www.conteudojuridico.com.br

RAFAEL RIBEIRO SOARES

REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PM/MS E SUA (IN) APLICABILIDADE: ANÁLISE DO DECRETO ESTADUAL 1.260/81, SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO
CAMPO GRANDE-MS
2014

RAFAEL RIBEIRO SOARES

REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PM/MS E SUA (IN) APLICABILIDADE: ANÁLISE DO DECRETO ESTADUAL 1.260/81, SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

Monografia apresentada à Universidade Católica Dom Bosco, como exigência final para obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora especialista Maria Teresa Casadei.

CAMPO GRANDE-MS
2014

FOLHA DE APROVAÇÃO

Este documento corresponde à versão final da monografia intitulada **REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PM/MS E SUA (IN) APLICABILIDADE:** ANÁLISE DO DECRETO ESTADUAL 1.260/81, SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA, apresentada por RAFAEL RIBEIRO SOARES à Banca Examinadora do curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco, tendo sido considerado aprovado.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof.(a) Esp. Maria Teresa Casadei
Orientadora

_____

Prof.(a) .....
Examinador(a)

_____

Prof.(a) .....
Examinador(a)

“PENSA - O Direito se aprende estudando, mas se exerce pensando.
ESTUDA - O Direito se transforma constantemente. Se não seguires seus passos, serás a cada dia um pouco menos advogado.
TRABALHA - A advocacia é uma árdua fadiga posta a serviço da justiça.
LUTA - Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça.
TEM FÉ - Tem fé no Direito, como o melhor instrumento para a convivência humana; na Justiça, como destino normal do Direito; na Paz, como substituto bondoso da Justiça; e, sobretudo, tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz.
AMA A TUA PROFISSÃO - Trata de conceber a advocacia de tal maneira que no dia em que teu filho te pedir conselhos sobre seu destino ou futuro, consideres um honra para ti propor-lhe que se faça advogado”.

(Juan Eduardo Couture Etcheverry, 1904-1956, Os dez mandamentos do Advogado).

Dedico a presente monografia à minha família, que muito me apoiou para que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida, pela graça, saúde, capacidade e, principalmente, pela coragem que me foi dada para enfrentar os desafios da minha vida; sem Ele não somos nada.

À minha mãe, que partiu para o outro plano quando eu ainda ensaiava os primeiros passos da existência humana, mas, se aqui estivesse, certamente estaria orgulhosa por poder partilhar deste momento de indecifrável alegria.

Ao meu pai, pelo apoio e amor incondicional, amigo, companheiro, guerreiro, exemplo de vida e de superação, que de tantos conselhos dados ensinou-me, desde a mais tenra idade, que os únicos caminhos capazes de levar alguém ao sucesso são: confiar em Deus, e dedicar-se aos estudos.

À Maria de Lurdes Soares de Lima, minha segunda mãe de coração, um exemplo de bondade, humildade, simpatia e carisma; uma pessoa inigualável, um exemplo a ser seguido, serei eternamente grato por tudo que fez por mim.

Às minhas irmãs, Katielle, Dayana e Daniele, que apesar do pouco contato que mantivemos nos últimos anos, são pessoas especiais na minha vida.

À minha noiva, Laís, pessoa maravilhosa, amiga, companheira, um exemplo de caráter, perseverança, amor e honestidade, não tenho dúvidas de que será uma grande esposa e uma mãe exemplar.

À minha orientadora, professora Maria Teresa Casadei, que não mediu esforços para que este trabalho fosse realizado. Pessoa dedicada e atenciosa que muito contribuiu com minha formação. Tive o prazer e o privilégio de conhecê-la já nos primeiros anos de faculdade, certamente os conhecimentos adquiridos em suas aulas serão levados para o resto de minha vida. Muito obrigado!

Aos amigos e colegas de curso que juntamente comigo sofreram, batalharam, caminharam e venceram mais esta etapa de nossas vidas.

A todos os amigos que, junto comigo, puderam vivenciar a maravilhosa experiência de participar do movimento estudantil em nosso glorioso Daclobe. A todos o nosso carinho especial. Diante de tantos momentos marcantes, alguns nomes tornam-se necessários: Menssios, Fagner Lira, Alfredo Jaime, Hassan Fernando, Janelson Ferreira, Adriano Pilar, Cássia, sem dúvida passamos bons e maus bocados, momentos de alegrias e aflições, experiências e amizades que certamente serão levadas para o resto de nossas vidas.

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo geral, analisar o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a ótica dos métodos da hermenêutica, da recepção das normas jurídicas e ainda, dos planos de validade, vigência e eficácia das normas. A problemática consistiu em saber se o atual Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, instituído pelo Decreto 1.260/81, foi ou não revogado pela Lei Complementar de nº 053/90. Da mesma forma, buscou-se analisar a possibilidade de se instituir, na atual ordem jurídica, regulamentos disciplinares das forças militares por meio de decretos expedidos por ato do Chefe do Poder Executivo, uma vez que com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova sistemática se inaugurou na Administração Castrense no que tange a edição destas normas disciplinares, que agora só poderão ser editadas por lei em sentido formal. Para tanto, se fez necessário resgatar um pouco da história das instituições militares, suas origens, bem como suas funções na atual ordem jurídica vigente. Em suma, pode-se afirmar que muitas mudanças foram operadas por força da Constituição Federal de 1988. Essas mudanças não ocorreram de um dia para o outro, pelo contrário, aos poucos vão sendo incorporadas ao sistema jurídico das instituições militares. As instituições militares integram os órgãos da Administração Pública, e como tal, estão sujeitas aos princípios constitucionais do art.37 da Magna Carta, além de outros decorrentes do regime jurídico de direito público. Sob o prisma da recepção das normas jurídicas, verificou-se que parte da doutrina especializada sinaliza pela recepção desses regulamentos pela nova ordem constitucional com status de lei ordinária. Todavia, esse aspecto carece de uma reflexão mais aprofundada, visto que a recepção da norma infraconstitucional pretérita deve atender determinados requisitos, principalmente, aqueles que atendam os ditames da atual ordem jurídica vigente. Ademais, verificou-se que de acordo com os métodos hermenêuticos, bem como os planos de validade vigência e eficácia das normas, o Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81), não pode produzir efeitos jurídicos, pois foi revogado no ano de 1990, pela Lei Complementar nº 053/90.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia Militar. Regulamento Disciplinar. Revogação. Recepção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....09
1 BREVE HISTÓRICO DA POLÍCIA MILITAR.....11
1.1 ESPÉCIES DE MILITARES NO BRASIL.....16
1.2 A HIERARQUIA E DISCIPLINA.....17
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCÍPIOS E PODERES.....23
2.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....24
2.1.1 Princípio da legalidade.....25
2.1.2 Princípio da impessoalidade.....26
2.1.3 Princípio da moralidade.....27
2.1.4 Princípio da publicidade.....28
2.1.5 Princípio da indisponibilidade do interesse público.....30
2.1.6 Princípio da autotutela na seara disciplinar.....31
2.2 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....32
2.2.1 Poder vinculado.....33
2.2.2 Poder discricionário.....34
2.2.3 Poder regulamentar ou normativo.....36
2.2.4 Poder hierárquico.....37
2.2.5 Poder disciplinar e sua abrangência na esfera militar.....38
3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR.....42
3.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO.....42
3.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....43
3.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR.....45
4 ANÁLISE DO DECRETO 1.260/81 (RDPM/MS).....53
4.1 ANÁLISE DO DECRETO 1.260/81, SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA 55
4.2 VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DO DECRETO 1.260/81 (RDPM/MS).....66
4.2.1 Validade do Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81).....66
4.2.2 Vigência do Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81).....68
4.2.3 Eficácia do Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81).....70

4.3 RECEPÇÃO DOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES ANTERIORES A CF/88....72

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....81

REFERÊNCIAS.....88

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 operou profunda mudança no cenário político, social e jurídico do país. Pretendeu-se, com o advento da nova Carta Política, dar ao Brasil verdadeira feição de um Estado Democrático-Social de Direito, onde se vislumbra uma grande quantidade de obrigações para o Estado através de prestações positivas passíveis de serem exigidas pelo povo, pois se revestem no atual cenário político, como verdadeiros direitos subjetivos.

Dentre as diversas e profundas mudanças operadas no Brasil pela "Constituição Cidadã", merece destaque a equiparação de direitos como o contraditório e à ampla defesa, assegurados expressamente pelo art.5º, LV da CF/88 a todos os litigantes, seja em processo judicial, e/ou processo administrativo.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da Segurança Pública em seu art.144 tratou de incluir expressamente como órgão integrante desse sistema a Polícia Militar, cuja missão precípua é o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública[4].

A bem da verdade, a novel Constituição deu as instituições de Segurança Pública como um todo, tratamento específico e diferenciado se comparada com as outras Constituições da República, visto que tratou de atribuir a cada qual, funções específicas que antes não lhes eram reservadas, como bem observa Muniz: "Pela primeira vez, as questões policiais são tratadas, no texto constitucional, em um capítulo específico intitulado "Da Segurança Pública". O art. 144 define o que deve ser entendido por "segurança pública" circunscrevendo as missões gerais das polícias brasileiras[5]".

Assim, às Polícias Militares foram atribuídas as funções de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública. Todavia, essa condição de agência policial ostensiva, atribuída por força constitucional às instituições militares, é extremamente recente,

---

[4] BRASIL. Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).
[5] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.184

sendo desenvolvida apenas nos últimos 18 (dezoito anos), muito embora a história dessas instituições seja bicentenária[6].

Exageros a parte, esse paradoxo consiste no fato de que desde sua criação, às Polícias Militares de cada estado brasileiro, por raras vezes puderam atuar como forças policias urbanas ostensivas, sendo ao longo da história comumente empregadas como forças de segurança interna e segurança nacional[7].

A questão que se pretende discutir é se houve na seara da Administração Pública militar estadual de Mato Grosso do Sul, as mudanças preconizadas pela Constituição Federal de 1988, pois como se sabe, nestas instituições tem-se majorados princípios como a hierarquia e a disciplina, além de regulamentos com um alto grau de discricionariedade que, frise-se aqui, datam à época do período de exceção vivido no país de 1965 a 1984.

A não observância dos direitos assegurados pela CF/88 ao militar, mesmo em processos ou procedimentos administrativos, pode, além de ser causa de nulidade absoluta destes procedimentos, caracterizar abuso de autoridade, constrangimento ilegal, e na esfera civil, ensejar ações de reparação caso ocorra efetivo dano.

---

[6] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.184

[7] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.184

1. BREVE HISTÓRICO DA POLÍCIA MILITAR

Para que se compreenda a função, a estrutura, a formação e a evolução Da Polícia Militar é extremamente necessário conhecer, mesmo que de modo sucinto, um pouco da origem e história das chamadas "Forças Auxiliares".

Não há entre os estudiosos, um consenso acerca do marco temporal que deu início ao surgimento da Polícia Militar no Brasil. Reginaldo Canuto de Sousa e Maria do Socorro Almeida de Morais, explicam que de acordo com documentos do Museu Nacional do Rio de Janeiro, a origem das polícias brasileiras se dá no ano de 1530, com a chegada de Martin Afonso de Souza ao Brasil[8].

Nesse sentido, Raymundo Faoro afirma, que a formação policial do Brasil, se dá no início Séc.XVI, com a primeira guarda militar em solo brasileiro a qual acompanhava o 1º Governador Geral da Colônia, Martin Afonso de Souza[9].

Todavia, Holloway citado por Reginaldo Canuto e Maria do Socorro, aduz que o corpo militar que acompanhava Martin Afonso de Souza, não poderia se caracterizar como Polícia por não atender aos princípios básicos da atividade policial, ou seja, policiar e gerar segurança a sociedade. Para o autor, o marco inicial da atividade policial no Brasil, se dá apenas no ano de 1808, com a vinda da família real para a Colônia que possibilitou a reprodução das instituições burocráticas portuguesas em solo brasileiro[10].

Jaqueline Muniz, por seu turno, assevera que embora existissem instituições paramilitares desde o descobrimento da nova terra, a consolidação da Polícia Militar ocorre apenas em 1831 com a abdicação de Dom Pedro I e a instauração do período regencial no país. É naquele momento, que o então Padre e Ministro da Justiça Diogo Antônio Feijó, ordena a criação do Corpo de Guardas Municipais Permanentes, cuja função era substituir a já extinta Guarda Real, além de exercer a fiscalização e coleta de tributos[11].

---

[8] DE SOUZA, Canuto Reginaldo e DE MORAES, Almeida do Socorro Maria. **Polícia e Sociedade: Uma Análise da História da Segurança Pública Brasileira.** Artigo publicado na V Jornada Internacional de Políticas Públicas. Ano 2011. p.3

[9] FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do Patronato Político Brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Globo, 2000. p.121

[10] DE SOUZA, Canuto Reginaldo e DE MORAES, Almeida Socorro do Maria. **Polícia e Sociedade: Uma Análise da História da Segurança Pública Brasileira.** Artigo publicado na V Jornada Internacional de Políticas Públicas. Ano 2011. p.3

[11] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.192

Ao tratar das Guardas Municipais Permanentes, Sodré, explica o perfil de quem compunha as fileiras dessa instituição:

> Eram constituídas de cidadãos em condições de serem alistados como eleitores, isto é, de certo destaque, isento somente os inválidos e os impedidos da função pública, armados as próprias expensas, quando menos de uma lança, mas devendo ser, posteriormente, indenizados de qualquer despesa feita, organizados por companhias sob as ordens de um comandante geral para cada distrito, imediatamente subordinado ao juiz de paz[12].

Sobre as Guardas Municipais, o precitado autor esclarece, que por sua própria origem e estrutura, não conseguem atender as necessidades do momento, visto que eram extremamente reduzidas em seus efetivos e não davam conta de enfrentar as turbas amotinadas a que acudiam reforço as tropas regulares, dando ensejo a criação de uma nova instituição, mais ampla e flexível, capaz de pôr fim a instabilidade que se alastrava e se aprofundava no país[13].

É nesse contexto que surge a criação da Guarda Nacional, extinguindo as Ordenanças, as Milícias, e as recém-criadas Guardas Municipais Permanentes. A Guarda Nacional é apresentada como força auxiliar do Exército, tendo como função a defesa da Constituição, da liberdade, da independência e da integridade da Nação, que representa o surgimento de um novo paralelo manifesto pelo dualismo: força de linha e força auxiliar, que corresponde claramente à repartição: Exército e *Guarda Nacional*[14]".

Pelo exposto, tem-se que o marco inicial da Polícia Militar no Brasil se dá em 1808-1809, com a vinda da Família Real Portuguesa para Colônia, através da criação da Guarda Real de Polícia, cuja atribuição era realizar patrulhas, reprimir o contrabando, manter a ordem, capturar e prender escravos desordeiros e criminosos[15].

A consolidação dessa instituição, no entanto, só ocorrerá com a dissolução da Guarda Real em 1831, pelo Ministro da Justiça Padre Diogo Antônio Feijó, que cria as Guardas Municipais Permanentes, que por se mostrarem ineficazes dão ensejo à criação da Guarda Nacional, cuja estrutura e organização dará origem às Polícias Militares de hoje[16].

---

[12] SODRÉ, Nelson Werneck. **A História Militar do Brasil**. Editora Civilização brasileira. Rio de Janeiro 1965, p.118
[13] Ibdem. p.119
[14] SODRÉ, Nelson Werneck. **A História Militar do Brasil**. Editora Civilização brasileira. Rio de Janeiro 1965, p.119.
[15] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.192
[16] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.192

Desse modo, é certo que embora houvesse instituições paramilitares que cuidavam da manutenção da ordem e da segurança das províncias, estas, não podem ser consideradas como as que deram origem às polícias militares, posto que, como visto, a estruturação e organização destas instituições, se dá efetivamente em 1831, através do então Ministro da Justiça, Padre Diogo Antônio Feijó, que institui a Guarda Nacional.

Nesse sentido, Lucas Cabral Ribeiro explica:

> Nos primeiros anos do Brasil império não se pode fazer referencia a uma polícia militar profissionalizada, na verdade o que encontramos sobre a realidade dessas polícias é que eram frágeis, incapacitadas, pouco articuladas e disciplinadas, mas que servia para as necessidades daquela época. Só com o passar dos anos e com a consolidação do império, que veremos a polícia recebendo funções mais específicas de uma organização urbana e todas as atribuições jurídicas necessárias para o funcionamento de uma polícia militar[17].

Importante frisar, que tal entendimento não é pacífico entre os estudiosos, há quem sustente que considerar a data de 10 de outubro de 1831, como a data do surgimento da Polícia Militar, é deixar para trás sem registro e no esquecimento, muita coisa digna de nota concernente às policias militares brasileiras[18].

Nessa trilha, o publicista Paulo René anota:

> Veremos, assim, que bem antes de 1831 já haviam milícias mineiras a serviço da população e dos governos existentes, na defesa da ordem, da segurança e da propriedade dos cidadãos, exercendo, embora tais obrigações de maneira inteiramente diversa, mas que já eram e viriam a ser, especificamente, as funções policiais-militares[19].

Pedimos v*ênia,* para divergir daqueles que compreendem como data de surgimento das polícias militares a que antecede 1831. Ao nosso entendimento, correta a posição daqueles que sustentam que o surgimento da Polícia Militar se dá em 1809 com sua consolidação apenas em 1831, com a criação do Corpo de Guardas Municipais Permanentes seguida da criação Guarda Nacional. Isso porque, embora existam registros de organizações paramilitares[20] em nosso território muito antes dessa data, não se pode afirmar que tinham um caráter institucional, organizacional, ou eram baseadas na hierarquia e disciplina, pois como se sabe, não tinham sequer funções específicas delimitadas pela lei.

---

[17] RIBEIRO, Lucas Cabral. **História das Polícias Militares do Brasil e da Brigada Militar do Rio Grande do Sul.** Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo. 2011. p.01

[18] ANDRADE, Paulo René de. **Origens Históricas da Polícia Militar de Minas Gerais 1709/1881.** Imprensa oficial. Belo Horizonte, Outubro de 1981. p.18

[19] Idem.p.19

[20] SODRÉ, Nelson Werneck. **A História Militar do Brasil**. p.119 explica que com o advento da Guarda Nacional, são extintas a Guarda Civil Permanente, as Ordenanças e as Milícias, demonstrando claramente a existência de forças paramilitares no território brasileiro antes da consolidação da Polícia Militar.

Desta maneira, se dá a formação e a consolidação das polícias militares brasileiras, criadas para atuar como força auxiliar e reserva do exército, com atribuições extremamente distantes da concepção moderna de policiamento ostensivo urbano que se tem nos dias de hoje.

Sob esse prisma, Lucas Cabral, apoiado nos estudos de Sócrates Mezzomo, destaca que desde sua criação as polícias militares estiveram mais empenhadas nas questões de defesa do estado e menos nos serviços de proteção a sociedade[21].

