qualquer nação necessita de um dispositivo de segurança a fim de manter a ordem e a paz pública interna, bem como garantir a defesa externa nas relações com outros países. Daí a necessidade da instituição de Forças Armadas para efeito de conseguir esse objetivo. Os orçamentos consignam somas fabulosas para permitir a realização desse fim, em face do receio de guerra que ainda agita o mundo moderno, não obstante os anseios de paz mundial. Muitos países, que a princípio não tinham Constituição, como a Rússia czarista, iniciaram a sua organização através de regulamentos militares. Assim aconteceu com Pedro, o Grande, que se afirmou na Rússia com o Regulamento Militar de 1716 e com o Regulamento Naval de 1720, como assinala Linares Quintana, em *Direito Constitucional Soviético* (Buenos Aires, 1946, p. 21). Os primeiros *bills* ingleses se referiam às Forças Armadas. Disposições análogas surgiram na Declaração de Direitos de 1776 da Virgína e na Declaração de Direitos da França de 1789. Constituições atuais se referem às Forças Armadas, 'recrutadas de todos os cantos do país e que se estruturam como um elemento orgânico decisivo para a unidade nacional'".

[7] No Plano Nacional de Direitos Humanos, veiculado pelo Decreto nº 7.037/09, as polícias militares deixam de ser forças auxiliares das Forças Armadas, e sua direção, em momento de desordem pública interna, fica a cargo do Sistema Nacional de Segurança Pública. Sobre a aparente inconstitucionalidade dessa proposta, consulte-se o artigo de Ives Gandra da Silva Martins, intitulado *Forças Armadas e PNDH-3*, em <http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com/2010/03/16/forcas-armadas-e-pndh-3/>.

[8] No Brasil, até 1999, as três Forças Armadas mantinham-se em ministérios independentes. Contudo, as discussões sobre a criação de um Ministério da Defesa, integrando a Marinha, o Exército e a Aeronáutica são antigas. A Constituição de 1946 já citava a criação de um ministério único, que resultou na instituição do Estado Maior das Forças Armadas (EMFA), à época chamado de Estado-Maior Geral. O ex-presidente da República Marechal Castelo Branco defendia a tese da criação de um Ministério da Defesa. Ele assinou o Decreto-Lei nº 200/1967, que previa a promoção de estudos para elaborar o projeto de lei criando o Ministério das Forças Armadas. No entanto, a proposta foi abandonada. Durante a Assembleia Constituinte de 1988, o assunto voltou à discussão, e, mais uma vez, foi arquivado. Finalmente, em 1992, Fernando Henrique Cardoso, então candidato à Presidência, declarou que em seu plano de governo estava prevista a discussão para se criar o Ministério da Defesa. A ideia era otimizar o sistema de defesa nacional, formalizar uma política de defesa sustentável e integrar as três forças, racionalizando as suas atividades. Durante os anos de 1995 e 1996, o EMFA, responsável pelos estudos sobre o Ministério da Defesa, constatou que, dentre 179 países, apenas 23 não possuíam Forças Armadas integradas por um único Ministério. Desses 23, apenas 3 – entre eles, o Brasil – possuíam dimensões políticas para

O legislador constituinte, ao atribuir às Forças Armadas a característica de instituições "nacionais", teve dois objetivos: proibir os estados de ter instituições dessa espécie e, embora integradas ao Poder Executivo, estabelecer-nas o dever de servir à nação. Por outro lado, a afirmação do caráter "permanente" veda a supressão de qualquer uma delas, bem como impede a sua transitoriedade. Por sua vez, o atributo da "regularidade" foi com o intuito de impedir que fossem assimiladas às Forças Armadas quaisquer tropas irregulares – ou seja, não previstas em seu quadro de efetivos.

Ainda pela disposição constitucional, a autoridade suprema das Forças Armadas é atribuída ao Presidente da República. Essa autoridade, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 77-78), "significa apenas que cabe ao Presidente da República a direção política das Forças Armadas, decidindo sobre seu emprego quando conveniente o oportuno". Ao revés, a direção estratégica da guerra (direção técnica) é atribuída aos comandantes militares.

2.3 Destinações específicas das Forças Armadas

A Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 97/99 conferem às Forças Armadas três destinações específicas, que poderiam ser agrupadas em: primárias, secundárias e subsidiárias.

Primariamente, as Forças Armadas destinam-se à defesa da pátria, resguardando o território nacional contra qualquer inimigo estrangeiro, garantindo assim a sua independência, integridade e soberania. Secundariamente, garantem os poderes constituídos: são necessárias para que estes possam realizar livremente suas funções. Subsidiariamente, cabe às Forças Armadas assegurar o respeito à lei e à ordem, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos. Adverte-se que essa competência, além de subsidiária, é transitória, porque a tarefa de defesa da ordem interna cabe inicialmente às polícias militares; e, quando estas são insuficientes para conter a desordem, as Forças Armadas só podem atuar o tempo necessário para restabelecer da ordem rompida.[9]

---

justificar sua criação, como por exemplo, extensão territorial e Forças Armadas treinadas e estruturadas. Os ministérios da Defesa da Alemanha, da Argentina, do Chile, da Espanha, dos EUA, da França, da Grã-Bretanha, da Itália e de Portugal foram escolhidos para análise aprofundada porque possuíam algum tipo de identificação com o Brasil, como extensão territorial, população, efetivo das Forças Armadas, entre outras características. Para dar continuidade aos estudos de criação, Fernando Henrique Cardoso criou o Grupo de Trabalho Interministerial, que definiu as diretrizes para implantação do Ministério da Defesa. Em 10/6/1999, o Ministério da Defesa foi oficialmente criado, o Estado-Maior das Forças Armadas extinto e os ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica foram transformados em comandos. As competências do ministério estão previstas no artigo 14, inciso V da Lei nº 9.649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios (cf. Conheça suas Forças Armadas, 1996). Em dezembro de 2008, o Ministério da Defesa e a Secretaria de Assuntos Estratégicos encaminharam ao Presidente da República a proposta de Estratégia Nacional de Defesa (END), com o objetivo de modernizar a estrutura nacional de defesa, atuando em três eixos estruturantes: reorganização das Forças Armadas; reestruturação da indústria brasileira de material de defesa; e política de composição dos efetivos militares. No plano da reorganização das Forças Armadas, o END prevê a redefinição das atribuições do Ministério da Defesa e a sua relação com as forças singulares. Consulte-se a íntegra da proposta em: <http://www.sae.gov.br>.