Observa ainda, que a proximidade da Polícia Militar com o Exército Brasileiro não se restringiu apenas a adoção do nome militar, mas a uma série de práticas comuns entre as duas organizações[22].

Nesse sentido, Muniz esclarece:

> Até hoje, o modelo militar de organização profissional tem servido como inspiração para a maior parte das Polícias Militares. Assim como no Exército Brasileiro, as PMs possuem Estado Maior, Cadeia de comando, Batalhões, Regimentos, Companhias, Destacamentos, Tropas, etc. Seus profissionais não fazem uso de uniformes como os agentes ostensivos das recém-criadas Guardas Municipais; eles utilizam "fardas" bastante assemelhadas aos trajes de combates dos militares regulares. Nestas fardas serão afixados diversos apetrechos, como uma tarja com o "nome de guerra" as divisas correspondentes aos graus hierárquicos e outras insígnias referentes à trajetória institucional do policial[23].

É exatamente essa proximidade entre as instituições (Polícia Militar e Exército), que faz com que as polícias militares brasileiras, atuem tanto nas guerras como nos conflitos internos como rebeliões, motins, e revoltas populares, além de operações de grande porte relacionadas ao controle da fronteira[24].

Nessa trilha, Cabral adverte que, analisando a formação das polícias militares percebe-se que suas práticas foram sempre no viés de dar sustentação aos governos e projetos políticos existentes no Brasil. Como por exemplo, na era Vargas, onde as polícias militares centralizadas no Estado, sendo reservas do Exército, foram importante instrumento de manutenção do aparelho ideário da ditadura de Vargas[25].

---

[21] RIBEIRO, Lucas Cabral. **História das Polícias Militares do Brasil e da Brigada Militar do Rio Grande do Sul.** Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo. 2011. p.04
[22] Idem.
[23] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.180
[24] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.182
[25] RIBEIRO, Lucas Cabral. **História das Polícias Militares do Brasil e da Brigada Militar do Rio Grande do Sul.** Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo. 2011. p.10

Assim, percebe-se claramente que desde sua criação as polícias militares do Brasil estiveram distante dos ideais de policiamento ostensivo e manutenção da ordem pública, atuando raras vezes desta forma. A *contrário sensu,* pode-se afirmar que sempre estiveram a serviço dos governantes atuando junto com o Exército Brasileiro, seja na defesa da Pátria (guerras) seja, reprimindo as insurgências populares que questionavam os modelos de governo da época. Policiar e dar segurança era apenas uma função secundária.

Esse é o paradigma que passa a ser discutido com o advento da CF/88, pois o que se observa, é um flagrante descompasso entre o modelo de sistema policial brasileiro e as exigências do estado democrático de direito, a ponto de se afirmar que há uma crise de identidade nas polícias militares brasileiras[26].

Nesse contexto, verifica-se que as transformações ocorridas no mundo das leis, não se traduziram automaticamente em mudanças realizadas no mundo policial. As polícias militares, afastadas por mais de um século das suas atribuições policiais, tem procurado aprender de novo a "fazer polícia". Elas tem tentado voltar a ser polícia de verdade, com toda dificuldade que resultam de uma frágil tradição em questões propriamente policiais. Busca-se retomar sua identidade policial, isto é, reconstruir seu lugar e sua forma de estar no mundo revendo seus fantasmas e seus valores institucionais, tal prática no atual cenário se torna inevitável[27].

Para a autora, a maior dificuldade das polícias militares reside no fato de que com as mudanças preconizadas pela Constituição Federal de 1988, as PMs de todo Brasil se veem em um novo cenário onde são obrigadas a transpor os muros seguros de seus quartéis e se deparam com uma realidade urbana, social e política radicalmente distinta e muito mais complexa daquela que talvez tenha ficado romantizada em suas antigas memórias institucionais[28].

Destarte, a transição para a consolidação da vida democrática também se faz sentir nessas instituições de forma aguda, pois como se verifica, estão tentando até hoje, superar o descompasso entre as missões contemporâneas que lhe são atribuídas e sua capacidade de respondê-las de forma efetiva nas ruas[29].

---

[26] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.177
[27] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.177
[28] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.185
[29] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da**

Vale dizer, que as dificuldades vivenciadas pelas polícias militares do Brasil, não consiste apenas no que tange aos seus valores, funções e formas de atuação, mas também em suas leis normas e regulamentos, como bem observa Muniz: "Desde 1990, muitas Polícias Militares têm procurado realizar reformas em sua arquitetura organizacional, no sentido de ajustá-la à realidade operacional do trabalho de polícia. Este é o caso da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, e das Polícias Militares de Minas Gerais e Bahia"[30].

Corroborando com esse entendimento, Paulo Tadeu Rosa, explica que a vigente Constituição trouxe modificações que aos poucos vão sendo incorporadas ao sistema jurídico da Administração Pública Militar. Algumas mudanças carecem de reflexões acerca do alcance dos preceitos constitucionais, quanto às normas castrenses que se encontram em vigência, como por exemplo, o mandamento instituído pelo texto constitucional de que as normas disciplinares militares só poderão ser instituídas por meio de lei proveniente do Poder Legislativo, e não mais por meio de Decreto expedido pelo chefe do Poder Executivo[31].

1.1 ESPÉCIES DE MILITARES NO BRASIL

Segundo Antonio Houaiss, o conceito de militar diz respeito ao que é relativo à guerra, a soldado e Exército, relativo às forças armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), à sua organização e suas atividades[32].

O Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-lei nº1001, de 21 de Outubro de 1969, em seu art.22 caput, dispõe que somente pode ser considerado militar, aquele que em tempo de paz ou guerra seja efetivamente incorporado às Forças Armadas. Vejamos: "É considerado militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar"[33].

Desse modo, antes do advento da Constituição Federal de 1988, entendia-se por militar, apenas os integrantes das Forças Armadas, sendo que os integrantes das Forças

---

Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw. Rio de Janeiro, p.185

[30] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.180

[31] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar**- Teoria e Prática. 4ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 13-14

[32] HOUAISS, Antonio.**Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**.Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.1.923

[33]BRASIL.Decreto-lei nº 1001 de 21 de Outubro de 1969. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 26/04/2014.

Auxiliares, ou seja, das Polícias Militares e do Corpo de Bombeiros Militares, possuíam apenas o *status de militar,* ficando sujeitos às regras estabelecidas no Código Penal Comum, conforme foi decidido várias vezes pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade[34].

Vale ressaltar, que mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, nada mudou em relação à classificação jurídica das Forças Auxiliares, muito embora estes carregassem o chamado *status de militares* e estivessem sujeitos aos preceitos basilares de hierarquia e disciplina.

A classificação jurídica de militar, só veio a ser definitivamente incorporada às Forças Auxiliares, após as Emendas de nº 03 e 18 feitas a Constituição Federal nos anos de 1993 e 1998 respectivamente. Após as referidas modificações o art. 42 da CF/88, passou a dispor da seguinte forma: "Os membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios"[35].

Com isso, pode se afirmar que atualmente no Brasil existem duas espécies de militares, os federais, que integram as Forças Armadas, e os militares estaduais, que integram às Forças Auxiliares[36].

Jorge César de Assis, ao comentar o art.22 do Código Penal Militar, após as mudanças operadas pela reforma constitucional, faz a seguinte observação: "Igualmente, revogado este dispositivo. O conceito de Militar, hoje é constitucional, tendo sido previsto no art. 42 da Magna Carta, de 1988. Servidor Público Militar é o gênero, que apresenta duas espécies"[37].

1.2 A HIERARQUIA E DISCIPLINA

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o Direito Administrativo Militar uma nova sistemática ao assegurar aos militares a ampla defesa e o contraditório, com todos os

---

[34] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 75
[35] BRASIL.Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).
[36] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 23
[37]ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar- Parte Geral**. 1ºvol. 3ed. Curitiba, Juruá, 2001, p.62

recursos a ela inerentes, na forma do art. 5, inciso LV[38].

A aplicação de punições disciplinares pelas autoridades administrativas sem a observância das garantias constitucionais poderá ser anulada, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça[39].

A hierarquia e a disciplina são fundamentos básicos das Instituições Militares, de tal modo, que nem mesmo as modificações operadas pela Constituição Federal de 1988, tem por escopo questioná-los. Contudo, após o advento da nova Carta Política, a aplicação de sanções no âmbito da Administração Pública, exige que seja assegurado ao militar o devido processo legal como ocorre no processo judicial, já que o art. 5º inciso LV, da CF/88, igualou em termos de garantias, os acusados em processo judicial ou administrativo[40].

No entanto, o que se verifica é que tal posicionamento ainda é ponto controverso entre os juristas brasileiros, como se depreende do parecer emitido pelo Procurador da República, Mário Pimentel Albuquerque, proferido no julgamento do habeas corpus impetrado por um militar perante o Tribunal Regional Federal da 2ª região.

Para o membro do Ministério Público, a hierarquia e a disciplina, constituem a essência das forças militares e se quisermos preservar a integridade delas, devemos começar a levantar um sólido obstáculo às pretensões do judiciário de tentar traduzir em conceitos jurídicos as experiências vividas dentro da caserna[41].

E prossegue o ilustre membro ministerial: "[...] Princípios como os da isonomia e da inafastabilidade do Judiciário têm pouco peso quando se trata de aferir situações específicas à luz dos valores constitucionais da hierarquia e disciplina". E ainda:

> Se o judiciário, por uma hipersensibilidade na aplicação dos aludidos princípios constitucionais, estimular ou der ensejo a feitos como os da espécie, pronto: os quartéis se superpovoarão de advogados e despachantes; uma continência exigida será tomada como afronta à dignidade do soldado e, como tal, contestada em nome da Constituição; uma mera advertência, por motivo de desalinho ou má conduta, dará lugar a pendengas judiciais intermináveis, e com elas, a inexorável derrocada da hierarquia e da disciplina[42].

---

[38] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 21
[39] Idem.
[40] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 21
[41] ALBUQUERQUE, Mário Pimentel, Procurador da República, **em parecer constante do HC 2.217/RJ-TRF-2ª R.- Rel. Des. Federal Sérgio Correa Feltrin-.j. 25/04/2001.**
[42] ALBUQUERQUE, Mário Pimentel, Procurador da República, **em parecer constante do HC 2.217/RJ-TRF 2ª R.- Rel. Des. Federal Sérgio Correa Feltrin-.j. 25/04/2001.**

Em que pese o posicionamento do nobre Procurador da República, Paulo Tadeu Rosa, ensina que mesmo que as autoridades administrativas militares tenham legitimidade para punir seus subordinados, é necessário que fique devidamente comprovada à culpabilidade, não sendo admitidos meros juízos de especulação, ou parcialidade nos julgamentos, que devem, frisa-se aqui, sempre primar pela objetividade[43].

As aplicações dos preceitos constitucionais nos processos administrativos não visam o incentivo à impunidade, uma vez que vige no processo administrativo, assim como ocorre no processo penal, o principio da verdade real, que permite à autoridade administrativa a busca da verdade dos fatos. O que se pretende, a bem da verdade, não é questionar os princípios basilares destas instituições, mas sim, o fortalecimento do Estado de Direito, que deve ser construído com a participação de civis e militares[44].

O simples fato de um cidadão militar estar sujeito a princípios rígidos como a hierarquia e a disciplina, não significa que este deva ser punido a qualquer custo pela administração, pelo simples fato de pesar contra si uma acusação de violação aos preceitos estabelecidos no Regulamento Disciplinar[45].

Se assim fosse, desnecessário seria o exercício da ampla defesa e do contraditório nos Processos Administrativos Militares, nem tampouco existiriam decisões de natureza judicial reconhecendo a nulidade de sanções impostas pela Administração Militar, seja na esfera estadual, ou mesmo no âmbito federal, por violação aos princípios expressamente estabelecidos na Constituição Federal de 1988[46].

A Constituição Federal de 1988, ao tratar dos militares dos estados, estabeleceu no *caput* do art. 42 que: "Os membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios"[47].

Aos militares das Forças Armadas, foi dispensado tratamento diverso pelo constituinte originário se comparado com os militares dos estados. Isso porque, as prescrições atinentes àqueles encontram-se descritas no Título V, cap.II de nossa Carta Magna, mais especificamente no art. 142, que trata da Defesa do Estado, das Instituições Democráticas, e

---

[43] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, Nota do autor à 1ª edição. p.xxi
[44] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, Nota do autor à 1ª edição. p.xxi.
[45] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 8
[46] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p.8
[47] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).

das Forças Armadas[48].

Porém, não é pelo fato dessas instituições militares estarem organizadas de modo diverso no texto constitucional, que não possuem características comuns, conforme se depreende da leitura do texto constitucional logo abaixo. Vejamos:

> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem[49].

Assim, verifica-se que por força constitucional a primeira característica peculiar das forças militares é o seu modo de organização, que conforme visto, tem por base os princípios da hierarquia e disciplina.

A hierarquia pode ser definida, como sendo 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"[50].

A hierarquia consiste no poder de comando que a autoridade administrativa detém para expedir determinações gerais (instruções), ou específicas (ordens) a um dado subalterno, sobre o modo de efetuar serviços; podendo inclusive, quando lhe for conveniente, exercer o poder de fiscalização, de revisão dos atos realizados, de revogação destes, e até mesmo de punição aos subalternos faltosos[51].

Wilson Ordiley Valla, ao tratar da hierarquia e disciplina, esclarece que são princípios bem claros e simples, típicos de uma organização militar existentes há muito tempo. Tais princípios revestem a relação do profissional com os ditames basilares da investidura militar manifestados pelo dever de obediência e subordinação, cujas particularidades não encontram similitude em nenhum lugar da vida civil[52].

Interessante e pertinente à definição de hierarquia militar trazida por Aurélio Buarque de Holanda, segundo o qual a "hierarquia militar, consiste na ordenação da

---

[48] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).
[49] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum)..
[50] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. São Paulo, Malheiros, 2002 .p.120.
[51] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15.ed. São Paulo, Malheiros, 2002 p.120-121.
[52] VALLA, Wilson Ordiley. **Deontologia Policial Militar- Ética Profissional.** 3. Ed. Curitiba: Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, 2003.v II, p. 116.

autoridade em diferentes níveis dentro da estrutura das forças armadas"[53].

O art. 14 da lei 6.880 de Dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares da União) tratou de estabelecer para fins jurídico-legais o conceito de hierarquia e disciplina. *In verbis:*

> Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.
> § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.
> § 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.
> § 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados[54].

Do referido dispositivo legal, pode-se extrair claramente os conceitos legais de hierarquia e disciplina como características muito peculiares dessas instituições, de modo que, em termos simples, a hierarquia consiste no escalonamento da ordenação de autoridades em diferentes níveis nas corporações, ao passo que a disciplina, consiste no fiel e exato cumprimento das leis, normas, regulamentos e ordens de serviço, além do perfeito cumprimento do dever por parte de todos os integrantes do organismo militar.

Em Mato Grosso do Sul, o Estatuto dos Militares Estaduais (Lei complementar 053/1990), ao definir os conceitos de hierarquia e disciplina, praticamente reproduziu a redação dada pela lei 6.880/80 (Estatuto das Forças Armadas) como se vê:

> Art. 13 - A hierarquia e a disciplina são bases institucionais da Polícia Militar; a autoridade e responsabilidade crescem com o grau hierárquico.
> § 1°. A hierarquia policial-militar é a ordenação da autoridade em níveis diferentes. Dentro da estrutura da Polícia Militar a ordenação se faz por postos ou graduações. Dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência da autoridade.
> § 2°. Disciplina é a rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas, disposições e ordens que fundamentam o organismo policial-militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos.

---

[53] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 4. Ed. Rio de janeiro, Nova fronteira, 2001. p.364.
[54] BRASIL. Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 15/05/2014.

> § 3°. A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida, entre policiais-militares da ativa , reserva remunerada e reformados[55].

Assim, pode-se aferir que o legislador infraconstitucional, ao tratar das polícias militares no que diz respeito à hierarquia e disciplina, praticamente manteve as mesmas disposições estatutárias de outrora, mesmo com a Constituição Federal de 1988, tendo atribuído a essas instituições tratamento diverso, seja em capítulos diferentes, seja em funções específicas, como as de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública.

Importante notar, que os princípios da hierarquia e disciplina não são exclusivos das instituições militares, como bem observa o jurista da República Dominicana Luis A. Luna Paulino, citado por Jorge César de Assis, ao afirmar que tanto a igreja católica como outras organizações eclesiásticas organizadas à base de hierarquia e cumprimento rigoroso de ordens (disciplina), tem logrado perpetuidade no tempo, existindo por milênios, e ainda que tenham sofrido algumas modificações, foram para adaptar-se às exigências dos novos tempos[56].

O que não se pode negar, é que embora os princípios da hierarquia e disciplina não sejam exclusivos das instituições militares, nestas, encontram-se muito mais arraigados, senão, vejamos: "[...] no Direito Administrativo Militar, muitas faltas administrativas podem levar a um processo crime perante as Auditorias Militares. O militar que comete uma transgressão disciplinar poderá ter seu *jus libertatis* cerceado por até 30 dias em regime fechado [...]"[57].

Destarte, verifica-se que tais princípios representam a própria essência das instituições militares, de modo que a hierarquia, como visto, consiste no escalonamento das autoridades em diferentes níveis na corporação. A disciplina, por sua vez, se manifesta pelo fiel acatamento das ordens, normas, e regulamentos emanados pelas autoridades superiores, de sorte que violação desses preceitos podem caracterizar crime militar, ou mesmo transgressão disciplinar punível com até 30 dias de prisão.

---

[55] MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar 053 de 30 de agosto de 1990. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br. Acesso em: 15/05/2014.
[56] ASSIS, Jorge César de.**Curso de Direito Disciplinar Militar**. . 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.102
[57] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p.4

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCÍPIOS E PODERES

Administração em sentido amplo pode ser definida como gestão de negócios públicos ou privados, que abrange o governo, a regência, o conjunto de princípios normas e funções, que têm por fim ordenar os fatores de produção e controlar sua produtividade e eficiência, para se obter determinado resultado[58].

Administração Pública, por sua vez, pode ser conceituada como "gestão de bens e de interesses qualificados na comunidade no âmbito federal, estadual, ou municipal, segundo os preceitos do direito e da moral, visando o bem comum**" [59].**

O constitucionalista, José Afonso da Silva, leciona que "administração Pública é o conjunto de meios institucionais materiais, financeiros e humanos, preordenados à execução das decisões políticas" [60].

Para Di Pietro, a Administração Pública pode ser entendida sob a dimensão objetiva e subjetiva. A primeira consiste na atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob o regime de direito público para a consecução dos interesses coletivos. A segunda consiste no conjunto de órgãos e pessoas jurídicas, que aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado[61].

De tudo o que se expõe, merece destaque a função administrativa exercida pelo Estado, cuja predominância, se dá pelos órgãos do Poder Executivo, em atendimento ao preceito constitucional esculpido na Magna Carta no art. 2º: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário[62]".

Destarte, depreende-se que no tocante a função administrativa do Estado, cabe ao Poder Legislativo, expedir normas gerais e abstratas; ao Poder Executivo, cumpre garantir a aplicação dessas normas ao caso concreto, podendo para isso, valer-se sempre que necessário do aparelho estatal criado pela Constituição da República; e ao Judiciário, compete aplicar as normas ao caso concreto, toda vez que uma das partes não a cumpra espontaneamente[63].

---

[58] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda**. Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. P. 47.
[59] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito **Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p.82.
[60] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.635.
[61] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.61.
[62] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.52.
[63] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed.

2.1 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme, visto no item anterior, Administração Pública pode ser conceituada como "gestão de bens e de interesses qualificados na comunidade no âmbito federal, estadual, ou municipal, segundo os preceitos do direito e da moral, visando o bem comum[64]".

Logo, se o fim colimado pela Administração Pública é o bem comum, não é forçoso concluir que toda e qualquer atividade do Estado estará submissa aos princípios constitucionais que regem a atuação do ente estatal. Isso porque, aquilo que se busca tutelar na Administração Pública, não é outra coisa, senão o interesse público em detrimento do interesse individual[65].

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que interesse público "é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem[66]".

Para esse autor, existem dois princípios cardeais exclusivos e suficientes para caracterizar o Direito Administrativo e, em consequência, a atividade da Administração Pública, são eles: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública[67].

Malgrado a posição sustentada pelo eminente publicista, não se pode olvidar que após a promulgação da CF/88, outros princípios passaram a formatar o *"modus operandi"* da Administração estatal cuja observância tornou-se obrigatória. Como exemplo, podemos citar o *caput* do art. 37 da Magna Carta, que estabeleceu cinco princípios de observância obrigatória para Administração Pública, seja ela direta, indireta ou qualquer que seja a natureza de seus órgãos ou objetivos: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência[68]. Veremos então, a correlação de alguns desses princípios com o tema proposto neste trabalho.

Curitiba, Juruá, 2009, p.52.

[64] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito **Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p.82.

[65] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.53.

[66] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30.ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p.63.

[67] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30.ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p.57.

[68] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.55.

2.1.1 Princípio da legalidade

A legalidade como princípio, significa que o administrador público está em toda sua atividade funcional sujeito aos mandamentos da lei, não podendo deles afastar-se ou desviar-se, sob pena de praticar ato inválido e sujeitar-se as sanções civis, penais e disciplinares conforme o caso[69].

Hely Lopes Meirelles, ao tratar do princípio da legalidade esclarece: "Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular, é lícito fazer tudo que a lei não proíbe; na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza[70]".

No que se refere a este trabalho, insta salientar, que o princípio da legalidade na Administração Pública, no tocante a possibilidade de aplicar sanções aos infratores da ordem administrativa, pode ser encarado sob duas perspectivas: o da supremacia geral do Estado, e a da supremacia especial do Estado. Na supremacia geral o liame que vincula o particular à Administração é menos intenso, diferentemente do que ocorre na relação de supremacia especial, quando o indivíduo ingressa na esfera de organização interna da Administração, seja por uma relação contratual, seja por uma relação estatutária[71].

Essa diferenciação, faz com que o princípio da legalidade seja elevado ao máximo vigor na supremacia geral do Estado, ou seja, na relação Estado-particular, de modo que somente o poder Legislativo pode estabelecer infrações e sanções. Já na relação especial, dada à sujeição especial do particular, a corrente predominante na doutrina (com raras exceções), defende uma mitigação ao princípio da legalidade, uma vez que não seria possível ao legislador prever todos os comportamentos passíveis dos particulares, quando sujeitos à disciplina administrativa[72].

Sobre o tema, Heraldo Garcia Vitta, citado por Caamaño opina: "Isso porque, como cediço, diante da variedade do objeto do Direito Administrativo, torna-se difícil ao legislador prever todos os deveres dos cidadãos especialmente vinculados ao Estado[73]".

Entretanto, a tese de mitigação do princípio da legalidade por ocasião da sujeição

---

[69] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito **Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p.89.
[70] Idem.
[71] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.57.
[72] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p. 57-58.
[73] Idem.

do particular à Administração Pública, está longe de ser pacífica entre os estudiosos. Daniel Ferreira citado por Caamaño, esclarece que em determinadas situações à Administração deve observar a legalidade em sentindo estrito. Vejamos: "quando não ocorra à assunção voluntária do particular; logo, nos regimes carcerários e no serviço militar deve-se exigir lei formal, contendo infrações e cominando sanções[74]".

Assim, em razão da situação jurídica dos militares, das características da vida castrense e, principalmente, da norma constitucional consagrada no inciso LXI, do art. 5º, da Carta Magna, as sanções disciplinares militares devem observar o princípio da legalidade em sentido estrito, que prescreve que as penas restritivas de liberdade devem ser definidas em lei no sentido formal, inadmitindo, portanto, a mitigação do referido princípio[75].

Por derradeiro, e não menos importante, José Armando da Costa afirma que, quando há imposições de restrições a todos os que se vinculam à Administração, deve ser observado não só a reserva legal, mas também a proporcionalidade na edição dessas matérias[76].

2.1.2 Princípio da impessoalidade

Por este princípio a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigidos aos cidadãos em geral, sem discriminação de qualquer natureza. Por ele, busca-se quebrar o costume do atendimento ao administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele, o agente público deve algum favor ou obrigação[77].

O princípio da impessoalidade, na lição de Hely Lopes Meirelles, é "nada mais que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal, é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato de forma impessoal[78]".

Para o publicista Celso Antônio Bandeira de Mello, a impessoalidade, pressupõe que à Administração Pública deva tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Deve deixar de lado favoritismos, perseguições, simpatias ou animosidades

---

[74] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p. 57-58..
[75] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.59.
[76] COSTA, José Armando. **Direito Administrativo disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004.p.56.
[77] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.63.
[78] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito **Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p.93.

pessoais, políticas ou ideológicas de facções ou grupos de qualquer espécie. E conclui; "o princípio em causa, não é outro senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia[79]".

Merece destaque, o fato de que no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar Militar, há verdadeira mitigação do princípio da impessoalidade. Isso porque, no processo administrativo disciplinar militar, a prova da acusação é feita pelo próprio órgão julgador, o que lhe retira a imparcialidade necessária para a realização da Justiça.

Destarte, para aplicação do devido processo legal, seria preciso à instituição da figura do oficial acusador, que ficaria responsável pela colheita dos elementos de prova da culpabilidade do agente, o que permitiria ao oficial julgador ter uma isenção efetiva no momento do julgamento, em respeito ao princípio da impessoalidade[80].

2.1.3 Princípio da moralidade

O art. 37 da Constituição Federal menciona dentre outros princípios, o da moralidade, que não é outro senão o da moralidade administrativa.

Hauriou, citado por Gaparini, ensina que do princípio da moralidade administrativa, é possível extrair-se regras de condutas passíveis de regular o agir da Administração Pública, de modo que o ato e toda atividade da Administração, devem obedecer não só a lei, mas a própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto[81].

A moralidade administrativa vincula a ação da Administração e seus agentes, fazendo com que estes atuem em conformidade com os princípios éticos, da lealdade e da boa fé, de sorte que violá-los, implicará em violação do próprio direito, porquanto tal princípio acabou por assumir foros de pauta jurídica na conformidade do art. 37 da CF/88[82].

Neste cenário, verifica-se que a moralidade administrativa, juntamente com os demais princípios, ou seja, a legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima[83].

---

[79] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p.117.
[80] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática**. 2011, p. 05.
[81] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.64.
[82] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p.122.
[83] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito **Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p.91.

Destarte, tanto a moralidade administrativa, como o dever probidade são tutelados pelo direito pátrio, de modo a elevar a imoralidade administrativa à causa de invalidade do ato administrativo por meio de ação popular. Não obstante, verifica-se que a improbidade administrativa é tratada ainda com mais rigor, porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo, conforme se depreende do art. 37 § 4º da CF/88, *in verbis:* "Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens, o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível"[84].

2.1.4 Princípio da publicidade

Esse princípio torna obrigatória a divulgação dos atos, contratos, e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública, direta e indireta, para controle, fiscalização e inicio de seus efeitos[85].

Publicidade é a "divulgação oficial do ato para o conhecimento público e início de seus efeitos externos"[86].

Vale observar, que a regra do princípio da publicidade esculpida no art. 37 da CF/88, escapa os atos e atividades relacionadas com a segurança nacional, (art.5º, XXXIII, da CF/88), os ligados a certas investigações como inquéritos policiais e processos administrativos (art. 20 do CPP), e os relativos aos pedidos de retificação de dados (art.5º, LXXII, "b", da CF/88), desde que prévia e justificadamente, sejam assim declarados pela autoridade competente[87].

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles, da notícia de que todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais, ou de interesse superior da Administração, a ser preservado em processo declarado previamente como sigiloso[88].

---

[84] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros 2009, p.669.
[85] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.65.
[86] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.95.
[87] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.65.
[88] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.96.

E prossegue o preclaro jurista:

> Lamentavelmente, por vício burocrático, sem apoio em lei e contra a índole dos negócios estatais, os atos e contratos administrativos vêm sendo ocultados dos interessados e do povo em geral, sob o falso argumento de que são "sigilosos", quando, na realidade são *públicos* e devem ser divulgados e mostrados a qualquer pessoa que deseje conhecê-los e obter certidão[89].

O princípio da publicidade consagra no direito pátrio brasileiro, o dever que a Administração tem de manter a plena transparência em seu comportamento. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, ocultamento aos administrados de assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida tomada pela Administração[90].

Sob esse aspecto, se depreende que pelo princípio da publicidade é facultado à parte que responde a processo administrativo, o exame de toda documentação constante dos autos, ou seja, de todos os "antecedentes" da questão a ser resolvida. "É o que, entre nós, se designa como o "direito de vista", e que há de ser de vista completa, sem cerceios[91]".

A propósito, a Lição de Celso Antônio de Mello:

> Estranhamente, existe entre nós, uma tradição de considerar secretos os pareceres. Entende-se, absurdamente, que devem permanecer ocultos quando favoráveis à pretensão do administrado. Nisto se revela uma compreensão distorcida das finalidades da Administração e se ofende o princípio da lealdade e boa fé, o qual, sobre ser princípio geral de Direito, apresenta particular relevo na esfera das relações administrativas [...][92].

Na Administração Pública Castrense, não é diferente, a publicidade deve ser respeitada para tornar os atos administrativos eficazes. Ocorre que não são poucas às vezes em que o administrado se vê prejudicado por não ter acesso aos elementos do processo administrativo a que responde. Princípios como da hierarquia e disciplina são utilizados, equivocadamente, para justificar o ocultamento de documentos e provas que possam ser úteis às pretensões dos acusados em processo administrativo.

Por fim, ressalte-se que o não atendimento ao princípio da publicidade impede que os atos da Administração Pública produzam efeitos ficando sujeitos à invalidação, não por ser requisito de formação do ato, mas sim por falta de eficácia e moralidade[93].

---

[89] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.96.
[90] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p.117.
[91] Idem. p.510.
[92] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p.510.
[93] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.96.

2.1.5 Princípio da indisponibilidade do interesse público

Não se acham, segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública[94].

O detentor da disponibilidade da coisa pública é o Estado, por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, outorgar concessão de serviços públicos, transigir, renunciar e relevar a prescrição[95]. Assim, verifica-se que por este princípio aos agentes públicos é vedada a renúncia de poderes ou competência, seja total ou parcialmente.

A indisponibilidade do interesse público decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, uma vez que a Administração Pública não pode dispor do interesse geral, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela, não é titular do interesse público, mas sim o próprio Estado que, por isso, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia, conforme o caso[96].

Como se vê, a indisponibilidade do interesse público assenta no fato de que na Administração Pública, o que se tutela é o interesse geral em detrimento do interesse particular. Por essa razão, é que no âmbito da Administração Pública Militar, quando do cometimento de uma falta disciplinar, deve a Administração punir o infrator, sob pena de violar o referido princípio constitucional.

Sobre o tema, Fernando Otero Caamaño exemplifica:

> A fim de atender o interesse geral, a Administração é armada com uma gama de poderes instrumentais para efetivar os interesses coletivos. Portanto, quando a Administração, a título de exemplo, pune um funcionário que transgrediu um preceito disciplinar, ela o faz não por vingança, mas sim porque a disciplina foi quebrada e necessário se faz que ela seja reestabelecida em nome do bom andamento do serviço, a fim de atender ao interesse comum. Da mesma forma, quando ocorre uma desapropriação para reforma agrária, o que prevalece não é o direito à propriedade privada concedido individualmente, mas sim a função social da propriedade[97].

A Administração Pública Militar ao punir um militar faltoso, tem em vista dois objetivos. O primeiro relaciona-se com a organização a que o militar faltoso faz parte, de modo que, violados os preceitos da hierarquia e disciplina, estes devem ser restabelecidos

---

[94] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.72.
[95] Idem.
[96] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.105.
[97] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1ed Curitiba, Juruá, 2009, p.56.

visando à reeducação do faltoso e o fortalecimento das instituições. Já o segundo, destina-se a sociedade como um todo, e busca principalmente a coesão do corpo especializado do qual o militar faz parte, além do melhor desempenho de suas funções constitucionais, ou seja, a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública[98].

Destarte, pode-se dizer, que pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, as punições aplicadas às forças militares, em caso do cometimento de falta disciplinar deve sempre buscar atender ao interesse público, pois "quando a Administração deixa de atender o interesse geral para atender ao caso particular, age com desvio de finalidade, portanto, o ato torna-se ilegal[99]".

2.1.6 Princípio da autotutela na seara disciplinar

Por esse princípio a Administração Pública está obrigada a policiar, em relação ao mérito e à legalidade, os atos administrativos que pratica. Assim, deve retirar do ordenamento jurídico os atos inconvenientes, inoportunos e ilegítimos que venha a praticar[100].

A Administração Pública deve objetivar em suas ações o bem comum e não pode agir fora das normas jurídicas nem da moral administrativa. Se por erro, culpa, dolo, ou interesses escusos de seus agentes desgarrar-se da lei, divorciar-se da moral, ou desviar-se do bem comum, tem o dever de invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato contrário a sua finalidade, seja por ser inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal[101].

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal ao tratar da autotutela como mecanismo extrajudicial que a Administração dispõe para exercer o controle de seus atos que estejam em desacordo com a lei, editou as Súmulas 346 e 473. A primeira estabelece que "a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos[102]". A segunda reconhece que:

> A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos

---

[98] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar.** 4ºed., Curitiba, Jurua, 2013, p.152
[99] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.70.
[100] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.73.
[101] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.202-203.
[102] BRASIL.**Súmula 346**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).

adquiridos, e ressalvados em todos os casos a apreciação judicial[103].

Pelo exposto, constata-se que a autotutela é o controle que a Administração Pública exerce sobre os próprios atos, com possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes e inoportunos independentemente de provocação ao Poder Judiciário[104].

Insta salientar, que embora as Súmulas editadas pela Corte Suprema estabeleçam que a Administração possa anular seus próprios atos, na seara disciplinar, estes, quando eivados de ilegalidade, devem ser anulados pela Administração, ou seja, tem ela, o dever jurídico de anulá-los, uma vez que estão em desacordo com os interesses da sociedade; não é uma faculdade, mas sim um dever em atenção ao princípio da legalidade e dos demais princípios que regem o ente estatal[105].

Ainda sobre a autotutela, merece destaque a consolidação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, elevado à categoria de direito fundamental do cidadão previsto no art. 5º XXXV, da CF/88, e contemplado pela Súmula 473 do STF, ao declarar expressamente que os atos da Administração Pública estão sujeitos ao controle judicial nos casos de anulação ou revogação, preservando, entretanto, o mérito administrativo[106].

2.2 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Visando atender ao interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos que são distintos dos poderes políticos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho adequados à realização de tarefas administrativas e por isso, considerados poderes instrumentais, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e sua organização constitucional[107].

Os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências dos serviços públicos, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem[108].

---

[103] BRASIL.**Súmula 346**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).
[104] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.70.
[105] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.62.
[106] Idem.
[107] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.119.
[108] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.119.

Nesse sentido, a lição de Helly Lopes Meirelles esclarece:

> Dentro dessa diversidade, são classificados, consoante a liberdade da Administração para a prática de seus atos, em *poder vinculado* e *poder discricionário*; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em *poder hierárquico* e *poder disciplinar*, diante de sua finalidade normativa, em *poder regulamentar*; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em *poder de polícia*[109].

Desse modo, é possível aferir que como no Direito Administrativo vige o princípio da indisponibilidade do interesse público, tais poderes revelam-se como verdadeiros poderes-deveres, já que para a Administração não se trata de uma faculdade, mas sim de uma necessidade para a viabilização da vontade coletiva[110].

Para Fernando Otero Caamaño, são reconhecidos os seguintes poderes da Administração: vinculado, discricionário, normativo, hierárquico, disciplinar e de polícia[111]. Passemos a estudar alguns deles, e sua correlação no âmbito da Administração Militar.

2.2.1 Poder vinculado

Poder vinculado é aquele que a norma legal condiciona sua expedição aos dados consoantes ao seu texto, o que significa na prática, que o agente público está inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas suas especificações. Nesta categoria de atos administrativos a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater aos requisitos estabelecidos pelo direito positivo para realizá-los de modo eficaz[112].

A Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, logo sua margem de tomada de decisões está condicionada aos limites impostos pela norma, diferentemente do que ocorre na esfera privada. Por isso, diz-se que o poder-dever da Administração é vinculado quando o agente público, reconhecendo a necessidade da prática de determinado ato administrativo, se submete ao comando da lei, não havendo nesse caso, liberdade para praticá-lo ou não[113].

---

[109] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.119.
[110] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.64.
[111] Idem.
[112] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.120.
[113] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.65.

Em preciosa lição, Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que vinculados são os atos que "a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese pré-figurada em termos objetivos"[114].

Como exemplo de poder-vinculado, tem-se a hipótese de um servidor público que ao completar 70 anos de idade será aposentado compulsoriamente. Nesse caso, nota-se que a Administração não tem liberdade alguma em relação à prática de tal ato. Se o funcionário completou 70 anos, tem-se uma situação de objetividade absoluta que é insuscetível de qualquer dúvida ou apreciação subjetiva, e o Poder Público, estará obrigado a aposentar o funcionário, pois a lei já previu antecipadamente e com rigor, a situação de fato e o conteúdo do ato, que só pode ser no sentido de se aposentar[115].