[9] Vide Decreto nº 3.897/2001, que fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. Sobre o tema, cf. Luis Roberto Barroso: Forças Armadas e ações de segurança pública: possibilidades e limites à luz da Constituição (*Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 7, p. 43-68, jul.-set. 2007); e Cláudio Pereira de Souza Neto: A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas (*Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 8, p. 19-73, out.-dez. 2007).

Restam ainda às Forças Armadas atribuições subsidiárias particulares caracterizadas, de um lado, por estarem voltadas a áreas ainda não atraentes à iniciativa privada. De outro, por ocorrerem dentro da estratégia governamental, que visa a melhorar a qualidade de vida da população e a colocar o país em um nível de desenvolvimento tal qual lhe permita ser respeitado em importantes foros internacionais. Essa atuação é preponderantemente voltada para as áreas de ciência e tecnologia, construção, indústria, transporte, assistência social, saúde, educação, preservação do meio ambiente e defesa civil.[10]

2.4 Princípios de organização e funcionamento

Outro aspecto importante da função militar que cabe ser destacado é que o legislador constituinte, assim como o fez nas constituições anteriores, determinou que, no desempenho da função militar, as Forças Armadas encontram-se vinculadas a dois princípios de organização que são as pedras angulares de sua atuação: a hierarquia e a disciplina.[11]

Cabe anotar que a hierarquia e a disciplina militar não podem ser caracterizadas como meras potestades de organização e atuação da Administração Pública, mas sim verdadeiros princípios de direito.[12] Primeiro, porque a Constituição fez girar e fundar todo o regime jurídico instituído no Título V sob esses dois postulados. Segundo, a hierarquia e a disciplina militar possuem natureza axiológica e finalística características próprias dos princípios de direito.[13]

Pode-se, portanto, conceituar a hierarquia militar como sendo um princípio de distribuição escalonada e gradativa existente entre os vários órgãos militares ou entre os vários postos (patentes) e graduações existentes numa corporação.

De seu turno, a disciplina pode ser entendida como a competência, conferida por lei, ao superior hierárquico de punir, internamente, as infrações funcionais dos militares e demais subalternos sujeitos à disciplina dos órgãos, instituições e corporações da Administração Pública Militar.[14]

---

[10] V. art. 16 a 18 da Lei Complementar nº 97/99.

[11] Nas palavras de Antônio Pereira Duarte (1996, p. 46), "desde épocas mais remotas, passando pela Fortaleza de Castro, em Roma, até os nossos dias, qualquer Força Armada necessita estar alicerçada nestes dois pilares fundamentais: hierarquia e disciplina".

[12] Segundo o publicista espanhol Ramón Parada (2000, p. 16), potestade organizatória da Administração, em sentido estrito, seria "la faculdad de la Administración para configurar dentro de los límites de las leyes constitucionales y ordinarias su propria estructura".

[13] Acerca dessa distinção dogmática entre regras (potestades) e princípios de direito, consulte-se, por todos, Alexy (1993).

[14] Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 142), "a hierarquia e a disciplina são caracteres indelevelmente associados às Forças Armadas. Dada a natureza das operações em que se empenham, é essencial para as Forças Armadas a definição do comando. Realmente, não podem elas atuar eficientemente se cada soldado não souber quem comanda e qual o âmbito de comando de cada um. Por isso a hierarquia é inerente a qualquer das Forças Armadas. A disciplina por sua vez, decorre necessariamente da hierarquia. Esta não existiria se os subordinados não obedecessem aos superiores, se o comando não correspondesse a obediência." Com razão, observa Antônio Pereira Duarte (1996, p. 45) que "o contingente de servidores militares é muito grande. As três Forças Singulares são organizadas em vários níveis de Comando e Direção, de modo que a ordenação da convivência entre os diferentes níveis hierárquicos exige o rigor da disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores. Desde o círculo de Graduados até o Círculo de Oficiais-Generais, prevalece o signo da hierarquia e da disciplina. O respeito a tais princípios é a base de sustentação das instituições militares."

2.5 Características da atividade militar

Além da vinculação aos princípios da disciplina e da hierarquia, a atividade militar apresenta outras características, inexistentes em qualquer atividade civil, que reforçam a existência de um regime jurídico-funcional diferenciado.

Nesse sentido, destaca-se o constante risco de vida a que está sujeito o militar durante toda a sua carreira, tanto nos treinamentos quanto na sua vida diária ou na guerra. A possibilidade iminente de um dano físico ou da morte é um fato permanente de sua profissão. Assim, o exercício da atividade militar, por natureza, exige o comprometimento da própria vida.[15]

De igual modo, ao ingressar nas Forças Armadas, o militar não pode exercer qualquer outra atividade profissional, o que o torna dependente de seus vencimentos, conforme dispõe o artigo 142, § 3º, II, da Constituição Federal. A acumulação de cargos públicos somente será tolerada se o cargo for temporário, conforme permite o inciso III do mesmo preceito constitucional.

A disponibilidade permanente é outra característica inerente à atividade castrense, o que torna o militar disponível para o serviço ao longo das 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial. Essa disponibilidade acarreta uma mobilidade geográfica para o desempenho de suas funções, em qualquer época do ano, para qualquer região do país – em alguns casos, passa a residir em locais inóspitos e destituídos de infraestrutura de apoio à família.

A disponibilidade e a mobilidade do militar afetam, inclusive, a vida familiar, acarretando prejuízos das mais diversas ordens, como: dificuldade de formação do patrimônio familiar; prejuízo para a educação dos filhos; impossibilidade do exercício de atividades remuneradas por cônjuge do militar; e impossibilidade de o núcleo familiar estabelecer relações duradouras e permanentes na cidade onde reside.