2.2.2 Poder discricionário

É impossível imaginar que todas as possibilidades de atuação do agente público diante do caso concreto estejam previstas na lei. Diante disso, é salutar que deva ser conferida a Administração Pública, autonomia para a escolha de qual decisão melhor realiza o espírito da lei[116].

O poder discricionário, é conceituado como aquele que "o Direito concede a Administração, de modo explícito ou implícito para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo"[117].

Malgrado a liberdade conferida ao agente público para a prática de determinados atos, vale frisar, que estes não se confundem em hipótese alguma, com arbitrariedade, visto que discricionário é o ato que confere a Administração diante das inúmeras e imprevisíveis situações fáticas, uma largueza de liberdade nos exatos contornos da lei. Já na arbitrariedade, há verdadeira extrapolação dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, sendo tais atos jurídicos inválidos, impondo aos agentes públicos medidas coercitivas pela não observância

---

[114] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo. 15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.388.
[115] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo. 15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 394.
[116] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.65.
[117] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.121.

da lei[118].

Importante observar, que segundo a jurisprudência e a doutrina dominante de nosso país, inexiste no ordenamento jurídico pátrio ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião de certos atos. Isso porque, nenhum ato é totalmente discricionário, dado que sempre haverá vinculação ao fim e à competência com relação a quem os pratica. É que a lei sempre indica de modo objetivo, quem é competente para praticar determinado ato, e aí haverá inevitável vinculação. Do mesmo modo, a finalidade colimada com a prática dos atos administrativos será sempre o interesse público, daí dizer-se que seu fim também é vinculado[119].

No que tange ao Direito Administrativo Disciplinar, é de se observar que a discricionariedade é elevada ao seu ponto mais alto, a fim de que o administrador, no caso concreto, possa ter maior possibilidade de atender aos ditames da disciplina interna do órgão administrativo[120].

Destarte, é possível afirmar que mesmo na seara Administrativa Militar, onde se tem uma elevação da discricionariedade sob a justificativa de se atender melhor os ditames da disciplina interna inerentes às instituições militares, o legislador estabeleceu requisitos específicos que constituem uma espécie de infra-estrutura do ato administrativo, submetendo-os a vontade da lei, ou seja, mesmo os atos discricionários possuem requisitos legais a serem observados, pois o simples fato do agente público ter liberdade de escolha, baseando-se na oportunidade e conveniência, não implica dizer que isso ocorrerá com todos os requisitos dos atos administrativos[121].

Nesse sentido, ensina Meirelles:

> [...] não cuidando de todos os aspectos relegados à faculdade discricionária, o legislador subordina-os a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da competência, forma, da finalidade, e dos princípios do regime jurídico administrativo, deixado o mais, a livre escolha do agente administrativo[122].

Por fim, insta salientar que os atos discricionários tidos como inválidos por serem praticados com desvio de finalidade, abuso de poder, ou arbitrariedade, podem impor aos

---

[118]MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.121-122
[119] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo. 15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.394.
[120] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.66.
[121] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.123.
[122] Idem.

agentes públicos sanções de natureza civil, penal e administrativa conforme prevê a lei 4.868/65, aplicada a todos aqueles que atuam com abuso de autoridade, sejam civis ou militares[123].

2.2.3 Poder regulamentar ou normativo

A Administração Pública a fim de complementar os comandos legais dando-lhes cumprimento e efetividade, tem o poder-dever de editar normas para explicitar e traduzir em atos materiais a vontade da lei[124].

Embora a faculdade normativa caiba predominantemente ao Poder Legislativo, nele não se exaure, remanescendo boa parte ao Poder Executivo, que expede regulamentos e outros atos de caráter geral e efeitos externos[125].

No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo, o essencial, entretanto, é que o Executivo ao expedir tais normas ou regulamentos, não invada as chamadas "reservas da lei", ou seja, aquelas matérias que somente podem ser disciplinadas por lei[126].

Urge destacar, que os atos normativos expedidos pela Administração, tem condão apenas de regular ou regulamentar a lei, já que estão intimamente jungidos a ela e guardam uma estreita relação de hierarquia, não podendo, portanto, invadir a seara do Legislativo[127]. Neste contexto, Maria Silvia Zanella di Pietro assevera, que "o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades, que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade"[128].

Assim, tem-se claro que o regulamento ou ato normativo expedido pelo Executivo não é lei, embora se assemelhe no conteúdo e poder normativo. É que sendo na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados, ou completá-la, fixando

---

[123] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.66.
[124] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.66.
[125] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.131.
[126] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.131.
[127] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**. Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.89.
[128] Idem.

critérios técnicos e procedimentos necessários para sua aplicação. O regulamento supre a lacuna até que o legislador complete os claros da legislação, enquanto não o fizer vige o regulamento, desde que não invada a matéria reservada à lei[129].

2.2.4 Poder hierárquico

A organização da Administração Pública, para cumprir sua finalidade, é dada por órgãos que se coordenam e subordinam. Entre esses órgãos, há distribuição de funções e o controle sobre seus agentes, de modo que se estabelece uma relação de subordinação entre eles, a fim de atender ao interesse público. A esse poder de ordenar seus órgãos e agentes em uma relação hierarquizada dá-se o nome de poder hierárquico[130].

O poder hierárquico é definido por Hely Lopes Meirelles, como:

> [...] o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal. Poder hierárquico e poder disciplinar não se confundem, mas andam juntos, por serem os sustentáculos de toda organização administrativa[131].

Sob esse prisma, é possível afirmar, que do poder hierárquico decorre, para o superior, diversas faculdades implícitas, tais como as de dar ordem e fiscalizar o seu cumprimento, a de delegar e avocar atribuições, e a de rever os atos dos inferiores ou subordinados[132].

Pela hierarquia se impõe ao subalterno, a estrita obediência das ordens e instruções legais superiores e se define a responsabilidade de cada um. As determinações superiores devem ser cumpridas fielmente sem ampliação ou restrição, a menos que sejam tidas como manifestamente ilegais. Ademais, afere-se que a submissão hierárquica retira do inferior a atuação política, isto é, faz com que este haja somente no âmbito de suas atribuições específicas, cabendo ao chefe do órgão executivo tomar as decisões políticas mais convenientes e oportunas concernentes à consecução dos fins governamentais.[133].

---

[129] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.132.
[130] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.68.
[131] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.124.
[132] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.125.
[133] Idem.

2.2.5 Poder disciplinar e sua abrangência na esfera militar

O poder disciplinar surge da necessidade de fazer com que os comandos emitidos por uma instância superior, sejam acatados para a consecução dos fins pretendidos. Tal desiderato se funda nas relações intersubjetivas hierarquizadas inerentes a qualquer sociedade[134].

O poder disciplinar pode ser entendido como "a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração"[135].

Vale dizer, que o poder de punir da Administração Pública, é na verdade um dever de punir, ou como preferem alguns doutrinadores, um poder-dever de sancionar os servidores públicos *latu sensu*, e aqueles que de alguma forma se sujeitam à Administração. Isso porque, conhecida a falta do agente público, a autoridade competente deve punir o infrator, sob pena de cometer o crime de condescendência criminosa, tipificado no art. 320 do Código Penal comum e no art.322 do Código Penal Militar[136].

Não se deve confundir poder disciplinar da Administração com poder punitivo do Estado, já que este é realizado através da justiça penal, enquanto aquele é exercido como faculdade punitiva interna da Administração, e por isso, só abrange infrações relacionadas com o serviço[137].

Todavia, não é demais observar, que embora punição disciplinar e punição penal não se confundam na seara administrativa militar, há uma relativa identidade entre transgressão disciplinar e crime militar quando da mesma natureza. Isso porque, a distinção operada entre ambas é manifesta pela intensidade do dano gerado pela falta cometida, que acaba por determinar se a infração é de natureza penal (crime) ou administrativa (transgressão disciplinar)[138].

---

[134] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.69.
[135] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.127.
[136] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.70.
[137] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.70.
[138] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.71.

Nesse sentido, o jurista Jorge César de Assis, adverte que havendo concurso entre crime militar e transgressão disciplinar da mesma natureza deve ser apurada, inicialmente, a ocorrência de crime militar, para somente depois do término do processo penal apurar-se eventual falta administrativa residual. Segundo o autor, "existe uma identidade entre crime militar e a transgressão disciplinar, ambos são violações do dever militar, diferindo entre eles apenas a intensidade da ofensa, mais acentuada no crime militar". Desse modo, em razão do princípio constitucional do *non bis in idem,* havendo concurso entre crime militar e transgressão disciplinar de mesma natureza, está restará absorvida por aquele, devendo ser aplicada somente a pena relativa ao crime[139].

Portanto, na esfera administrativa militar, inservível a distinção trazida por Hely Lopes Meirelles, no tocante as punições disciplinares e penais, visto que em certos casos o que caracteriza a infração cometida como crime ou transgressão disciplinar, é apenas a intensidade com que o sentimento do dever foi violado[140].

Assim, por exemplo, o militar que estando em serviço consome bebida alcoólica, incorre em infração disciplinar nos termos do art. 10, nº58, do Decreto 76.322/75 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica), e no crime militar de embriaguez em serviço tipificado no art.202 do Código Penal Militar. Enquadrando-se em ambos os dispositivos, deve a autoridade penal militar instaurar inquérito policial militar (IPM), e não punir disciplinarmente o transgressor, uma vez que ambas as infrações são de mesma natureza[141].

Outra peculiaridade a ser observada no tocante ao poder disciplinar nas forças militares, é quanto à especificação das transgressões disciplinares, ou seja, a falta de precisão dos elementos constitutivos do tipo. Como exemplo, podemos citar a previsão contida no Regulamento Disciplinar do Exército, anexo I, (relação de transgressões disciplinares), item de nº40, que define como falta disciplinar o portar-se de maneira inconveniente ou sem compostura. Ocorre que inexiste, qualquer norma de conduta previamente estabelecida definindo o que seja portar-se de maneira inconveniente ou sem compostura, de modo que se torna praticamente impossível do militar saber como deverá se comportar de maneira correta, segundo os costumes castrenses[142].

---

[139] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.261.
[140] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.75.
[141] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.75-76.
[142] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed.

Situação análoga se encontra descrita no Anexo I, nº 42 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, (Decreto 1.260/81), que dispõe ser transgressão disciplinar "portar-se sem compostura em local público" ou ainda, a conduta capitulada no item nº 41, descrita como infração disciplinar, o policial que "tem pouco cuidado com o asseio próprio ou coletivo em qualquer circunstância". Assim, verifica-se que com tamanho grau de subjetivismo, torna-se praticamente impossível determinar que conduta os militares devem adotar, mormente quando se sabe que inexiste norma que regulamenta os referidos dispositivos[143].

Sob esse prisma, constata-se que os preceitos estabelecidos nos regulamentos disciplinares das forças militares, muitas vezes, evidenciam um caráter genérico, o que fere o princípio da legalidade, que se aplica tanto no direito penal como no direito administrativo civil, ou militar[144].

Vale lembrar, que no âmbito do Direito Administrativo Militar uma falta disciplinar pode levar ao cerceamento de liberdade de até 30 dias, que é um bem fundamental do cidadão. Por isso, as faltas disciplinares devem estar previamente previstas e estabelecidas, para que o militar tenha conhecimento dos fatos que podem levá-lo a um julgamento perante a autoridade administrativa militar[145].

Nesse diapasão, a oportuna lição de Fernando Otero Caamaño esclarece:

> Em síntese, tais definições de conteúdo indeterminado são ofensivas ao princípio da legalidade, bem como ofensivas ao princípio da segurança jurídica, e, em razão da atividade militar, não podem estar ao sabor do superior, em análise subjetiva, cabendo-lhe definir qual atitude deveria ser tomada no caso concreto. Portanto, se não há uma fixação prévia desses sentidos diante da impossibilidade de se determinar em abstrato os sentidos possíveis, o destinatário do preceito regulamentar deve saber, de antemão qual é o dever a ser cumprido[146].

Desta feita, resta claro que o militar tem o dever e, principalmente, o direito de saber como se comportar diante de um mandamento militar, que pode ensejar em uma sanção restritiva de liberdade de locomoção pelo seu não cumprimento[147].

Curitiba, Juruá, 2009, p.76.

[143] Decreto1.260 de 02 de Outubro de1981 .Disponível:http://www.pm.ms.gov.br. Acesso: 25/06/2014.

[144] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 77.

[145] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 78.

[146] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.77.

[147] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.77.

Assevere-se, contudo, que essa posição não é unânime entre os estudiosos da área militar, Jorge César de Assis, por exemplo, sustenta que a sobredita "reserva legal" ou tipicidade, possui base no texto constitucional em seu art.5º, XXXIX, da CF/88, que está intimamente jungido ao direito penal em decorrência da teoria do tipo, segundo o qual, determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Observa ainda, que tal disposição não encontra similitude na CF/88 em face das transgressões disciplinares, pois o que existe, na verdade, é uma espécie de "tipicidade mitigada" ou um abrandamento no princípio do tipo administrativo, permitindo a autoridade administrativa militar uma dinâmica própria na aplicação da sanção administrativa[148].

[148] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.242-243.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

Antes de tratarmos dos processos administrativos disciplinares militares, necessário se faz compreendermos, o que são processos na esfera administrativa, razão pela qual, este capítulo procura alinhavar conceitos básicos a esse respeito.

A Administração Pública, para o registro de seus atos, controle de conduta de seus agentes e soluções de controvérsias dos administrados, utiliza-se de diversos procedimentos, cuja denominação, comumente é dada como processo administrativo[149].

A Constituição Federal de 1988 tratou de incluir os processos administrativos no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, é o que se depreende da análise do art. 5º, incisos LIX e LX. Assim, tem-se que com o advento da novel constituição, os processos administrativos ganharam contornos de constitucionalidade, principalmente porque houve equiparação entre os processos administrativos e judiciais, sendo garantido em ambos os casos, aos acusados em geral o direito a ampla defesa, ao contraditório e a todos os recursos a ela inerentes, de tal modo, que a clareza do dispositivo constitucional, demonstra sua auto-aplicabilidade como norma de eficácia plena, embora alguns ainda insistam em não lhe dar fiel cumprimento[150].

Disto isto, importa-nos distinguir e esclarecer os conceitos de processo e procedimento administrativo para após, apreciarmos com destaque os contornos do processo administrativo disciplinar[151].

3.1 PROCESSO E PROCEDIMENTO

Processo é um conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia, seja no âmbito judicial, ou administrativo[152].

O jurista brasileiro Celso Antonio Bandeira da Mello, ensina que "processo ou procedimento administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem todos a um resultado final e conclusivo". Para o autor, pouca importância tem a

---

[149] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.718.
[150] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 32.
[151] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.718.
[152] Idem.

terminologia a ser empregada, visto que tanto os estudiosos e até as leis divergem sobre a terminologia adequada para batizar tal fenômeno[153].

Em sentido contrário, Hely Lopes Meirelles sustenta apertada distinção entre os aludidos termos. Para o autor, "o que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o *procedimento* de um *processo* é o modo específico do ordenamento desses atos"[154].

Tal distinção é de extrema relevância, pois no processo administrativo deve-se assegurar a garantia e a observância de princípios constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa, e o contraditório[155].

Assim, visando uma melhor compreensão do tema, melhor se aplica a definição de processo como "o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo" e procedimento como sendo "o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual; a sequência de atos preordenados de modo que o anterior pressuponha o posterior"[156].

Não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processos, como os de licitações e concursos, por exemplo[157].

3.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Processo administrativo disciplinar é o meio de se apurar e punir faltas graves cometidas por servidores públicos ou demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Tal processo tem por base a supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, definitiva ou transitoriamente, submetendo-se à sua disciplina[158].

O processo disciplinar será sempre necessário para a imposição de pena de demissão ao funcionário estável, tendo a jurisprudência firmado o entendimento de que

---

[153] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.442-443.
[154] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.718.
[155] Idem. p.719
[156] Idem.
[157] Idem.
[158] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.730.

também o será no caso de servidor efetivo em estagio probatório[159].

A instauração do processo administrativo disciplinar deve ser por meio de portaria da autoridade competente, na qual se descrevem os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo comissão processante, presidida pelo integrante mais categorizado, desde que seja funcionário efetivo e de categoria superior ou igual à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico, sustentáculo dessa espécie de processo administrativo[160].

Instaurado o processo administrativo disciplinar, passa-se a fase de instrução probatória que por força da CF/88, deve ser assegurado ao acusado, desde a fase de citação acusatória o exame dos autos na repartição para a apresentação de defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda instrução[161].

Destarte, verifica-se que independente de o acusado ser militar ou civil, deve ser-lhe garantindo nos processos administrativos ou judiciais, os direitos e garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório. Isso porque, com a promulgação do novo Pacto Federativo Brasileiro, o militar federal ou estadual, passou a ter os mesmos direitos que são assegurados aos civis quando levado a julgamento perante seus pares, em decorrência da prática de um ato ilícito (administrativo, penal, ou civil), uma vez que novel constituição, em seu art.5º, inciso LV, assegurou aos acusados em processo judicial ou administrativo, a ampla defesa e o contraditório, o que significa que o administrado não poderá ser punido sem que haja à observância destes princípios e garantias constitucionais[162].

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e a todos os acusados em geral.

Nessa trilha, ensina o jurista Alexandre de Moraes:

> Assim, embora no campo administrativo não exista a necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta a norma, a capitulação do ilícito administrativo não poderá ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial como nos campos administrativos, ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa[163].

---

[159] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.730.
[160] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 36.ed. São Paulo: Malheiros 2010, p.731.
[161] Idem.
[162] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p.03.
[163] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 16ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 124-125.

Assim, verifica-se que nos processos administrativos em geral, por força da Constituição Federal de 1988, devem ser assegurados, a todos os administrados, o exercício da ampla defesa e do contraditório, sem os quais nenhuma penalidade poderá ser imposta. Por ampla defesa, entende-se a possibilidade de o réu trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se, se entender necessário. O contraditório, por sua vez, impõe a condução dialética do processo, pois todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda dar interpretação jurídica totalmente diversa daquela feita pelo autor[164].

3.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

Em todos os grupos sociais conhecidos até hoje, sempre houve relações intersubjetivas hierarquizadas, seja como mecanismo de divisão de classes, ou como mecanismo para realização de fins almejados pela sociedade. Destas relações intersubjetivas hierarquizadas, surge a necessidade de que os comandos emitidos por uma instância superior sejam acatados, para consecução dos fins pretendidos[165].

Um dos meios pelo qual a Administração se vale, para que seus comandos sejam prontamente cumpridos pelos administrados, é punir aqueles que cometem infrações funcionais e violam a disciplina dos órgãos da Administração. Tal prerrogativa só é possível, em decorrência do poder disciplinar de que a Administração está investida, em razão do vínculo que possui com aqueles que estão sob suas regras.