Tendo em vista as atribuições que o militar desempenha – não só por ocasião de eventuais conflitos, para os quais deve estar sempre preparado, mas, também, no tempo de paz –, a atividade militar exige-lhe elevado nível de saúde física e mental. O militar é submetido, durante toda a sua carreira, a periódicos exames médicos e testes de aptidão física (TAF), que condicionam a sua permanência no serviço ativo.[16]

Além da higidez física e mental, o exercício da atividade militar exige uma rigorosa e diferenciada formação. Ao longo de sua vida profissional, o militar de carreira passa por um sistema de educação continuada, que lhe permite adquirir as capacitações específicas dos diversos níveis de exercício da atividade militar, e realiza reciclagens periódicas para fins de atualização e manutenção dos padrões de desempenho.[17]

[15] V. art. 31, I, da Lei nº 6.880/80.
[16] V. art. 28, VI, da Lei nº 8.660/80.
[17] V. art. 27, VI, e art. 36 da Lei nº 8.660/80.

Por fim, mesmo na inatividade, o militar permanece vinculado à sua profissão. Os militares na inatividade, quando não reformados, constituem a "reserva" de primeira linha das Forças Armadas: devem manter-se prontos para eventuais convocações e retorno ao serviço ativo, independentemente de estarem exercendo outra atividade, não podendo por tal motivo se eximir dessa convocação.[18]

Há de se mencionar ainda que as diversas normas que regem o vínculo estatutário do militar preceituam a necessidade de observação constante de um valor e de uma ética castrense, traduzida por atos de patriotismo, civismo, fé na missão das Forças Armadas, espírito de união e apego à instituição a que serve. Ao lado desse valor, deve o militar possuir uma irrepreensível conduta moral e profissional, manifestada no sentimento do dever, do pundonor e do decoro de classe.[19]

2.6 A natureza do vínculo funcional

O vínculo funcional do militar é de natureza estatutária, ou seja, imposto unilateralmente pelo Estado. No estatuto dos militares, os deveres e obrigações são mais rígidos do que no estatuto dos servidores civis, uma vez que estão baseados nos princípios da hierarquia e disciplina, bem como em razão da própria atividade diária, que lhe impõe o manuseio e a utilização constante de equipamento bélico.

Por conta dessa especificidade, a Emenda Constitucional nº 18/98, que alterou a redação original da Constituição Federal de 1988, reservou um capítulo específico às Forças Armadas,[20] desvinculando-o do regime jurídico do servidor público civil.[21]

No tocante aos membros das Forças Auxiliares, a Constituição regulou-os no artigo 42. Preceituou, ainda, que os militares do Distrito Federal seriam organizados e mantidos pela União (artigo 21, XIV).

Desse modo, o militar, em sentido amplo, pode ser caracterizado como toda pessoa física integrante das Forças Armadas (Exército, Marinha ou Aeronáutica) e das Forças Auxiliares (polícias militares e corpos de bombeiros militares dos estados, do Distrito Federal e dos territórios), ocupante de cargo ou função pública militar previsto

[18] V. art. 3º, § 1º, "b", I, e artigo 8º da Lei nº 6.880/80.

[19] V. arts. 27 e 28 da Lei nº 6.880/80.

[20] No que diz respeito à tutela constitucional dos corolários castrenses manifestados por meio dos valores regentes da caserna, estes são de tal modo especiais que justificam a alocação das Forças Armadas e dos militares em estratificações distintas das que regulam a Administração Pública, tomada em seu sentido genérico, estando assim expresso o apartamento das Forças Armadas na topografia constitucional. Nesse sentido, Ivan Barbosa Rigolin (1989, p. 194-195) comenta a posição do militar na Constituição de 1988, após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98: "A Constituição em boa técnica reservou seções separadas para os servidores civis e para os militares, uma vez que inúmeras características, muitas vezes 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".

[21] Em palestra proferida na Câmara dos Deputados em novembro de 1996 e que serviu de subsídio para a Emenda Constitucional nº 18/98, asseverou Álvaro Lazzarini (2000, p. 220) que a transferência do conteúdo do artigo 42 para o artigo 142, no caso dos militares federais, não teria significado inovador. Tal forma seria semelhante à de constituições anteriores, nas quais os direitos e deveres dos militares alojavam-se no capítulo constitucional que lhes definia as finalidades e não modificava o entendimento dos juristas sobre o *status* do militar. Alertou, contudo, para a inconveniência de os militares isolarem-se em um determinado capítulo constitucional, porque as remissões aos dispositivos que tratam dos civis são inevitáveis, sob pena de perderem-se direitos comuns às carreiras.

em lei, na respectiva graduação ou posto,[22] conforme a escala contida nos diversos círculos hierárquicos.

Do acima exposto, denota-se que a função militar possui uma especificidade própria, distinta de qualquer vínculo funcional que se estabeleça entre o servidor civil e o Estado.

3 A relação de especial sujeição dos militares

Diante do fato de que determinadas pessoas físicas vinculam-se ao Estado de maneira mais estreita, surge no Direito alemão a noção da relação de especial sujeição estatal. Otto Mayer esclarecia ser sujeição o vínculo de duas pessoas desiguais do ponto de vista do direito, cujo conteúdo é determinado pela vontade da pessoa superior (1949, p. 144).

Com efeito, o regime de especial sujeição abrange as pessoas que mantêm com o ente estatal uma especial vinculação jurídica, que dá ensejo a um regime específico, caracterizado por uma sujeição mais estreita do particular perante o Estado. Ao contrário do regime de sujeição geral, decorrente do poder de império estatal, atinge a todos os indivíduos que se encontram no território do Estado, indiscriminadamente.

Para a doutrina italiana, o entendimento é idêntico. Com propriedade, assevera Renato Alessi[23] que o regime de sujeição geral é aquele no qual se encontram todos sem particular vínculo com a Administração Pública. Adiante, acentua que o regime de sujeição especial é o que coloca a pessoa física ou jurídica em posição peculiar em face do Estado, por conta de um elo específico. Na primeira situação, o comportamento pessoal dos cidadãos seria administrativamente ajustado à moldura normativa pelo regular exercício do poder de polícia; na outra, competiria ao poder disciplinar desempenhar tal função.