Vale dizer, que o Poder Disciplinar da Administração, por si só não é suficiente para que se imponha uma punição ao acusado de cometer uma falta disciplinar. É preciso que se garanta a ele, por força da CF/88, o devido processo legal, para somente após o término deste, aplicar-lhe a sanção que for devida. Assim, pode-se afirmar que o Processo Administrativo Disciplinar, decorre do Poder Disciplinar de que a Administração está investida para fazer com que suas ordens e comandos sejam prontamente obedecidos.

---

[164] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 16ed. São Paulo, Atlas, 2004, p. 124-125.
[165] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.69.

O Direito Administrativo Militar ou Disciplinar Militar 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 pela Constituição Federal: a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública[166].

No mesmo sentido, José Armando da Costa prescreve que "Direito Disciplinar é, portanto, o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do serviço público"[167].

O surgimento do Direito Administrativo Militar, como disciplina autônoma se dá no ano de 1995, com a edição da obra de Antonio Pereira Duarte, **Direito Administrativo Militar[168].**

Entretanto, o marco fundamental para a consolidação desse ramo do direito, enquanto disciplina autônoma, sem dúvida, se deu com a alteração da CF/88, levada a efeito pela Emenda Constitucional de nº 45/04, a qual alterou a redação do art. 125 e seus parágrafos, incluindo a competência da Justiça Militar Estadual, para julgar as ações judiciais contra os atos disciplinares militares, os quais até então eram julgados pela Justiça Comum Estadual[169].

Assim, por força da Emenda Constitucional 45/04, os juízes de direito da Justiça Militar Estadual, e do Distrito Federal, passaram a ter competência para processar e julgar as ações constitucionais de *habeas corpus* referentes as transgressões disciplinares previstas nos respectivos regulamentos disciplinares de cada força[170].

A propósito, após a EC/45 de 2004, o art. 125 da CF/88, passou a ter a seguinte redação:

> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
> § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).
> § 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar,

---

[166] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.99.
[167] COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Direito Disciplinar.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.p.3.
[168] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.96.
[169] Idem. p.97.
[170] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p.22.

> singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)[171].

Esta nova competência, agora de natureza cível, envolve todo e qualquer questionamento contra punição disciplinar militar, inclusive o julgamento das ações constitucionais em *habeas corpus* nas transgressões disciplinares, cuja competência será do juiz de direito militar em 1º grau de jurisdição, e não mais da justiça comum estadual[172].

Frise-se, entretanto, que no âmbito dos militares federais, a competência da Justiça Militar da União se restringe apenas em julgar os crimes militares, sendo que as ações judiciais contra os atos disciplinares serão de competência da Justiça Comum Federal. Em razão disso, existe proposta de Emenda à Constituição no Congresso Nacional, cujo objeto é alterar a competência da Justiça Militar da União, para nela incluir o controle jurisdicional das punições disciplinares militares[173].

Estabelecida a competência para o controle jurisdicional das punições disciplinares no âmbito das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, não é por demais lembrar, que mesmo as instituições militares se submetem aos princípios constitucionais que regem toda Administração Pública. Nesse sentido, Jorge César de Assis, relembra; "[...] a Administração Pública brasileira- aí incluída a Administração Militar, seja federal, seja estadual ou do Distrito Federal, submete-se aos princípios específicos consagrados no art. 37, *caput,* da Carta Magna"[174].

Não só isso. Segundo sobredito publicista, além dos princípios norteadores da Administração Pública previstos expressamente no *caput* do art. 37 da Lei Maior, outros princípios implícitos ou positivados no ordenamento jurídico também incidem sobre a Administração Castrense[175].

Nessa trilha, Fernando Otero Caamaño, afirma que além de outros princípios apontados pela doutrina como forma de nortear modo de agir da Administração estatal, os previstos no art. 37*caput* da CF/88, são de observância obrigatória, pela Administração

---

[171] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).
[172] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.232.
[173] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.97.
[174] ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.238.
[175] Idem.

Pública, seja ela direta, indireta, ou de qualquer natureza[176].

Assim, sendo a Administração castrense integrante da Administração Pública, resta claro que os processos ou procedimentos administrativos disciplinares militares, devem respeitar, além dos princípios constitucionais que obrigam a Administração, os direitos e garantias da ampla defesa e do contraditório com todos os recursos inerentes, é o que se depreende da exege do art. 5º, inciso, LV da CF/88[177].

Sob essa ótica, tem-se que no ordenamento jurídico-positivo brasileiro é possível identificar pelo menos 11 (onze) princípios de observância obrigatória nos processos administrativos, os quais encontram fundamentos implícitos ou explícitos na Constituição Federal. Oito destes princípios devem ser aplicados a todo e qualquer processo administrativo, e apenas três deles deixam de ser aplicados a certas espécies de procedimentos[178]. Vejamos:

> (I) princípio da *audiência do interessado;* (II) princípio da *acessibilidade aos elementos do expediente;* (III) princípio da ampla instrução probatória; (IV) princípio da *motivação*; (V) princípio da *revisibilidade*; (VI) princípio da *representação e assessoramento*; (VII) princípio da *lealdade e boa fé*; (VIII) princípio da *verdade material*; (IX) princípio da *oficialidade*; (X) princípio da *gratuidade* e (XI) princípio do *informalismo*[179].

Pelo exposto, pode-se dizer que a obrigatoriedade da observância de pelo menos oito princípios pela Administração Pública, visa garantir o acesso aos direitos da ampla defesa e do contraditório a todos os cidadãos brasileiros, estando ou não vinculados a Administração. Já os princípios da oficialidade e da gratuidade, não se aplicam nos casos de procedimentos que visam ampliar os direitos suscitados pelos administrados. Igualmente, o princípio do informalismo não se aplica aos procedimentos concorrenciais[180].

Os processos administrativos militares são, no âmbito dos estados, instituídos por Regulamentos Disciplinares (em sua maioria decretos), expedidos pelo Chefe do Executivo do respectivo estado e do Distrito Federal.

No âmbito das Forças Armadas, os processos administrativos, são regulados pelo Estatuto do Militares (Lei 6.880/80), e pelos Regulamentos Disciplinares de cada Força Armada. No Exército pelo Decreto 4.346/02, na Marinha pelo Decreto 88.544/83, e na

---

[176] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.55.
[177] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).
[178] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.456.
[179] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.456-457.
[180] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.456-457.

Aeronáutica pelo Decreto 76.322/75[181].

Ainda, com relação às Forças Armadas, sem prejuízo dos Regulamentos Disciplinares de cada força, o militar que comete uma infração disciplinar considerada grave será submetido a um processo disciplinar, (conselho de disciplina para praças ou justificação para oficiais), cujo objetivo é avaliar se aquele infrator tem ou não condições de permanecer na carreira militar, podendo ensejar as penas de exclusão, se for praça, e demissão ou reforma se for oficial.

O Conselho de Disciplina e o Conselho de Justificação, são instituídos pelo Decreto Federal nº 71.500/72 e pela Lei 5.836/72, respectivamente, são instrumentos que só se aplicam em relação às infrações graves no âmbito das Forças Armadas, o primeiro se aplica a carreira de Praças, o último a de Oficiais[182].

Importante notar, que no interior das corporações militares é comum o uso do termo Procedimentos, enquanto o correto seria Processos Administrativos Militares, que via de regra são, os Conselhos de Disciplina, os Conselhos de Justificação, e as sindicâncias que por terem rito específico também assim podem ser consideradas[183].

Em que pese à referida classificação, algumas Polícias Militares do Brasil, passaram a adotar a terminologia de processo administrativo para designar as simples apurações de transgressões disciplinares, dando assim, interpretação mais ampla ao termo processo administrativo militar, ou disciplinar militar[184].

A exigência da instauração de um processo administrativo disciplinar, para punir o servidor militar, assenta na garantia constitucional prevista no art.5º, inciso, LIV, de que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"[185].

Pelo devido processo legal, há exigência de instauração de um processo formal regular, para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar qualquer decisão gravosa a um dado sujeito, ofereça-lhe a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, inclusive com o

---

[181] BEÊ, Ana Paula. **O processo Administrativo Disciplinar no Âmbito das Forças Armadas e sua (Des)conformidade com a Constituição de 1988.** Monografia Jurídica. UFMS/Paraná. Ano. 2008.p.12.
[182]ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.237.
[183]ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.237.
[184]ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.281.
[185] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).

direito de recorrer das decisões tomadas[186].

Nesse sentido, apoiado nos ensinamentos de Carlos Roberto Siqueira Castro, Celso Antônio Bandeira de Mello explica:

> Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro[187].

Destarte, pode-se aferir que a nova ordem imposta pela Constituição da República de 1988, revigorou os processos administrativos disciplinares, levando o administrado a uma condição de igualdade formal perante a Administração Pública. Assim, embora haja autorização constitucional para a Administração Militar cercear a liberdade ambulatorial do transgressor disciplinar, sem a necessidade de recorrer ao judiciário, é mister a observância do devido processo legal, como uma forma de se efetivar uma relação de equivalência entre as partes, para garantir ao final a aplicação da sanção com a devida justiça[188].

No Estado de Mato Grosso do Sul, os instrumentos que regulam os Processos Administrativos Disciplinares Militares, no âmbito da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, (desde apuração da simples transgressão disciplinar, até os Conselhos de Justificação e Disciplina) são a Portaria nº 009/Gab-CMT-Geral/2008, o Decreto 1.260/81(RDPM/MS), e o Decreto 1.261/81. A primeira aprova as instruções atinentes às regras processuais e procedimentais, a serem observadas nos processos administrativos em geral[189].

O Decreto 1.260/81especifica e classifica as transgressões disciplinares, estabelecendo normas relativas a amplitude e a aplicação das punições disciplinares, a classificação do comportamento policial-militar das praças e a interposição de recursos contra as referidas punições[190]. Já o Decreto 1.261/81, institui O Conselho de Disciplina, cuja finalidade é de julgar a incapacidade do Aspirante-a-Oficial PM e das demais praças da

---

[186] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.15**. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p.105.
[187] Ibdem.p.107
[188] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.88.
[189] As referidas informações foram retiradas através de consulta e análise dos respectivos instrumentos normativos, disponíveis em: http://www.pm.ms.gov.br/ legislação. Acesso em: 03/07/2014.
[190] MATO GROSSO DO SUL. Decreto 1.260 de 02 de Outubro de 1981. disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/ legislação. Acesso em: 03/07/2014.

Polícia Militar, com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, criando, ao mesmo tempo, condições para se defenderem[191].

Uma questão a ser observada, é o fato de que tanto nas Forças Armadas como nas Forças Auxiliares, as normas que regulam os processos administrativos, são em sua maioria decretos ou portarias. Assim, caso os referidos instrumentos infralegais contenham disposições que sejam omissas, seria possível a aplicação subsidiária da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, como fonte integradora dos respectivos instrumentos normativos[192]?

Com efeito, a Lei 9.784/99, é norma de caráter geral que regula o processo administrativo no âmbito de toda Administração Pública Federal e visa garantir ao administrado a ampla defesa e a observância por parte da Administração, de direitos como a comunicação, a apresentação de alegações finais, de produção de provas e da interposição de recursos, tudo em vista de garantir ao acusado, efetivamente, o acesso à ampla defesa e ao contraditório[193].

Sob esse prisma, pode-se dizer que da análise dos regulamentos disciplinares das forças militares, no que diz respeito à ampla defesa e ao contraditório, o que se constata é uma baixa normatividade, razão pela qual, havendo lacunas ou omissões nos referidos regulamentos, a fim de que se atenda aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a Lei 9.784/99 deve integrar o processo administrativo militar, até que o Congresso Nacional edite leis específicas, que disciplinem o regime disciplinar das forças militares[194].

Corroborando com esse entendimento, o TRF da 4ª Região proferiu a seguinte decisão:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM. PUNIÇÃO DISCIPLINAR IMPOSTA À MILITAR. IDENTIDADE ENTRE OFENDIDO E AUTORIDADE COMPETENTE PARA PUNIR. LEI Nº 9.784/99.AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM O ESTATUTO DO MILITAR. 1 - Não se verifica a existência de disposição, expressa ou tacitamente, que incompatibilize a aplicação do disposto no artigo 18, inciso I, da Lei nº

---

[191] MATO GROSSO DO SUL. Decreto 1.261 de 02 de Outubro de 1981. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/ legislação. Acesso em: 03/07/2014.
[192] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.98.
[193] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.97.
[194] Ibdem. p.98.

> 9.784/99 com as regras contidas no Estatuto do Militar (Lei nº 6.880/80). 2 - Não pode a autoridade contra quem foi promovida a insubordinação participar do processo disciplinar que culminou com a punição do militar. 3 - Recurso não provido[195].

Na ocasião, mesmo diante da ausência de previsão legal nos regulamentos disciplinares, os nobres julgadores entenderam que sendo o comandante da unidade ofendido por seu subordinado, não poderia este aplicar-lhe a devida sanção, ainda que seja de sua competência a imposição de punição disciplinar a todos aqueles que estão sob seu comando. É que sendo o comandante da unidade o ofendido, torna-se parte interessada e, por isso, deve ser vedada sua atuação no processo administrativo em espécie[196].

Esse entendimento, entretanto, apresenta controvérsias entre os estudiosos, Jorge César de Assis, sustenta que o processo administrativo federal regulado pela Lei 9.784/99 não tem natureza disciplinar e, por isso, não deve ser utilizado para a apuração da responsabilidade do servidor público civil ou militar[197].

---

[195] TRF-4, 8ª T., Recurso em Sentido Estrito. 2002.7100.046153-4/RS, Rel. Des. fed. Luiz Fernando Penteado, j.em 22/10/2003. Disponível em: http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1152318/recurso-em-sentido-estrito-rse-46153/inteiro-teor-13688976. Acesso em: 04/07/2014.

[196]ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.393.

[197]ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar- Da simples Transgressão ao Processo Administrativo.** 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.389.

4. ANÁLISE DO DECRETO 1.260/81 (RDPM/MS)

A Constituição Federal de 1988 trouxe para as instituições militares uma nova sistemática ao assegurar a eles a ampla defesa e o contraditório, com todos os recursos a ela inerentes, na forma do art. 5º, inciso LV[198].

A aplicação de punições disciplinares pelas autoridades administrativas sem a observância das garantias constitucionais poderá ser anulada, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça[199].

A hierarquia e a disciplina são fundamentos básicos das Instituições Militares, de tal modo que, nem mesmo as modificações operadas pela Constituição Federal de 1988 têm por escopo questioná-los. Contudo, após o advento da nova Carta Política, a aplicação de sanções no âmbito da Administração Pública exige que seja assegurado ao militar o devido processo legal, como ocorre no processo judicial, já que o art. 5º, inciso LV, da CF/88, igualou, em termos de garantias, os acusados em processo judicial ou administrativo[200].

A vigente Constituição da República trouxe significativas modificações, que aos poucos vão sendo incorporadas ao sistema jurídico da Administração Pública Militar. Algumas mudanças carecem de reflexões acerca do alcance dos preceitos constitucionais quanto às normas castrenses que se encontram em vigência, como por exemplo, o mandamento instituído no texto constitucional de que as normas disciplinares militares só poderão ser instituídas por meio de lei proveniente do Poder Legislativo, e não mais por meio de decreto expedido pelo chefe do Poder Executivo[201].

Desde 1990, as polícias militares de todo Brasil tem enfrentado dificuldades não só que tange aos seus valores, funções e formas de atuação, mas também em suas leis, normas e regulamentos[202].

---

[198] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 21
[199] Idem.
[200] Idem.
[201] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática.** 2011, p. 13-14
[202] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.180

Nesse sentido Muniz observa:

> Desde 1990, muitas Polícias Militares têm procurado realizar reformas em sua arquitetura organizacional, no sentido de ajustá-la à realidade operacional do trabalho de polícia. Este é o caso da Brigada Militar do Rio Grande do Sul, e das Polícias Militares de Minas Gerais e Bahia[203].

Nessa trilha, Fernando Otero Caamaño, explica que em análise aos regulamentos das Forças Armadas, no tocante aos princípios do contraditório e da ampla defesa, verifica-se uma baixa normatividade, havendo muitas vezes, casos de lacunas e omissões. Assim, a fim de que se atenda aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, deve ser aplicada subsidiariamente a Lei nº 9.784 aos processos administrativos militares, até que o Congresso Nacional edite leis específicas, quanto ao regime disciplinar das forças militares[204].

Em Mato Grosso do Sul, o Decreto nº 1.260/81 (RDPM/MS), especifica e classifica as transgressões disciplinares, estabelecendo normas relativas à amplitude e a aplicação das punições disciplinares, a classificação do comportamento policial-militar das praças e a interposição de recursos contra as referidas punições. Embora, a redação normativa desse instrumento se refira expressamente aos policiais militares, frisa-se que sua aplicação também se estende aos bombeiros militares de Mato Grosso do Sul[205].

4.1 ANÁLISE DO DECRETO 1.260/81 SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

As leis são formuladas em termos gerais e abstratos, para que possam ser aplicados a todos os casos da mesma espécie. Fazer com que esses comandos gerais e abstratos passem ao caso concreto, é tarefa do aplicador do direito (juiz, tabelião, advogado, administrador, ou contratante), que para fazê-lo, utiliza-se da interpretação, hermenêutica ou exegese[206].

Malgrado a utilização dos vocábulos interpretação e hermenêutica serem comumente empregados como sinônimos, estes não se confundem. Adverte Carlos Maximiliano que "interpretar é determinar o sentido e o alcance das expressões do direito", ao

---

[203] MUNIZ, Jaqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw.** Rio de Janeiro, p.180.
[204] CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1ed. Curitiba, Juruá, 2009, p.98.
[205] MATO GROSSO DO SUL. Decreto 1.260 de 02 de Outubro de 1981. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/ legislação. Acesso em: 03/07/2014.
[206] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 419.

passo que a hermenêutica jurídica, consiste na ciência que "tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito"[207].

Nessa trilha, Paulo de Barros Carvalho, explica que a aplicação do direito pressupõe uma atividade interpretativa que deve ser entendida como a atividade intelectual que se desenvolve a luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o "conteúdo o sentido e o alcance das regras jurídicas". Alerta ainda, que o termo "hermenêutica" deve ser utilizado não só como uma teoria cientifica (métodos), mas na sua acepção mais ampla, denominada pelos filósofos Heidegger e Gadamer de "hermenêutica filosófica" [208].

Na atividade de interpretação do operador do direito, os conceitos de "fixação de sentido" e "alcance da norma" são fundamentais, e isso tem sua razão de ser, como bem observa Torré citado por André Franco Montoro, ao ensinar que toda norma jurídica, como todo objeto cultural, tem uma significação, um sentido ou uma finalidade[209].