Conclui o publicista italiano:

> En conclusión, por lo tanto, el problema relativo a la identificación de las relaciones administrativas a las que puede unirse, como relación acessoria, una especial supremacía de la Administración que constituya fuente de derechos y obligaciones particulares, con la correlativa especial sujeción de los particulares, se resuelve en sentido de considerar que tal supremacía especial puede existir siempre que la relación implique un contacto personal directo, con cierto carácter de permanencia y contibuidad, entre el individuo titular de la relación y la esfera de la Administración, de manera que surja la necessidad de regular el comportamiento personal del administrado a fin de assegurar el major ejercicio de la propria relación. (ALESSI, op. cit, p. 230).

[22] Graduação é o grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar; já posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do presidente da república ou de ministro militar e confirmado em carta patente. (v. arts. 3º, § 1º, e 16, § 1º, § 3º, da Lei nº 6.880/80).

[23] Anota o autor: "Al lado de la posición general de supremacía de que goza la Administración Pública, según se há visto, como expressión del Estado y, por tanto, como titular del poder de imperio, pueden existir posiciones especiales de supremacía de la Administración frente a los administrados (supremacía más acentuada que la general) las cuelas, por lo tanto, tienen un fundamento distinto al de la simple titularidad del poder de imperio" (ALESSI, 1970, p. 226-227).

Na doutrina brasileira, destaca-se a posição de Heraldo Garcia Vitta (2003, p. 72) que distingue o regime de sujeição especial pelo seu conteúdo. Quanto a esse aspecto, tem-se, primeiro, o poder de emanar preceitos normativos, destinados a regular a relação – são as normas internas, os regulamentos de serviço, incumbidos de disciplinar a aplicação dos serviços públicos, ditando prescrições aos usuários, depois de sua admissão (os regulamentos internos de uma escola, de uma biblioteca e outros). Em segundo lugar, o poder de dar ordens individuais aos particulares; depois, o poder de vigiar para verificar o cumprimento da norma interna e para assegurar o bom andamento dos serviços públicos. Finalmente, o poder de atingir, com sanção administrativa, o comportamento dos particulares que resulte danoso para o andamento dos serviços públicos.

As precedentes considerações doutrinárias demonstram, a toda evidência, que o militar encontra-se na categoria de especial sujeição estatal, com a agravante dos deveres de obediência aos princípios da disciplina e da hierarquia, das vedações constitucionais, e dos deveres e obrigações previstas no seu estatuto funcional.

A partir desse regime jurídico de vinculação especial dos militares, os princípios decorrentes do poder sancionador estatal, especialmente a legalidade e a tipicidade, poderão ser mitigados quando se aplicarem as punições disciplinares, como adiante se demonstrará.

4 Regime jurídico da transgressão e da punição militar

O Direito positivo, em todos os sistemas jurídicos, compõe-se de normas jurídicas, que podem ser entendidas como padrões de conduta social imposta pelo Estado, para que seja possível a convivência em sociedade. Essas normas são fórmulas de agir, determinações que fixam as pautas do comportamento interindividual (NADER, 1995, p. 99-100).

Herbert Hart (2001, p. 89-109) distinguia duas categorias de normas jurídicas: as normas de estrutura e as normas de conduta. As primeiras disciplinam a produção das próprias normas jurídicas; as segundas, as condutas que as pessoas devem ou não adotar.

Importam, para o desiderato do presente tópico, as normas de conduta. Estas possuem duas partes em sua estrutura lógica: a norma primária e a norma secundária. A norma primária prescreve uma conduta às pessoas que se enquadrem na situação de fato nela descrita; a secundária impõe uma consequência ao descumprimento da conduta devida (BOBBIO, 1995, p. 156).

A conduta (ação ou omissão) contrária ao mandamento da norma jurídica é o ilícito (VITTA, 2003, p. 29).

A sanção jurídica pode ser caracterizada como a consequência, prevista na norma secundária, de não se observar a conduta prescrita na norma primária. É a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela previsto, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários (FERREIRA, 2001, p. 25).

Partindo-se desse referencial de natureza dogmática, cabe verificar em que se constitui a transgressão disciplinar (espécie de ilícito administrativo disciplinar) e a punição militar (espécie de sanção administrativa disciplinar).

4.1 Transgressão disciplinar (ilícito administrativo disciplinar)

Dado o fato de ser o ilícito uma categoria jurídica, ou seja, noção da teoria geral do Direito, não resta válido o reconhecimento de diferenças ontológicas entre as suas várias espécies.[24]

No entanto, o ilícito administrativo pode ser diferenciado do ilícito penal pelo regime jurídico aplicável. Nesse sentido, o manifesto entendimento de Régis Fernandes de Oliveira:

> Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto que a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumidamente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do processo civil ou penal. Em suma, o fundamental para distinção é o regime jurídico e, em especial, a eficácia jurídica do ato produzido. (OLIVEIRA, 1985, p. 32)

No mesmo critério de distinção – regime jurídico –, segue Daniel Ferreira (2001, p. 60-63): "O fator de discriminação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente. Sendo esta uma pena, configurará um delito a conduta efetivamente praticada; ao contrário, sendo sanção administrativa, uma anterior infração ter-lhe-á dado ensejo". Na concepção desse autor, ilícito administrativo é "o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo" (ibid.).

Júlio Fabrini Mirabete chega à mesma conclusão ao diferenciar o ilícito penal do ilícito civil:

> Não existe diferença de natureza, ontológico, entre crime (ilícito penal) e ilícito civil, pois ambos ferem o ordenamento jurídico. Ocorre que, entendendo o legislador que determinados fatos antijurídicos não atingem bens jurídicos tão relevantes

[24] Nelson Hungria (1945, p. 24) afirmava que "a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência é o dever jurídico. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço".