Assim, uma norma que estabelece a exigência de férias anuais remuneradas, tem por finalidade assegurar um descanso para a saúde física e mental do homem que trabalha, e este é o seu sentido[210].

No que diz respeito ao alcance das normas pode-se dizer que duas normas podem receber o mesmo sentido, tendo, contudo, alcances diferentes. É o caso, por exemplo, da CLT e do Estatuto dos Servidores Públicos Federais que estabelecem o direito ao descanso semanal remunerado, ou seja, trata-se de normas com o mesmo "sentido", mas, com alcance ou extensão diferente. A primeira estende-se aos funcionários da iniciativa privada, e a última aos servidores públicos federais[211].

Ademais, dentro da atividade interpretativa do operador do direito, a identificação do objeto assume papel relevante. Por essa razão, o jurista Carlos Maximiliano, emprega a denominação geral "expressões do direito" no conceito de atividade interpretativa realizada pelo operador do direito, quis o douto jurista, não limitar a área de atuação do intérprete, pois

---

[207] SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 14 1947.
[208] CARVALHO, Paulo de. **Curso de Direito Tributário.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.99.
[209] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 420.
[210] Idem.
[211] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 420-21.

sua atividade não deve se deter apenas a interpretação das leis, mas, a todos os atos normativos, sejam eles tratados, acordos, convenções, decretos, medidas provisórias, portarias, despachos, sentenças, usos e costumes etc[212].

Destarte, pode-se afirmar que interpretar nada mais é que descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica, de sorte que toda lei está sujeita a interpretação, não apenas as obscuras e ambíguas. Ao interpretar as leis, o operador do direito deve utilizar métodos, pois o direito sendo uma ciência também possui seus métodos de interpretação. A ciência que estuda os métodos de interpretação das leis dá-se o nome de hermenêutica[213].

Os métodos de interpretação podem ser classificados pelos seguintes critérios: a) *quanto à origem ou fonte*; b) *quanto ao método utilizado pelo intérprete*; c) *quanto aos seus resultados ou efeitos*[214].

A interpretação quanto à origem ou fonte, dividi-se em: a) *judicial*; b) *legal ou autêntica;* c) *administrativa;* d) *doutrinária ou científica*[215].

Quanto às fontes ou origem de que emanam os métodos de interpretação, Carlos Roberto Gonçalves, prefere classificá-los apenas em: *autêntico* ou *legislativo, judicial* ou *jurisprudencial,* e *doutrinário* ou *científico*[216].

A interpretação *judicial* é aquela que realizam os juízes ao sentenciar. Têm força obrigatória para as partes a que se aplica quando se trata de sentença isolada. E no caso de firmar jurisprudência essa interpretação passa a ser utilizada para casos análogos[217].

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, a interpretação judicial ou jurisprudencial, é aquela realizada pelos tribunais, e, embora não tenha força vinculante, influencia grandemente os julgamentos nas instâncias inferiores[218].

Autêntica ou *legal* é a interpretação feita pelo próprio legislador, através de outra lei, chamada de "lei interpretativa". As leis interpretativas, que são raras hoje em dia, trazem alguns problemas à doutrina no que se refere ao seu valor jurídico. Há quem diga que

---

[212] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 420-21.
[213] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.79.
[214] Idem. p.422
[215] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.422.
[216] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.79-80.
[217] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.422.
[218] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.80.

consistem em simples conselhos aos juízes. Mas hoje, a posição predominante é que sendo incluídas nos códigos, acertadamente ou não, essas leis tem força obrigatória[219].

Ainda quanto à fonte ou origem, a interpretação pode ser classificada como *doutrinária* ou *cientifica*, que é aquela realizada pelos juristas em suas obras ou pareceres. Nessas obras, os juristas analisam os textos a luz dos princípios filosóficos e científicos do direito e da realidade social. Esse tipo de interpretação, hoje não vincula o julgador, mas houve épocas que tais interpretações eram de relativa obrigatoriedade[220].

A interpretação *doutrinária* ou *científica* consiste em um método importante porque, publicada uma lei ou entrando em vigor um Código, os doutrinadores estudam e analisam o seu texto, fornecendo subsídios, à luz dos conceitos inspiradores da norma, para que os operadores do direito, promotores, juízes, e especialmente os advogados, possam entender o seu sentido e alcance, para melhor aplicá-la em suas atividades[221].

A interpretação *administrativa*, preconizada por André Franco Montoro, é aquela que os órgãos da administração, a partir do Presidente da República, até as autoridades de menor nível realizam, mediante despachos, ordens, portarias etc[222].

Quanto aos meios ou métodos empregados, a interpretação das normas podem ser classificadas como: a) *literal, gramatical* ou *filológica*; b) *lógica*, *sistemática* ou *racional*; c) *histórica*; d) *sociológica* ou *teleológica*[223].

Literal, gramatical, ou *filológico*, é o método do qual se vale o intérprete para identificar o significado e alcance da norma, tendo por base a significação das palavras e sua função gramatical. A interpretação *gramatical*, "é sem dúvida, o primeiro passo a dar na interpretação de um texto. Mas por si só é insuficiente, porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação a realidade social"[224].

O preclaro jurista brasileiro, Carlos Roberto Gonçalves, doutrinador em direito civil, ensina que "A interpretação *gramatical* é também chamada de *literal*, porque consiste no exame do texto normativo sob o ponto de vista linguístico, analisando a pontuação, a

---

[219] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.422
[220] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.423.
[221] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.80.
[222] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.423.
[223] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.423.
[224] Idem.

colocação das palavras na frase, à origem etimológica etc[225].

Nesse sentido, o tributarista Paulo de Barros Carvalho, afirma que método literal "seria aquele em que o intérprete toma em consideração a literalidade do texto, cingindo-se à construção gramatical em que se exprime o comando jurídico, procurando colher as inferências declaratórias que são o escopo do labor interpretativo"[226].

Na interpretação *lógico-racional*, ou *lógico-sistemática*, procura-se apurar o sentido e a finalidade da norma, a intenção do legislador por meio de raciocínios lógicos, com abandono dos elementos puramente verbais. O intérprete procura várias interpretações possíveis, buscando sempre descobrir a razão de ser das leis[227].

Nesse diapasão, André Franco Montoro, explica que "Em suas diversas modalidades, *o método lógico* supõe sempre a unidade e coerência do sistema jurídico"[228].

Pelo método *lógico* ou *sistemático*, o intérprete parte do pressuposto de que nenhuma lei existe isoladamente, e deve ser interpretada em conjunto com outras pertencentes à mesma província do direito, levando-se em conta, às vezes o livro, o título, o capítulo, a seção e o parágrafo. Assim, uma norma tributária deverá ser interpretada de acordo com os princípios que regem o sistema tributário[229].

No que tange a interpretação *histórica*, verifica-se que, por este método, o intérprete busca a investigação dos antecedentes da norma, do processo legislativo, a fim de descobrir o seu exato significado. É o melhor método para saber a vontade do legislador e os objetivos que a lei buscava atingir. Esse método abrange a análise dos fatos que precederam a edição da lei, os que deram origem ao projeto de lei, da justificativa ou exposição de motivos, dos trabalhos preparatórios, das atas das comissões, dos resumos das discussões, especialmente das referentes à rejeição e aprovação de emendas.[230].

A interpretação *sociológica*, por sua vez, também denominada *teleológica*, é aquela que se baseia na adaptação do sentido da lei as realidades e necessidades sociais. Essa adaptação, está prevista no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao determinar que o juiz na aplicação da lei deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem

---

[225] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.80
[226] CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.95.
[227] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.80.
[228] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.424.
[229] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.81.
[230] Idem.

comum[231].

Quanto aos efeitos ou resultados, a interpretação da norma pode ser *declarativa*, *extensiva* ou *restritiva*. Será *declarativa* quando proclamar que o texto legal corresponde ao pensamento do legislador, que pode, por alguma razão, não ter se expressado de maneira correta na edição da norma, dizendo menos ou mais do que pretendia dizer. Na interpretação *declarativa* verifica-se que isso não ocorreu. Na interpretação *extensiva* ou *ampliativa*, o intérprete conclui que o alcance da norma é mais amplo do que indica o seu texto, abrangendo implicitamente outras situações. Na *restritiva*, há verdadeira limitação do campo de atuação da lei restringindo seu sentido e alcance[232].

Por fim, não é por demais lembrar, que os métodos de interpretação não operam isoladamente, não se repelem reciprocamente, mas se completam. As várias espécies de interpretação devem sempre atuar conjuntamente, visto que trazem sua contribuição para a descoberta do sentido e alcance das normas de direito[233].

Dito isto, passemos a análise do Decreto 1.260/81, sob a ótica dos métodos hermenêuticos.

Embora os estudiosos afirmem que o método *gramatical* ou *literal,* é o primeiro passo a ser dado na interpretação de um texto ou uma norma, neste trabalho, faremos a opção de iniciar pelo método *histórico*.

Sob a perspectiva do método *histórico*, constata-se que o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar de Mato Grosso do Sul, foi editado mediante ato do então governador de Mato Grosso do Sul Pedro Pedrossian, em 02 de Outubro de 1981[234].

Segundo consta do prólogo do instrumento normativo, para expedição deste decreto, o então governador tomou como base legal o art. 46 da Lei complementar nº 05, de 23 de Setembro de 1981, antigo Estatuto da Policia Militar do recém criado Estado de Mato Grosso do Sul[235].

---

[231] MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009, p.424.
[232] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.82.
[233] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** 18. Ed. São Paulo: saraiva. 2002, v.1, p.66.
[234] MATO GROSSO DO SUL. Decreto 1.260 de 02 de outubro de 1981. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.
[235] MATO GROSSO DO SUL. Decreto 1.260 de 02 de outubro de 1981. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.

A propósito, dispõe o prólogo do Decreto 1.260 de 1981:

> Pedro Pedrossian, Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, usando das suas atribuições que lhe confere o inciso III, do art. 58, da Constituição e tendo em vista o disposto no artigo 46 da Lei Complementar nº5, de 23 de setembro de 1.981, Decreta:
> Art. 1º- Fica aprovado o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, que este acompanha.
> Art. 2º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário[236].

O art. 46 da revogada Lei Complementar nº 05, trazia a seguinte redação:

> Art. 46. O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar especificará e classificará as transgressões disciplinar e estabelecerá as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, a classificação do comportamento policial-militar e a interposição de recursos contra as penas disciplinares[237].

Destarte, constata-se que o Chefe do Executivo estadual, no uso de suas atribuições, com o fito de regulamentar a Lei complementar nº 05 expediu o Decreto 1.260/81, que instituiu as transgressões disciplinares e as normas relativas à sua aplicação. Merece destaque, o fator cronológico de ambos instrumentos normativos, pois a Lei Complementar foi expedida em 23 de Setembro de 1981, e o decreto regulamentar em 02 de outubro de 1981, ou seja, 09 (nove) dias após a promulgação da LC nº05/81.

Não se pode desconsiderar que na época da expedição desses comandos normativos, o país estava sob a égide de um governo autoritário, ditador, que garantia muito poucos direitos aos cidadãos. Essa certamente é a razão desses comandos normativos conterem disposições com um alto grau de discricionariedade, além de não trazerem disposições simples como normas processuais ou procedimentais para apuração das faltas disciplinares cometidas pelos militares do Estado de Mato Grosso do Sul[238].

Apenas no ano de 1992, isto é, após a promulgação da Constituição Federal, a fim de suprir as lacunas do Regulamento Disciplinar da PM/MS, é que se edita a Portaria nº 01/PM-1/1992, que aprova as normas e procedimentos de elaboração de sindicância para apuração de faltas disciplinares cometidas pelos militares estaduais[239].

---

[236] MATO GROSSO DO SUL. Decreto 1.260 de 02 de outubro de 1981. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.
[237] MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 5 de 23 de setembro de 1981. http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.
[238] Aqui utilizamos os métodos racional, lógico, e histórico.
[239] MATO GROSSO DO SUL. Portaria 001/PM-1/1992. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.

Contudo, mesmo com a edição da Portaria de nº 01 de 1992 muitas disposições continuaram omissas e, por isso, no ano de 2008 foi editada a Portaria 009/Nº 009 – Gab Cmt G/2008, de 17 de Abril, que aprova as instruções dos processos administrativos no âmbito da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, trazendo em seu bojo, detalhes importantes como menção ao direito de defesa dos acusados e a observância do contraditório e ampla defesa nos procedimentos administrativos[240].

Vale dizer, que esses comandos infralegais editados muito tempo depois da vigência do regulamento disciplinar da PM/MS (1992 e 2008), respectivamente, não foi fruto do acaso. É que com o advento da nova Carta Política, tornou-se obrigatório, mesmo no âmbito da Administração Castrense, a observância de direitos como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, para impor ao militar faltoso qualquer tipo de sanção administrativa. Isso porque, a nova Constituição em seu art.5º inciso LV, igualou em termos de garantias, aos acusados em processo administrativo os mesmos direitos assegurados àquele que responde a um processo judicial[241].

Face ao exposto, não é forçoso concluir, que antes do advento dos comandos infralegais de 1992 e 2008, pouca importância tinham os direitos de defesa no âmbito da instituição Polícia e Bombeiro Militar, pois são nestes instrumentos que se encontram as normas atinentes aos procedimentos administrativos, e, inclusive, determinações que obrigam a Administração observar e garantir aos acusados a ampla defesa e o contraditório. É nesses instrumentos, que constam também, os meios de provas de que o acusado pode valer-se para provar sua inocência, os prazos de defesa, a possibilidade de alegar impedimentos e suspeições etc.

Exageros à parte, não são outras as circunstâncias que levaram Fernando Otero Caamaño a concluir, que da análise dos regulamentos disciplinares das forças militares o que se constata é uma baixa normatividade no que tange a garantia dos direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

É neste cenário, nada democrático, que surge em Mato Grosso Sul o Estatuto da Polícia Militar por meio da Lei Complementar nº05 de 1981, cuja regulamentação se dá através do Decreto 1.260/81.

---

[240] MATO GROSSO DO SUL. Portaria 009/Gab-Cmt/2008. Disponível em: http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.
[241] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).

Como dito alhures, com o advento da Constituição de 1988, muitas mudanças passaram integrar o interior da Administração Castrense, essas mudanças não ocorreram de um dia para o outro, pelo contrário, aos poucos vão sendo incorporadas e implementadas ao sistema jurídico das instituições militares.

Uma das mudanças significativas trazidas pela CF/88, é o mandamento instituído pelo texto constitucional de que as normas disciplinares militares só poderão ser instituídas por meio de lei proveniente do Poder Legislativo, e não mais por meio de decreto expedido pelo chefe do Poder Executivo[242].

Em Mato Grosso do Sul, o primeiro lampejo dessa adaptação à nova realidade trazida pela Lei Maior, veio em 1990, com a revogação expressa da Lei Complementar nº05, (antigo Estatuto dos Policiais Militares), pela vigente Lei Complementar nº 053/1990, que dentre outras mudanças, buscou adaptar seus comandos às exigências do novo texto constitucional[243]. Além disso, tem-se ainda, como fruto dessa nova adaptação, as já mencionadas portarias de nº 01/92 e nº 09/2008.

Com efeito, dispõe o art. 148 da Lei Complementar nº 053/90: "Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas a Lei Complementar nº 05 de 23 de setembro de 1981 e demais disposições em contrário"[244].

É exatamente aqui que reside a celeuma jurídica, pois sendo a Lei Complementar nº 05 de 1981, revogada expressamente pela Lei Complementar nº 53 de 1990, poderia o Decreto Regulamentar nº 1.260/81, editado para dar fiel cumprimento a LC nº 05 estar em plena vigência, ou seja, é possível que sendo uma lei revogada, o decreto que a regulamenta ainda permaneça vigendo? Da mesma forma, poderia o referido decreto ser aplicado sem reservas nos dias de hoje?

Mutatis Mutandis, a vigente Lei Complementar 053/90, que instituiu o Estatuto Dos Policias Militares e Bombeiros Militares do Estado de Mato Grosso do Sul, revogou expressamente a LC nº05 de 1981, e a exemplo do que foi feito naquela época, o novo estatuto trouxe em seu art. 44, o seguinte preceito:

> Art.44 O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar especificará as transgressões disciplinares e estabelecerá as normas relativas à amplitude e

---

[242] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar-** Teoria e Prática. 2011, p. 13-14
[243] MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 053 de 23 de setembro de 1990. http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014. O Art. 148, da LC 053/90, revoga expressamente a LC nº 05/1981.
[244] MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 053 de 30 de Agosto de 1990. http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.

> aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento policial-militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares[245].

É notório, que o novo estatuto dos militares estaduais, reproduziu exatamente a disposição contida no estatuto anterior, e deixou claro sobre a necessidade de que após a promulgação do novo diploma, fosse editado um novo regulamento disciplinar a fim de dar fiel e exato cumprimento à lei.

Sob essa perspectiva, dentro de uma análise *histórica*, já demonstramos que em 23 de Setembro de 1981, foi promulgada a LC de nº05 (antigo Estatuto da PM), que trazia em seu art. 46 disposição expressa, acerca da necessidade de que se editasse, após a promulgação da referida lei complementar, um regulamento disciplinar com objetivo de dar efetiva execução às disposições estatutárias. Assim, cerca de 09 (nove) dias após a promulgação daquele estatuto, (LC nº 05 de 1981), mais especificamente em 02 de Outubro de 1981, o Governador do Estado Pantaneiro, usando de suas atribuições, expediu o Decreto nº 1.260/81, que teve por escopo regulamentar a revogada LC nº05 de 1981.

O fato da edição do Decreto 1.260/81, que regulamentou a LC nº05 de 1981, vir somente após a promulgação desta, tem dupla razão: a primeira de ordem lógica, pois inexistindo lei não haveria razão para expedir qualquer decreto, visto que este retira sua validade da própria lei, não podendo contrariá-la, muito menos ampliar ou restringir seus comandos[246]. A segunda consiste na interpretação do próprio preceptivo, que dispôs expressamente sobre a necessidade de que um Regulamento Disciplinar deveria ser editado para regulamentar a Lei Complementar, especificando as transgressões disciplinares e as normas relativas à sua amplitude e aplicação.

Com efeito, a redação de ambas as leis complementares que instituíram o Regulamento Disciplinar da PM/MS, dispuseram expressamente: O Regulamento Disciplinar "especificará" as transgressões disciplinares e o âmbito de sua aplicação.

Nesse diapasão, à luz do método *gramatical,* Antônio Houaiss explica que, especificar consiste em determinar a espécie de algo, indicar com precisão, descrever pormenorizadamente, dar instruções minuciosas e precisas[247]. Assim, não há dúvidas que o decreto 1.260/81, tem por objeto especificar e descrever as normas referentes às punições

---

[245] MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 053 de 30 de Agosto de 1990. http://www.pm.ms.gov.br/. Acesso em: 07/08/2014.
[246] DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 293.
[247] HOUAISS, Antonio**. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva,2009, p.814.

aplicadas aos militares estaduais.

Ademais, não se pode desconsiderar que o tempo verbal trazido pelo preceptivo normativo está futuro do presente, (específicará) o que torna evidente, que o legislador infraconstitucional ao editar a LC de nº 053 de 1990, determinou também, que fosse editado um novo regulamento disciplinar, com o fim de que este se adequasse a nova realidade social e jurídica imposta pela nova Constituição do país.

Nesse sentido, sob a luz da exege *gramatical ou literal*, a lição de Evanildo Bechara assevera que, o futuro do presente denota uma ação que ainda vai se realizar. Segundo o autor, é comum esse tempo verbal ser empregado em lugar do modo imperativo, externando assim, uma ordem ou recomendação, principalmente nas prescrições e recomendações morais[248].

O futuro do presente, na lição de Celso Cunha e Lindley Cintra, é usado "para indicar fatos certos ou prováveis, posteriores ao momento em que se fala", ou ainda para expressar um desejo, uma ordem, ou reforçar seu caráter imperativo[249].

Pelo exposto, não há dúvida que sob o prisma do método *literal, gramatical ou filológico*, que o legislador infraconstitucional ao reescrever o preceito mandamental do art. 44 da LC nº 53/90, cuja prescrição de idêntica similitude encontra-se descrita no art.46 da revogada LC nº 05/81, quis, a bem da verdade, que após a promulgação do novo diploma estatutário (Lei 053/90), também fosse editado um novo regulamento disciplinar, a exemplo do que foi feito em 02 de Outubro de 1981, ou seja, nove dias após a promulgação da revogada LC nº05/81, por meio do Decreto 1.20/81.

Se assim não fosse, o legislador infraconstitucional, certamente, faria menção expressa ao Decreto nº 1.260/81, seja para validá-lo ou reaproveitá-lo perante LC nº053/90. De igual modo, se assim quisesse, traria no dispositivo do art. 44 da Lei Complementar 053/90, redação diversa da que trouxe, mudando talvez, o tempo e modo verbal da disposição normativa e, ao invés de dizer que o regulamento disciplinar "especificará" o rol de transgressões disciplinares, diria que o regulamento disciplinar "especificou", as normas disciplinares aplicadas aos militares, pois isso é o que pressupõe o *método lógico*, *sistemático* ou *racional*.

---

[248] BECHARA, Evanildo. **Moderna Gramática Portuguesa.** Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2009, p. 279.
[249] CUNHA, Celso e CINTRA Lindley. **Nova Gramática do Português Conteporâneo.** Rio de Janeiro: Lexikon, 5ed.,2010, p.472-473.

Além disso, o dispositivo legal que institui o atual Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81) é o art. 46 da Lei Complementar nº 05. Ocorre que este dispositivo não mais existe, pois foi revogado expressamente pela Lei Complementar nº 053/90, que entrou em vigor na data de sua publicação, revogando expressa e totalmente a Lei Complementar de nº05, conforme dispõe o art. 148 da LC nº 053/90. O dispositivo legal que deve instituir um novo regulamento disciplinar, consta expressamente no art.44 do vigente estatuto que dispõe expressamente, sobre a necessidade de que se edite um novo Regulamento Disciplinar no âmbito da PM/MS, a exemplo do que foi feito em 1981.

Não obstante, a fim de que se encerre qualquer dúvida acerca da revogação do Decreto 1.260/81, a lição de Carlos Roberto Gonçalves esclarece:

> Uma lei Revoga-se por outra lei. Dessa forma a revogação deve emanar da mesma fonte que aprovou o ato revogado. Se, por exemplo, a norma é de natureza constitucional, somente pelo processo de emenda à Constituição pode ser modificada ou revogada (CF,art.60). Por outro lado, um decreto revoga-se por outro decreto, mas também pode ser revogado pela lei, que é de hierarquia superior. A nova lei que revoga a anterior revoga também o decreto que a regulamentou[250].

Pelo exposto, pode-se concluir que o Decreto 1.260/81, foi revogado pela Lei Complementar nº 053/90, que trouxe na redação de seu art.44, disposição expressa determinando que após a promulgação do novo diploma legal, deveria ser editado um regulamento disciplinar, a fim de dar fiel e exato cumprimento aos comandos legais. Além disso, resta devidamente demonstrado, que sendo revogada a lei que dá origem ao decreto, este também restará revogado. É que sendo norma secundária que retira sua validade de outra norma, isto é, que depende dela (da lei) para ter vigência e, sendo aquela revogada, igualmente o será o decreto, visto que não pode coexistir sozinho.

Por fim, sob o ponto de vista do método *teleológico* ou *sociológico*, pode-se afirmar que o fim a que se propõe a norma objeto de nosso estudo, é de manter a ordem, a continuidade do serviço público e a mantença dos preceitos constitucionais da hierarquia e da disciplina. Contudo, é necessário que se realize mudanças nos preceitos ali estabelecidos, pois não mais se adéquam a realidade social dos dias atuais.

---

[250] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.64.

4.2 VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA DO DECRETO 1.260/81 (RDPM/MS).

A questão da validade das normas jurídicas tem sido motivo de grande controvérsia na doutrina. Ela pode referir-se ao aspecto técnico-jurídico ou formal, ou ainda, ao aspecto da legitimidade[251].

É na seara da teoria geral do direito que se discute o problema da delimitação conceitual de "validade", "vigência", "eficácia" e "fundamento", que sendo conceitos interligados, acabam por gerar grande confusão terminológica[252].

A validade de uma norma jurídica pode ser analisada sob dois pontos de vista. O primeiro diz respeito ao aspecto técnico-jurídico ou formal, ou seja, se a norma ao ser elaborada observou os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente. O segundo, diz respeito ao aspecto da legitimidade, que em regra é determinada pela Constituição Federal que situa-se, no âmbito do sistema piramidal, no ápice da hierarquia das normas jurídicas[253].

Assim, tomando o conceito de validade em sentido amplo, deve-se distinguir entre validade constitucional, formal e fática, de um lado, e vigência e eficácia de outro, por serem comumente empregados indistintamente, por alguns autores[254].

4.2.1 Validade do Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81)

Tendo como premissa a lição de Miguel Reale, verifica-se que o termo *validade* é concebido como gênero, ao passo que *vigência, eficácia e fundamento axiológico* são espécies da acepção do vocábulo validade. Desse modo, *vigência* consiste em analisar se a norma respeitou o aspecto de validade formal ou técnico-jurídica; *eficácia* é concebida no sentido de saber se a norma possui validade fática; *fundamento axiológico* é tido sob o aspecto de validade ética. Logo, validade seria um complexo com aspectos de vigência, eficácia e fundamento. Esses três aspectos são essenciais para que qualquer norma jurídica seja legítima

---

[251] NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 10ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 252.
[252] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p.48.
[253] NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 10ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 252-253.
[254] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p.49.

e obrigatória[255].

Na lição de Hans Kelsen, o conceito de validade é concebido em sentido amplo (vigência), ou seja, não há distinção entre os aludidos termos, o que acaba por gerar certa confusão. A vigência será a existência específica da norma indicando uma propriedade de relação entre normas em um sistema escalonado, de tal modo, que uma norma será válida (vigente) à medida que se fundar em uma norma superior, reveladora do órgão competente do processo de elaboração[256].

A *validade constitucional*, intimamente relacionada com a eficácia constitucional, revela que a disposição normativa é válida, porque está de acordo com às prescrições constitucionais. Assim, nesse sentido, válida é a norma que obedece a um comando superior, ou seja, o preceito constitucional[257].

Do ponto de vista *formal* ou técnico- jurídico, diz-se que uma norma é valida, quando for elaborada por um órgão competente em obediência aos preceitos e procedimentos legais. Logo, a norma será tida como formalmente válida, porque respeitou o trâmite do processo normativo estabelecido, sendo promulgada por um ato legítimo da autoridade competente[258].

Sob esse prisma, uma norma só será vigente (sentido amplo) ou válida, se durante sua elaboração forem respeitados alguns requisitos, tais como: *a)* elaboração por um órgão competente, que é legítimo por ter sido constituído para tal fim; *b)* competência *ratione materiae* do órgão, ou seja, a matéria objeto da norma deve estar contida na competência do órgão; *c)* observância dos processos ou procedimentos estabelecidos em lei para sua produção (devido processo legal)[259].

Pelo exposto, considerando a concepção de validade em sentido estrito, sob a perspectiva da dogmática jurídica, e, que salvo melhor juízo, o Decreto 1.260/81 foi válido. Isso porque, consoante aos critérios elencados pela doutrina, foi elaborado por um órgão competente (de acordo com as normas vigentes de sua época, ou seja, CF/69); a competência, naquela época para emissão desses decretos era do Chefe do Poder Executivo; e, além disso, foram observados os procedimentos legais para sua produção, já que sua validade se fundava em uma lei complementar.

---

[255] REALE. Miguel. **Filosofia do Direito.** 18ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 514.
[256] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ed. São Paulo, Martin Fontes, 1998, p.237.
[257] Idem.
[258] Idem.
[259] Idem.

Da mesma forma, se considerado o aspecto de validade sob o ponto de vista constitucional, ou seja, se a norma esta de acordo com os preceitos constitucionais se chegará a conclusão de que o Decreto 1.260/81, é inválido. Isso porque a CF/88, estabeleceu em seu art.5º, inciso LXI, que as transgressões disciplinares só poderão ser instituídas por meio de lei em sentido estrito. Assim, não pode o Decreto 1.260/81, ser válido, pois contraria flagrantemente o que determina a Lei Maior.

Assevere-se ainda, que não é pelo fato de uma norma ser considerada válida que estará apta a produzir efeitos, pois uma norma pode ser válida, ser promulgada, mas não possuir vigência[260].

4.2.2 Vigência do Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81)

As normas jurídicas tem vida própria, nascem, existem, alteram-se parcialmente, e morrem. Logo, a vigência temporal de uma norma consiste em uma qualidade relativa ao seu tempo de atuação e está ligada a sua validade, mas com ela não se confunde, pois pode uma norma válida, ser promulgada, porém não estar ainda em vigor[261].

A vigência da norma faz com que ela seja obrigatória, e isso se dá com a publicação no Diário Oficial. A promulgação torna a lei existente, mas não ainda obrigatória. Logo, uma lei promulgada no dia 20 de Novembro de certo ano, torna-se aprovada e existente, mas para que se torne obrigatória aos destinatários deverá cumprir o requisito de publicidade[262].

Portanto, pode-se afirmar que, publicada a norma, esta passa a viger até que outra a revogue ou até o prazo estabelecido para sua validade. Desse modo, *vigência* é, portanto, uma qualidade temporal da norma, podendo ser invocada para produzir efeitos[263].

Não se pode confundir o termo vigência, com o vocábulo vigor. Este está relacionado com a força vinculante da lei. Aquele encontra-se jungido ao tempo de duração da lei. Como exemplo, pode-se citar o Código Civil de 1.916 que não tem vigência por estar

---

[260] NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 10ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p.253
[261] Idem.
[262] NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 10ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p.254.
[263] DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito.** 16 ed. São Paulo: Saraiva 2004, p. 391.

revogado, mas ainda possui vigor. Assim, se um contrato celebrado durante a vigência do então revogado Código de 1.916, tiver sua validade questionada, o exame deverá ser feito pelas normas vigentes à época de celebração do referido contrato, ou seja, o Código Civil de 1.916, pois há casos em que a norma, mesmo não tendo vigência, terá vigor[264].

O art. 1º da LINDB, explica que a norma entra em vigor, a um só tempo, em todo o país, quarenta e cinco dias após sua publicação. Nesse caso, embora válida, a norma não vigorará durante aqueles 45 dias, só entrando em vigor posteriormente, é o chamado período de *vacatio legis*[265].

A lei cessa sua vigência com sua revogação, por outra lei superveniente, se for de caráter permanente. Nisso consiste o princípio da *continuidade*. Por outro lado, há casos especiais, em que a lei terá vigência temporária cessando seus efeitos ao tempo predeterminado[266].

Com efeito, dispõe o art. 2º da Lei de introdução ao Código Civil, que: **"Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".** Assim, não sendo de vigência temporária, a norma produzirá seus efeitos até que outra a revogue[267].

Seguindo a lição de Maria Helena Diniz, verifica-se, que sendo a norma de *vigência permanente*, ou seja, sem prazo determinado, durará até que seja modificada ou revogada por outra de mesma hierarquia ou de hierarquia superior. Assim, conclui a autora, revogar é tornar sem efeito uma norma retirando sua obrigatoriedade[268].

Destarte, revogar significa retirar o vigor de uma norma jurídica, mediante a colocação em vigor de uma norma mais nova. No Brasil a matéria é regulada no art. 2º, LINDB. A revogação poderá ser *total* (ab-rogação), quando há supressão total da norma jurídica anterior, ou *parcial* (derrogação), quando torna fora de vigência apenas parte da norma jurídica anterior, ou seja, um só capítulo, seção, ou até mesmo artigo[269].

Consoante ao exposto, pode-se concluir que o Decreto 1.260/81, não possui

---

[264] DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito.** 16 ed. São Paulo: Saraiva 2004, p. 391.
[265] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p.50.
[266] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral.** 8ed. Saraiva, 2010, p.62.
[267] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p.64.
[268] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p.66-67.
[269] NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 10ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p.261.

vigência, e, portanto, não é válido, pois como visto, a norma de caráter permanente vige até que outra de mesma hierarquia ou de hierarquia superior a modifique ou revogue, sendo que a revogação poderá ser total, ou parcial.

In casu, verifica-se que o art. 148 da Lei Complementar de nº 053/90 revogou expressa e totalmente a Lei Complementar de nº 05/81, e, por conseguinte o Decreto nº 1.260/81. É que este Decreto retirava seu fundamento de validade no art. 46 da antiga Lei Complementar nº 05/81, que foi revogada pela Lei Complementar de nº053/90, e, por conseguinte, revogou o decreto que a regulamentava, pois revogou também o dispositivo que o decreto regulamentar retirava seu fundamento de validade, ou seja, o art. 46 da LC nº05/81. Desse modo, não há dúvida que o Decreto nº 1.260/81, não tem vigência.

Por fim, mencione-se que quanto à extensão, a revogação poderá ser *expressa,* quando a norma revogadora declarar qual lei está extinta em todos os seus termos ou apontar as disposições ou artigos que pretende retirar. Será *tácita*, quando houver incompatibilidade entre a lei nova e a antiga pelo fato de que a lei nova passa a regular parcial ou inteiramente a matéria tratada pela anterior, mesmo que não conste a expressão "revogam-se as disposições em contrário"[270]. No caso do Decreto 1.260/81, a revogação se deu de forma expressa, contida no art.148 da Lei Complementar nº 053/90.

4.2.3 Eficácia do Regulamento Disciplinar da PM/MS (Decreto 1.260/81)

O problema da eficácia das normas jurídicas consiste em saber se os seus destinatários cumprem ou não suas prescrições normativas, isto é, se os comandos jurídicos estabelecidos pelas normas são ou não obedecidos[271].

Há casos, em que o órgão competente emite normas que por violarem a consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, e, por isso, são cumpridas apenas de modo compulsório, isso quando não caem em desuso. Nesses casos, diz-se, que essas normas têm vigência, mas não possuem eficácia espontânea, porquanto que a vigência não se confunde com eficácia, pois uma norma pode ser vigente, sem ser eficaz, e pode ser eficaz,

---

[270] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, saraiva, 2005, p.68-69.
[271] DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito.** 16 ed. São Paulo: Saraiva 2004, p. 398.

ser possuir vigência[272].

Tradicionalmente, a doutrina jurídica liga a ideia de eficácia da norma à sua aplicação concreta, de tal modo, que se a norma não é cumprida nem aplicada, não é eficaz. Desse modo, eficácia é, pois, a relação entre a ocorrência concreta do fato, no mundo do ser e o que está prescrito pela norma jurídica[273].

Desse modo, vislumbra-se que a eficácia das normas jurídicas pode ser estudada sob três diferentes ângulos, quais sejam: eficácia jurídica, eficácia técnica, e eficácia social[274].

Nas investigações a que se propõe este trabalho, interessa-nos precipuamente, os aspectos relacionados à eficácia jurídica das normas, que segundo Maria Helena Diniz, é tida como eficácia em sentido técnico (validade jurídica), e busca avaliar se a norma tem possibilidade de produzir efeitos jurídicos e ser aplicada. Sob essa ótica, deve-se analisar, se a norma cumpriu as condições técnicas exigidas para produzir efeitos, sem que haja qualquer relação de dependência para sua observância ou não pelos seus destinatários[275].

Como exemplo de eficácia técnico-jurídica, tem-se a norma insculpida no art. 226, § 3º da CF/88, que determina o reconhecimento da união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, é vigente, mas sua eficácia depende de lei que delimite a forma e os requisitos para aquela conversão[276].

No plano de eficácia das normas jurídicas, é possível afirmar sob o prisma da eficácia técnico-jurídica, que o Regulamento Disciplinar da PM/MS, não possui eficácia jurídica, uma vez que os conceitos de validade, vigência e eficácia estão intimamente relacionados. Logo, se uma norma não vige, também não vale, e, assim, não poderá produzir efeitos, isto é, será ineficaz.

Por fim, salienta-se que a eficácia jurídica e a eficácia técnica das regras do direito, muito interessam a dogmática jurídica, ao passo que a eficácia social, pertence aos domínios das indagações sociológicas, mais precisamente da Sociologia Jurídica[277].

---

[272] Idem.
[273] NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 10ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p.266.
[274] CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.81.
[275] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p.51.
[276] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p.51.
[277] CARVALHO, Paulo Barros de. **Curso de Direito Tributário.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.82.

4.3 RECEPÇÃO DOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES ANTERIORES A CF/88

Com o advento de uma nova Constituição, torna-se fácil perceber que caso fossem consideradas automaticamente revogadas as normas infraconstitucionais anteriores a esta Constituição, um verdadeiro caos assolaria o ordenamento jurídico em razão do vácuo que daí decorreria. O país, simplesmente de um instante para o outro, deixaria de ter leis para regular as relações sociais, restando apenas, os costumes e um alto grau de abstração constante do novo texto constitucional[278].

Com o fim de evitar a insustentável situação de insegurança jurídica que se instauraria no país, caso fossem revogadas todas as normas anteriores a nova Constituição, tem-se como alternativa o "aproveitamento" das leis anteriores a ela, desde que seu conteúdo não conflite com o novo texto constitucional. É o que se chama no meio jurídico, de fenômeno da recepção das normas jurídicas[279].

Pode-se afirmar, então, que as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, serão revogadas por ela por falta de recepção[280].