> que devem ser protegidos pela lei penal, não os eleva à categoria de ilícito penal. Resulta, pois, que a única diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil é meramente formal, ou seja, aquela estabelecida pela lei penal. Estabelece o legislador, através das figuras penais, quais os ilícitos que devem ser reprimidos através de sanções penais, prevendo-os como ilícitos penais, enquanto os demais estarão sujeitos apenas às sanções civis (indenização, restituição, multa civil etc.), administrativas (suspensão e demissão de funcionário etc.), tributárias (multa tributária, acréscimos etc.) etc. Estes serão então ilícitos civis, administrativos, tributários, etc. (MIRABETE, 1998, p. 97)

No âmbito do Direito Militar, o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) dispõe, no artigo 42, que a violação das obrigações ou dos deveres militares poderá constituir crime, contravenção ou transgressão disciplinar, de acordo com o previsto nos regulamentos e leis militares.

De seu turno, o artigo 46 do mesmo diploma legal estipula que cabe ao Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69, atualizado pela Lei nº 6.544/78) relacionar e classificar os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra; e o artigo 47 determina que cabe aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificar e classificar as contravenções ou transgressões disciplinares.

Com fundamento nos dispositivos acima referidos, o Poder Executivo elaborou diversos regulamentos, em linhas gerais iguais e em determinadas situações muito diferentes, em razão da natureza da atividade desempenhada por cada Força Militar: o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE, aprovado pelo Decreto nº 4.346/2002); o Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM, aprovado pelo Decreto nº 88.545/1983); o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer, aprovado pelo Decreto nº 76.322/1975) e outros específicos para as Forças Auxiliares.

Segundo o artigo 14 do RDE, a transgressão disciplinar caracteriza-se como "toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe".

Em resumo, ao se cometer uma transgressão disciplinar, surge para a Administração Pública Militar o poder-dever de punir o transgressor, aplicando-lhe uma punição para que este não volte a violar os princípios da hierarquia e da disciplina.

4.2 Punição disciplinar (sanção administrativa disciplinar)

De igual modo, embora sejam ontologicamente idênticas, a sanção penal e a sanção administrativa possuem regime jurídico próprio, e a doutrina diverge apenas quanto ao fundamento da distinção.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 501) e Marcelo Caetano (1989, p. 388-389), a sanção administrativa e a sanção penal não se confundem. Na opinião destes autores, a sanção penal visa a punir atos contrários aos interesses sociais, enquanto a sanção administrativa visa aos atos da atividade administrativa. A distinção, portanto, estaria no fundamento da responsabilidade, tendo em vista o bem jurídico ofendido.

Por outro lado, a sanção administrativa pode ter uma finalidade disciplinar, atingindo o comportamento de indivíduos sujeitos a especial relação de submissão com o Estado que resulte danosa ao bom andamento das atividades administrativas.[25]

No Direito Militar, a sanção administrativa disciplinar recebe a denominação de punição disciplinar. Pelo disposto no artigo 24 do RDE, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente: a) advertência; b) impedimento disciplinar; c) repreensão; d) detenção disciplinar; e) prisão disciplinar; e f) licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Denota-se, portanto, que ao contrário do que ocorre com o servidor civil, o militar, dependendo do grau da transgressão disciplinar praticada, poderá ter o seu direito de liberdade restringido, ficando detido em cela existente na organização militar onde se encontra subordinado.

5 A mitigação do princípio da legalidade e da tipicidade na transgressão e na punição disciplinar

A diversidade de regimes jurídicos penais e administrativos em seu aspecto formal e substancial demonstra a inexistência de um unitário *ius puniendi* estatal.

Por essa razão, considera-se erro grave simplesmente transportar princípios de Direito Penal para o âmbito dos ilícitos e sanções administrativas, sem as devidas adaptações. Nesse sentido, destaca-se a lição de Fábio Medina Osório, estampada nos seguintes termos:

> O Direito Administrativo veicula suas normas com finalidades e objetivos restritos ao campo de incidência que lhe é próprio. O Direito Penal tem um campo de incidência teoricamente mais amplo. O Direito Administrativo pode ser aplicado por autoridades administrativas ou judiciais, sendo estas pertencentes à esfera extrapenal. Já o Direito Penal depende dos Juízes com jurisdição penal. O elemento formal da sanção administrativa é o processo, judicial ou administrativo, extrapenal. O elemento formal das sanções penais é o processo penal. Esses veículos processuais são substancialmente distintos. A interpretação penal é distinta da interpretação administrativa. Distintos são os princípios que presidem uma e outra política repressiva, tendo em conta a radicalidade maior do direito penal, que possui a potencialidade de privar o ser humano de sua liberdade. O princípio da intervenção

[25] Para Marcelo Caetano (1989, p. 402), as sanções disciplinares têm por fim imediato defender o serviço da indisciplina e melhorar o seu funcionamento e eficiência, mantendo-se fiel aos seus fins.

> mínima é mais acentuado no direito penal. O interesse público possui alcance e uma importância radicalmente maior no Direito Administrativo do que no Direito Penal. (OSÓRIO, 2000, p. 117)

Para Rafael Munhoz de Mello (2001, p. 157), há uma diferença crucial entre o fenômeno punitivo penal e o administrativo: o primeiro decorre do exercício da função jurisdicional, enquanto o segundo é praticado no exercício da função administrativa. As peculiaridades de cada qual, conclui o referido autor, impedem que seja dado o mesmo tratamento jurídico à manifestação do *ius puniendi* nos âmbitos do Direito Penal e do Direito Administrativo.

A doutrina clássica do direito administrativo corrobora esse entendimento, tendo em vista, notadamente, o conteúdo finalístico de ambas. Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 116), não se deve confundir o poder disciplinar da Administração Pública como o poder punitivo do Estado, realizado pela Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à reprimir de crimes e contravenções definidas nas leis penais e, por esse motivo, é realizada – fora da Administração ativa – pelo Poder Judiciário.

Decerto, essas diferenças não podem significar uma ausência de submissão a certos princípios gerais de direito público punitivo decorrentes do Estado Democrático de Direito. [26] Esclareça-se, porém, que esses princípios do regime jurídico sancionador devem ser aplicados de modo peculiar, com certa relativização, no âmbito das relações de especial sujeição, ante a necessidade de se proteger uma ordem administrativa interna, valores de hierarquia, subordinação, coordenação entre os múltiplos funcionários públicos ou tutela de peculiares deveres profissionais.

Com efeito, na função militar, particularmente, a relativização dos princípios sancionadores acentua-se, por conta da proteção a valores morais e cívicos, próprios da atividade militar e em razão dos rígidos princípios da hierarquia e da disciplina a que estão submetidos os membros das Forças Armadas e Forças Auxiliares.

5.1 O princípio da legalidade na função militar

O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito garante que a ninguém será imposta uma obrigação (fazer ou não fazer) sem prévia cominação legal – artigo 5º, II, CF.

[26] Nesse sentido, Daniel Ferreira (2001, p. 86) consigna: "O que não se pode logicamente negar, pois, é a existência de um mínimo regime jurídico sancionador, afeto à própria Teoria Geral do Direito e à noção de função pública, através do qual, independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), reconhecem-se alguns princípios como sendo de cogente aplicação". Anote-se em abono a esse entendimento, a lição de Rafael Munhoz de Mello (2001, p. 157): "Os princípios que regem o poder punitivo do Estado, que devem ser observados quando da aplicação das sanções penais e administrativas, não são os do direito penal, mas sim os que decorem do Estado de Direito."

No regime jurídico penal, somente uma lei formal – ou seja, decorrente de um processo legislativo próprio – pode estipular, a princípio, as condutas proibidas ou obrigatórias impostas ao particular.

No regime jurídico administrativo, o princípio da legalidade encontra-se previsto no artigo 37 da CF. Portanto, a Administração Pública é uma atividade que se desenvolve debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir fins assinalados pela lei. Em outras palavras, a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza, diferentemente do particular que pode fazer tudo o que a lei permite e o que ela não proíbe.[27]

A adstrição da legalidade ao campo do regime disciplinar consiste em saber se há necessidade ou não de reserva de lei em sentido estrito (formal e material) para a definição de infrações e respectivas sanções, especialmente as decorrentes da relação de especial sujeição estatal.

A esse respeito, a doutrina clássica alemã do início do século XX refutava a aplicação do princípio da legalidade nas relações de especial sujeição. Segundo Ernest Forsthoff (1958, p. 185-191), nas relações externas aplica-se o princípio da legalidade na hipótese de atingir a liberdade ou propriedade do administrado, podendo ocorrer a complementação da lei por meio de atos regulamentares. Por outra parte, na relação interna (aquela em que o particular se encontra no interior da Administração), como o próprio administrado voluntariamente renuncia ao seu *status* geral de liberdade e submete-se às obrigações e às limitações das relações especiais, o problema não se apresenta, e o Estado pode regular a relação por meio de atos subalternos da lei.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha reconheceu, em decisão de 14/3/1972, a necessidade de se aplicar o princípio da reserva legal nas relações de especial sujeição. Porém, o tribunal ressalvou as peculiaridades que esse vínculo apresenta em determinados casos, podendo as restrições existirem independentemente da reserva legal, desde que indispensáveis e proporcionais aos fins públicos visados: "as restrições a direitos de titulares que se inserem em relações de sujeição especial devem ser indispensáveis e adequadas a promover a finalidade a que se destinam" (NIETO, 2006, p. 226).

Recorde-se que desse entendimento surgiu a classificação dos regulamentos, quanto à matéria que tratam, em regulamentos administrativos e regulamentos jurídicos. Regulamentos administrativos são os que regulam a organização administrativa e, por conseguinte, os que se aplicam dentro do âmbito de uma especial relação de poder. Regulamentos jurídicos são, pelo contrário, os que regulam ou estabelecem direitos ou impõem deveres no âmbito de uma relação de supremacia geral, ou seja, a estabelecida entre a Administração Pública e o conjunto de cidadãos.

[27] Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 55) recordam que "existe uma enorme e, até mesmo, paradoxal diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado: os particulares agem com ampla liberdade, mas são desprovidos de poderes e prerrogativas; a Administração Pública é detentora de poderes e prerrogativas, mas não tem liberdade. Enquanto os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina".

A respeito dessa distinção entre regulamento administrativo e regulamento jurídico, bem como a sua relação com o princípio da reserva legal, com pertinência ensina o publicista hispânico Ramón Parada:

> Esta distinción reveste importancia con el principio de reserva de Ley: mientras que los reglamentos jurídicos, por afectar en último término a la propriedad y liberdad o a los contemidos tradicionales del Derecho privado, sólo se admitem en desarollo de una ley previa, o do que es lo mismo, necessitan de una ley habilitante, los reglamentos administrativos, por el contrário, se entiende que inciden en un ámbito doméstico de la Administración y por ello sólo tienen que respectar el principio da reserva formal de ley, esto es, no contradicer su regulación, si existe esta norma superior. (PARADA, 2000, p. 65, 66)

Em outros países europeus, de tradição jurídica romano-germânica o entendimento é semelhante. Na Espanha, por exemplo, o artigo 25 da Constituição Federal de 1978 impõe a observância do princípio da legalidade em matéria penal e administrativa, nos seguintes termos: "Nadie puede ser condenado o sancionado por aciones u omissiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente."

No entanto, Ramón Parada (op. cit., p. 499-504) e Alejandro Nieto (2006, p. 229-230) recordam que o Tribunal Constitucional espanhol interpretou o termo "legislação" em matéria de sanções administrativas, com um distinto alcance. Entendeu o tribunal que, no âmbito administrativo, não é necessária uma reserva absoluta de lei: basta uma "cobertura legal". A diferença entre princípio de reserva absoluta de lei – que opera em matéria penal – e de cobertura legal – aplicável às sanções administrativas – é que, no primeiro caso, a lei legitimadora tem de cobrir por inteiro tanto a previsão da penalidade como a descrição da conduta ilícita (tipicidade) sem possibilidade de completar essa descrição por um regulamento; enquanto que o princípio da cobertura legal das sanções administrativas somente exige cobrir com lei formal uma descrição genérica das condutas sancionáveis, as classes e os limites das sanções, mas com possibilidade de remeter à potestade regulamentar a descrição pormenorizada das condutas ilícitas.

No Brasil, o entendimento teórico-doutrinário sobre o tema segue a mesma orientação do Direito comparado.

Rafael Munhoz de Mello (2001, p. 174) admite o "afrouxamento" do princípio da legalidade na imposição de infrações administrativas, quando é "impossível ao legislador esgotar a disciplina legal de uma determinada matéria, pela absoluta imprevisibilidade de todas as obrigações que se podem impor aos particulares, ou em que tal esgotamento seja prejudicial às atividades da Administração Pública".

Nas opiniões de Heraldo Garcia Vitta (2003, p. 78-79) e Edilson Pereira Nobre Júnior (2001, p. 135), deve-se verificar a intensidade do liame que liga o particular à

Administração Pública. Apenas nos casos cuja ligação se dá "intimamente" à ordem administrativa, teremos mitigado o princípio da legalidade. Assevera Vitta que, em relação aos militares, além da relação de grande intensidade que os liga ao Estado, o regime peculiar, rígido, organizativo, de sacrifícios incomensuráveis em prol do país indica a necessária liberdade da Administração para, mesmo sem lei formal, definir as infrações e impor penalidades administrativas.

No mesmo sentido, a doutrina especializada de José da Silva Loureiro Neto, ao apontar as diferenças entre o crime militar e as infrações disciplinares, assevera que:

> Enquanto no ilícito penal, em virtude do princípio da reserva legal consubstanciado no *nulum crimem, nulla poena sine lege* é de interpretação restritiva, rigorosamente prevista em lei, cujas sanções são manifestações do poder jurisdicional visando o interesse social, o ilícito disciplinar, ao contrário, não está sujeito ao princípio da legalidade, pois seus dispositivos são até imprecisos, flexíveis, permitindo à autoridade militar maior discricionarismo no apreciar o comportamento do subordinado, a fim de melhor atender os princípios de oportunidade e conveniência da sanção a ser aplicada, inspirada não só no interesse da disciplina, como também administrativo. (LOUREIRO NETO, 2001, p. 26)

Conclui-se, portanto, que no âmbito das relações entre Administração Pública e militar, a aplicação do princípio da legalidade pode e deve ser mitigada, tendo em conta a natureza de suas funções.

5.2 O princípio da tipicidade na função militar

A teoria da tipicidade, normalmente estudada pela doutrina penalista, é considerada um corolário e uma garantia da legalidade. Pode ser definida como a qualidade da norma de estabelecer, previamente, a conduta taxativa a respeito do qual se atribuirá uma determinada sanção, de maneira a permitir ao transgressor saber a consequência de seu comportamento. Contudo, tal e qual na legalidade, a tipicidade penal não se equipara à tipicidade das infrações administrativas.

A base constitucional da tipicidade penal está prevista no artigo 5º, XXXIX, da CF: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Observa-se, inicialmente, que a norma constitucional nada menciona a respeito de sanções administrativas disciplinares. Trata a norma apenas de crime (ilícito penal) e pena (sanção penal).

A esse respeito, assevera Hely Lopes Meirelles (2001, p. 117) que não se aplica no poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e opere. Segundo o publicista, esse princípio não vigora em matéria disciplinar, razão

pela qual o administrador – no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta – aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.

Com similar entendimento, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conclui que:

> Não se pode aplicar sanção aos particulares, em geral, sem previsão legal; ao contrário, independem dela as impostas aos servidores públicos, sejam agentes públicos integrados na organização administrativa, sejam particulares colaborando com a Administração Pública, nos termos legais, como delegados ou prestacionistas de serviço. (MELLO, 1969, p. 501)

Ainda sobre o assunto, Marcelo Caetano assim pontifica:

> Enquanto o ilícito criminal se traduz na formulação exata e precisa da conduta proibida, originando tipos legais de infração fora de cujo esquema não é admissível a punibilidade, é disciplinarmente ilícita qualquer conduta do agente que transgrida a concepção dos deveres funcionais válida para as circunstâncias concretas da sua posição e atuação. Pode normalmente ser qualificada como infração disciplinar qualquer conduta de um agente que caiba na definição legal: a infração disciplinar é atípica. Só em certos casos a lei define as condições de existência da infração, criando então um tipo. (CAETANO, 1989, p. 395)

Não obstante as referidas considerações, não seria adequada a existência de absoluta atipicidade em matéria administrativa em decorrência do novo modelo estatal inaugurado com a Constituição de 1988. Admite-se, isso sim, um "abrandamento" do tipo administrativo em razão da natureza do vínculo que une a Administração Pública ao militar.

Dessa forma, verifica-se que, no regime de sujeição especial, a tipicidade administrativa opera de modo peculiar. Nesse regime, haverá um espaço maior para se estipularem os atos ilícitos, como bem adverte Daniel Ferreira:

> Conquanto no regime de sujeição geral exige-se lei formal estipulando as infrações e cominando as respectivas sanções, não nos parece que tamanho rigor seja de se exigir para a imposição de sanções decorrentes de um peculiar regime de sujeição. Em ambos, entretanto, sempre haveria a imprescindibilidade de lei para estipulação de infrações e das respectivas sanções. No caso de haver um especial liame firmado com o particular a obrigatoriedade reportar-se-ia apenas a uma lei autorizando referida possibilidade, e não necessariamente a uma tipificação legal". (FERREIRA, 2001, p. 96)

Heraldo Garcia Vitta (2003, p. 94)[28] caminha no mesmo passo, reconhecendo um abrandamento no tipo administrativo na relação especial de sujeição, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, desde que observados alguns limites, a fim de adequar o interesse público à liberdade dos indivíduos.

Pode ocorrer, por outro lado, o que García de Enterría e Tomás-Ramon (2000, p. 273) denominam de "deslegalização em matéria reservada". Segundo essa técnica legislativa, o legislador abre mão de sua própria competência, possibilitando uma regulação administrativa independente e desvinculada da lei. Contudo, asseveram os doutrinadores espanhóis que em matéria sancionadora administrativa não cabe uma deslegalização completa, de modo que a lei possa abrir espaço a uma atuação administrativa inferior arbitrária e ilimitada, sem o necessário suporte para restringir liberdades individuais.

Conclui-se, portanto, que a tipicidade da transgressão e da punição militar comporta legítima outorga legislativa, explícita ou implícita, de certa parcela de discricionariedade, manifestada por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, conferindo amplos espaços à autoridade julgadora. Nessa medida, os regulamentos funcionam como atos integradores das "normas em branco", permitindo a autoridade administrativa uma dinâmica própria (OSÓRIO, 2000, p. 206).[29]

Portanto, no âmbito da relação de especial sujeição estatal em que se encontram os militares, admite-se uma tipicidade proibitiva mais ampla e genérica para a transgressão e a punição disciplinar. O erro é tratado com maior rigor, os princípios são aplicados de forma mitigada, sem que isso implique violação ao seu núcleo básico. Por esse motivo, a relativização do alcance da reserva de lei em matéria disciplinar militar encontra-se plenamente justificada.

Reconhece-se essa opção do legislador brasileiro quando, mediante lei formal (Lei no 6.880/80 – Estatuto dos Militares) conferiu à autoridade militar uma ampla margem de discricionariedade, na medida em que utilizou, na estatuição das transgressões disciplinares, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais amplas – *v.g.*, honra, pundonor e decoro.[30]

De igual modo, percebe-se que o legislador procedeu a uma deslegalização parcial, ao determinar, no artigo 47 do referido estatuto, que a estatuição e classificação

[28] Os limites referidos pelo autor podem ser assim resumidos: a) serão utilizados os conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, apenas quando houver a impossibilidade de o legislador prever todos os comportamentos que possam ser sancionados; b) somente a lei formal, editada pelo Legislativo, poderá conter conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a fim de garantir um mínimo de segurança aos indivíduos ligados à Administração; c) a lei, ao utilizar conceitos abertos ou indeterminados, ou cláusulas gerais, deverá determinar, taxativamente, as sanções correlatas; e por fim, d) a lei deverá restringir o alcance das palavras plurissignificativas (VITTA, op. cit., p. 93).

[29] Segundo o mesmo autor, não é possível, tampouco recomendável, permitir ou ordenar comportamentos administrativos com suporte em normas de elevada indeterminação e grande generalidade, pois se assim fosse se estaria burlando exigência material de submissão do administrador público aos limites do legislador. De modo diverso, o sancionamento e a tipificação das condutas socialmente patológicas e atentatórias aos princípios que regem a administração pública são admissíveis através da utilização adequada das cláusulas gerais. (OSÓRIO, op. cit., p. 216-227).

[30] V. arts. 27 a 41 da Lei nº 6.880/80.

das transgressões disciplinares e aplicação das sanções ficaria a cargo de cada força singular. Observe-se que a deslegalização não foi completa, uma vez que a tipificação das condutas ilícitas foi genericamente prevista em lei. Ao assim proceder, o legislador atentou às complexidades técnicas de cada força singular e às especificidades do vínculo estabelecido entre cada uma delas com os seus respectivos integrantes.

6 Conclusão

Diante das precedentes considerações dogmáticas e legais, pode-se constatar que o atual Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346/2002) encontra-se perfeitamente compatível com a ordem constitucional inaugurada em 1988.

Primeiro, pelas características da função militar, destacando especialmente a vinculação de toda atividade aos princípios da hierarquia e disciplina, bem como a necessidade, decorrente desses princípios, de o aplicador do Direito proceder a uma interpretação sistemática da Constituição de modo a ponderar de modo racional os diversos valores consagrados no ordenamento jurídico, como os expressos nos artigos 5º, LXI e XXXIX; 84, VI, "a", e XIII; e 142, *caput*, e § 2º.

Segundo, em razão do vínculo de especial sujeição que se estabelece entre a Administração e os militares, agravado pelos deveres de obediência aos princípios da disciplina e da hierarquia, das vedações constitucionais, e dos deveres e obrigações previstas no seu estatuto funcional, admitindo-se com isso uma legalidade e tipicidade proibitiva mais flexíveis para a transgressão e a punição disciplinar.

Terceiro, pela existência, no ordenamento jurídico brasileiro, da "cobertura legal" de que fala a Corte Constitucional espanhola, conforme se infere do artigo 47 da Lei nº 6.880/80 – Estatuto dos Militares.

Quarto, pelos precedentes jurisprudenciais que trataram de hipóteses semelhantes no controle incidental de constitucionalidade. Podem-se indicar os seguintes: STF AgRegAg nº 402.493-1 rel.: min. Sepúlveda Pertence; STJ MS nº 9.710/DF, rel.: min. Laurita Vaz; TRF2 HC nº 172/RJ, rel.: des. Paulo Espirito Santo.

E, ao final, por uma questão lógica e prática: o atual Regulamento Disciplinar do Exército é mais consentâneo com os direitos e garantias fundamentais do militar do que o anterior regulamento (ASSIS, 2007, p. 104-105).

SPECIAL MILITAR ENTRY AND CONSTITUTIONALITY OF ITS DISCIPLINARY STATUTE

ABSTRACT: This article demonstrates the constitutionality of the current Disciplinary Army Statute (Decree n. 4346/2002). It analyzes the main peculiarities of the military function, to outline their guiding principles in order to characterize the relationship of special entry in which military are,

and to investigate the disciplinary statute in order to demonstrate the absence of punishment action by the State, which leads, ultimately, to the aplication of santionary power, with different content and scope from those applicable to criminal justice system, especially in regard to the principles of legality and typicality.

KEYWORDS: Disciplinary Army Statute. Decree n. 4,346/2002. Military function. Value of special subject. Disciplinary military santion. Constitutionality.

Bibliografia

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosh, 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico:* Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DUARTE, Antônio Pereira. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. V. I. Madrid: Civitas, 2000.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. *3*a Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HUNGRIA, Nelson. I*lícito Administrativo e Ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 1, jan. 1945, p. 24-31.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2000.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar.* São Paulo: Atlas, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

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

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. V. 1, 14. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador.* Madrid: Tecnos, 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal*. Revista de Direito Administrativo, n. 219. Rio de Janeiro, jan.-mar. 2000, p. 127-151.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: RT, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador.* São Paulo: RT, 2000.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. V. I e II. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Estado-Maior das Forças Armadas. *Conheça suas Forças Armadas*. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br>.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1989.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.