Dizer que uma norma infraconstitucional é incompatível com o novo texto Constitucional, é em outras palavras, dizer que elas não poderão ingressar na nova ordem jurídica que se inaugura, por faltar-lhe o requisito validade. É que a nova Constituição ocupa o ápice de todo ordenamento jurídico e fundamenta a validade deste, de tal sorte, que não pode permitir que leis antigas, contrárias a seus princípios e regras, continuem a ter vigência sob sua égide. Assim, todas as leis pretéritas que conflitem com a nova Constituição, serão obrigatoriamente revogadas[281].

Seguindo o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos, citado por Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino, tem-se que a recepção consiste em "[...] um processo abreviado de criação de normas jurídicas, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma

---

[278] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.43.
[279]PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.43.
[280] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.186.
[281] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.43

nova legislação de um dia para o outro”[282].

Assevere-se, contudo, que nem todo direito pré-constitucional compatível com a nova Constituição poderá ser por ela recepcionado. Segundo a doutrina, para que uma norma anterior à nova Carta Política seja recepcionada, deve ela cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos: I) ter conteúdo compatível com a nova Constituição; II) estar em vigor no momento da promulgação da nova Constituição; III) ter sido produzida de modo válido, ou seja, de acordo com a Constituição vigente de sua época.[283]

Dito isto, dado a sua relevância, a compatibilidade entre o direito pré-constitucional e a Constituição futura, merece ainda, mais algumas considerações.

O primeiro ponto relevante é que no cotejo entre norma antiga e Constituição futura, deve ser levado em conta somente a compatibilidade material da norma. Isso significa, que se o conteúdo da norma a ser recepcionada for compatível com a nova Constituição, ela será recepcionada, se for incompatível será revogada. Em todo caso, é irrelevante qualquer aspecto formal da norma antiga[284].

Assim, a norma infraconstitucional que for recepcionada pode, inclusive, adquirir uma nova “roupagem”. Como exemplo, pode-se citar o Código Tributário Nacional, Lei nº. 5.172/66, que embora tenha sido elaborado com o *quorum* de lei ordinária, foi recepcionado pela CF/88, como lei complementar e, por isso, os ditames que versem sobre as matérias previstas no art. 146, I, II, e III, do texto constitucional, só poderão ser alterados por lei complementar[285].

Do mesmo modo, não interessa, por exemplo, saber se há ou não correspondência entre o processo legislativo da época em que foi elaborada a norma antiga e o processo legislativo de elaboração da mesma espécie, na vigência da nova Constituição. Tal aspecto, meramente formal, não interfere em nada no processo de recepção do direito pré-constitucional[286].

Igualmente irrelevante, para efeito de recepção do direito pré-ordinário, é o fato de existir ou não na nova Constituição, a espécie normativa antiga que disciplinava

---

[282] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.43.
[283] Idem.
[284] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.50.
[285] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.186.
[286] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.50-51.

determinada matéria. É por essa razão, que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro têm-se diversos decretos-lei, em pleno vigor, mesmo com essa espécie normativa não mais integrando o atual processo legislativo da vigente Constituição Federal[287].

É de grande relevância, entretanto, o *status* (força) que essas normas pré-constitucionais, adquirem quando são recebidas pela nova Constituição. Nesse caso, a força da norma pré-constitucional recepcionada, será determinada pela nova Constituição de acordo com a espécie normativa por ela imposta para regular aquela matéria. Destarte, se antes era exigido lei ordinária para disciplinar determinada matéria, e Constituição nova passa a exigir lei complementar para tratamento do mesmo assunto, a lei antiga, sendo recepcionada, o será com *status* (força) de lei complementar, só podendo ser alterada ou revogada por norma de igual hierarquia, ou de hierarquia superior, como uma emenda constitucional, por exemplo,[288].

Destarte, resumidamente, pode-se apresentar as seguintes características sobre o fenômeno da recepção: 1) no fenômeno da recepção só se analisa a compatibilidade material perante a nova Constituição; 2) a lei para ser recebida precisa ter compatibilidade formal e material perante a Constituição, cuja regência ela foi editada; 3) a lei recepcionada pode ser recebida com *status* diferente da que foi elaborada, já que a compatibilidade deve ser apenas material; 4) um ato normativo que deixe de ter existência, sendo materialmente compatível com a nova Constituição, também poderá ser recebido, a exemplo dos decretos-lei; 5) se incompatível, a lei antiga será revogada e não inconstitucional; 6) é possível a mudança de competência federativa para legislar, ou seja, uma matéria que era de competência da União, poderá passar para os Estados-membros a critério da nova Constituição; 7) é possível que a recepção se opere com relação a parte de uma norma, como um parágrafo ou um artigo por exemplo; 8) a recepção ou a revogação, acontecem no momento da promulgação da nova Constituição, cujos efeitos deverão retroagir aquela data, o STF, contudo, pode modular os efeitos da decisão, declarando o momento a partir de quando sua decisão passará a valer[289].

Face ao exposto, surge-nos a seguinte indagação: Será que as normas contidas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares (polícias e bombeiros militares), foram recepcionadas pelo novo texto constitucional? Há duas posições.

A primeira, liderada pelo juiz auditor de Minas Gerais, Paulo Tadeu Rosa,

---

[287] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.50-51.
[288] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9ed. São Paulo, Método, 2012, p.50-51.
[289] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.189-190.

encontra caço legal no art. 5º, inciso LXI, que dispõe: "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"[290].

Com base nesse dispositivo constitucional, o juiz mineiro sustenta que qualquer modificação que se pretenda realizar nos regulamentos disciplinares editados antes da CF/88, só poderá ser efetivada por meio de lei proveniente do Poder Legislativo. Isso porque, em atendimento ao princípio da recepção, os regulamentos disciplinares aprovados por meio de decreto, foram recebidos pela nova ordem constitucional como sendo lei ordinária, a exemplo do que ocorreu com o Código Penal, Código de Processo Penal, e Código Penal Militar, que não eram lei, no sentido técnico da palavra (decretos-lei), mas foram recepcionados como sendo e, por isso, só podem ser modificados por lei em sentido estrito[291].

Vale dizer, que a tese da legalidade em sentido estrito, ou da reserva legal, segundo o qual, após a CF/88 os regulamentos disciplinares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, só poderão ser editados por meio de lei proveniente de Poder Legislativo, não apresenta muitas controvérsias na doutrina, salvo uma parte minoritária, que ainda hoje, entende ser possível a edição dos regulamentos disciplinares militares por meio de decretos[292].

Segundo esse entendimento, a reserva legal estabelecida pelo texto constitucional de 1988, deve ser interpretada em sentido amplo, alcançando tanto a lei formal como os decretos regulamentares, desde que haja dispositivo expresso e taxativo autorizando a edição destes regulamentos pelo Chefe do Poder Executivo. Para os adeptos dessa corrente, não há que se falar em recepção dos regulamentos disciplinares como lei ordinária, pois é o comando normativo no qual ele está subordinado que foi recepcionado. Sob esse prisma, é o art. 47 do Estatuto do Militares (Lei 6.880/80) que constitui a fonte direta dos decretos regulamentares que disciplinam as transgressões militares. Tais instrumentos são, portanto, decretos de execução, de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo[293].

Assevere-se, contudo, que a tese da legalidade em sentido estrito tem sido aceita por diversos tribunais do país, como no recente julgado que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro, (Decreto 4.346/02)

---

[290] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar-** Teoria e Prática. 4ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p.71.
[291] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar-** Teoria e Prática. 4ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p.71-72.
[292] Advogam a tese da legalidade em sentido estrito, Paulo Tadeu Rosa, Ana Clara Victor paixão, Márcio Luis Chila,Fernando Otero Caamaño, *op cit.* p.59 dentre outros.
[293] ASSIS, Jorge César de.**Curso de Direito Disciplinar Militar**. . 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.134-135.

em decisão proferida no dia 05/06/2004, na 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amapá. Para magistrado prolator da sentença, a Constituição Federal de 1988, estipulou uma reserva legal em face dos regulamentos disciplinares. Desta forma, o Presidente da República não poderia editar um novo Regulamento Disciplinar do Exército, pois a competência para edição dessa matéria é do Congresso Nacional[294].

Seguindo essa trilha, os Estados de Minas Gerais e São Paulo, foram os primeiros estados a instituir os regulamentos disciplinares por meio de lei em sentido estrito. Em Minas, o Código de Ética e Disciplina é regulado pela Lei nº 14.310 de 19/06/02, em São Paulo, é a Lei Complementar nº 893 que institui a norma mandamental[295].

Prestigiando a tese da reserva legal, em recente decisão (06/03/2014), a Suprema Corte Brasileira reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 603.116 do Estado Rio Grande do Sul. Na ocasião, foi questionada a recepção do art. 47 da Lei 6.880/80, (que permite que o regulamento das Forças Armadas seja editado por meio de decreto do Poder Executivo), frente ao art. 5º, inciso, LXI da CF/88, que estabelece a reserva legal para a edição de normas que tratam sobre as transgressões disciplinares militares. Ao se pronunciar pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria, o relator do recurso, Ministro Dias Toffoli, entendeu que "a questão apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes dada a relevância da matéria". Segundo ele, "o reconhecimento da relevância constitucional do tema e o seu julgamento, sob a égide da repercussão geral, possibilitará a fruição de todos os benefícios daí decorrentes"[296].

Pelo exposto, vislumbra-se que é pacífico entre os estudiosos que, após a Magna Carta de 1988, os regulamentos disciplinares das forças militares só poderão ser editados pelo Poder Legislativo, mediante lei em sentido formal, e não mais por decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, têm-se várias decisões afastando a possibilidade de aplicação de punições disciplinares fundadas em decretos expedidos pelo Poder Executivo, tendo, como dito alhures, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconhecido repercussão geral em um Recurso Extraordinário, que questiona a constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto 4.346/02), que foi expedido pelo Chefe do Poder Executivo no ano de

---

[294] ASSIS, Jorge César de.**Curso de Direito Disciplinar Militar**. . 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013, p.130.
[295] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar**- Teoria e Prática. 4ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p.70.
[296] STF, Repercussão geral no recurso extraordinário nº 603.116, Rel. Min. Dias Tófoli, j. em 26/02/2014, publicado em: 18/03/2014.Disponível em: http://www.stf.jus.br/. Acesso em: 11/08/2014.

2002, ou seja, após o advento da Constituição Federal de 1988.

Como se vê, a doutrina caminha pacificamente no sentido de que após a CF/88, os regulamentos disciplinares das forças militares só poderão ser editados por lei em sentido formal. A grande questão a ser enfrentada, é saber se os regulamentos disciplinares expedidos antes da Constituição Federal de 1988, que são em sua maioria decretos, a exemplo do Estado de Mato Grosso do Sul, foram ou não recepcionados pelo novo texto constitucional.

Ao que parece, uma pequena parte da doutrina que milita na seara administrativa militar, sinaliza no sentido de que esses decretos foram recepcionados pela Carta Magna de 1988, com *status* de lei ordinária, e por isso, qualquer mudança que se pretenda realizar nestes instrumentos normativos, só poderão ser feitas por meio de lei ordinária, mesmo que originariamente, esses instrumentos sejam decretos que foram expedidos pelo Chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, Paulo Tadeu Rosa, explica:

> Os militares estaduais continuam sendo regidos por regulamentos disciplinares editados por meio de decretos, que foram recepcionados, mas que não mais podem ser alterados por esses instrumentos. Eventuais alterações nos diplomas disciplinares somente podem ocorrer por meio de lei, art.5º, inciso LXI, da CF[297].

A questão suscitada não nos parece tão simples, e merece reflexões mais aprofundadas. Para isto, utilizaremos os estudos do constitucionalista José Afonso da Silva, em parecer emitido para o Greenpeace Brasil, no ano de 2008.

Na ocasião, a coordenadora da entidade Dra. Rebeca Lerer, propôs uma ação civil pública a fim de barrar a ampliação da Usina Nuclear Álvaro Alberto, autorizada por Furnas com base no Decreto 75.870 de 13/06/1975. Sustentou a representante da organização global, que a CF/88, nos seus arts. 21, 49, e 225, estabeleceu que projetos nucleares devem passar pela aprovação do Congresso Nacional.

Além disso, necessitam de lei federal que especifique sua localização. Apesar da argumentação exposta, o juiz da causa ao apreciar a matéria não entendeu assim, sustentando que o decreto teria sido recepcionado como lei pela CF/88[298]. Diante disso, a Greenpeace Brasil a fim de subsidiar sua tese consultou o renomado doutrinador, José Afonso da Silva e formulou, dentre outros, o seguinte quesito: com a promulgação da CF/88, todos os decretos

---

[297] ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar**- Teoria e Prática. 4ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p.45.
[298] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/2014.

do Poder Executivo foram recepcionados como lei ordinária?

Segundo o douto professor, a questão posta não se trata de recepção, pois esta não muda a natureza do ato. Trata-se na verdade, de mudança de competência estabelecida pela CF/88[299].

A recepção constitucional não muda a natureza do ato, em geral quando se fala em recepção constitucional deve-se ter em mente a recepção da lei e não de atos infralegais, porque estes estão subordinados a lei. Portanto, se a lei é recepcionada, continua valendo os atos expedidos com base nela, se não é, reputam-se revogados os decretos e portarias nela baseados por incompatibilidade com a Constituição[300].

Segundo o ilustre doutrinador, há determinadas matérias que são regulamentadas por decretos expedidos pelo Poder Executivo e outras que são regulamentadas por meio de lei. Supondo que determinada matéria, em um dado ordenamento jurídico constitucional vigente, se faça por meio de decreto, sob o qual, portanto, é válido. Aí vem uma nova Constituição e exige que a matéria disciplinada por esse decreto seja agora definida por uma lei. Que significado tem esse mandamento Constitucional? A bem da verdade significa, que o legislador constituinte quis, dada a relevância da matéria, dar-lhe nova disciplina retirando-a da competência do Poder Executivo e passando-a para a competência do Poder Legislativo[301].

Isso significa que a Constituição superveniente, não quer mais que aquela matéria seja editada por ato do Poder Executivo por entender que sua importância exige o controle do Poder Legislativo mediante lei formal[302].

Da mesma forma, adverte o constitucionalista, que não pode haver recepção de decreto em forma de lei. Primeiro porque a recepção acolhe o ato segundo a natureza que ele tem no regime anterior; segundo porque seria ilógico a Constituição exigir lei ou decreto legislativo para a edição de determinada matéria, repudiando assim, que esta matéria seja a disciplinada por decreto do executivo, e, ao mesmo tempo, recepcionar este decreto como o ato do legislativo[303].

---

[299] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/2014.p. 1-2.
[300] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/201 p.4.
[301] Idem.
[302] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/201 p.4.
[303] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/201 p.4-5.

Vale dizer, que o exemplo em que se funda uma pequena parte da doutrina, para sustentar que os decretos regulamentares que tratam das punições disciplinares aplicadas aos militares, expedidos pelo Poder Executivo antes da CF/88 foram recebidos com o *status* de lei ordinária pela nova Constituição, está no fato de que alguns diplomas legais, também editados antes da CF/88, eram em sua natureza decretos-lei, e foram recebidos como sendo lei ordinária. Igualmente, cita-se o Código Tributário Nacional que sendo lei ordinária foi recebido como lei complementar[304].

O argumento esposado por essa parte minoritária da doutrina especializada, é que para que uma norma seja recepcionada pela nova Constituição, pouco importa o seu aspecto formal, sendo relevante apenas, que haja compatibilidade material entre o direito pré-ordinário e Constituição futura.

Com efeito, adverte José Afonso da Silva, que essa recepção, também chamada de recepção qualificada, não muda a natureza do ato recepcionado. Era lei e como lei é recepcionada. Era ato de competência do Poder Legislativo, e como tal é recepcionado, apenas com uma nova qualificação. Diferente é pretender que um ato do Poder Executivo seja recepcionado como ato do Poder Legislativo, porque se a Constituição modificou a competência para a prática do ato, é porque entendeu que sua importância exige controle do Poder Legislativo[305].

Por fim, conclui o renomado publicista:

> Não existe recepção de decreto como lei ordinária. A recepção constitucional, quando acolhe parte de legislação anterior, o faz com a mesma natureza que o ato tinha no sistema constitucional revogado. A recepção constitucional não altera as regras de competência. Se o ato era de competência do Poder Legislativo, quando recepcionado o é com a mesma natureza. Se era de competência do Poder Executivo, assim também será recepcionado. Recepcionar decreto como lei seria uma forma ilegítima de legislar. A recepção não é o meio de legislar, como seria se um decreto fosse recepcionado como lei[306].

Destarte, pode-se afirmar com base no aprofundado estudo do constitucionalista brasileiro, cuja reflexão se deteve, minuciosamente, a matéria da recepção dos decretos expedidos por ato do Poder Executivo que foram expedidos antes da promulgação da

---

[304] Paulo Tadeu Rosa, cita como exemplos o Código Penal, o Código Penal Militar que eram decretos-lei e foram recepcionados como lei ordinária, para subsidiar a tese de que os regulamentos disciplinares foram recebidos como lei ordinária.

[305] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/201 p.5.

[306] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/201 p.12.

Constituição Federal de 1988, que os regulamentos disciplinares militares não foram recepcionados, ao contrario do que sustenta uma pequena parte da doutrina especializada. É que nesse caso, assim como no parecer de José Afonso da Silva, a questão incidente assenta na regra de competência, segundo o qual foi estabelecido pelo novo diploma constitucional em seu art. 5º, inciso LXI, que as transgressões disciplinares somente poderão ser editadas por meio de lei em sentido formal, e não mais por decreto expedito por ato do Poder Executivo.

Portanto, pode-se afirmar que todos os regulamentos disciplinares das forças militares (Polícias Militares e Forças Armadas), expedidos antes da vigência da CF/88 por ato do Poder Executivo (decretos), não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois como visto não se trata de mera incompatibilidade formal, mas sim, de regra que viola a competência, uma vez que a recepção não transforma a natureza do ato, nem tampouco altera as regras de competência. "Recepcionar um decreto como lei, seria uma forma ilegítima de legislar"[307].

[307] SILVA, José Afonso. **Parecer emitido ao Greenpeace Brasil**, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/201 p.12.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo examinado, vimos neste trabalho que as polícias militares do Brasil são instituições permanentes destinadas ao policiamento ostensivo e preservação da ordem pública. A origem dessa instituição se efetivou no ano de 1808 com a vinda de família real portuguesa para a colônia, mas, sua consolidação, ocorreu apenas no ano de 1831, por meio do então Ministro da Justiça Padre Antônio Diogo Feijó, que cria a Guarda Nacional, cuja estrutura e organização deu origem as polícias militares de hoje.

Embora a história destas instituições militares seja bicentenária, verificou-se paradoxalmente, que elas passaram a atuar como agência policial, isto é, policiando e dando segurança, somente após a Constituição Federal de 1988, antes disso, suas funções estavam ligadas à segurança interna e defesa da pátria.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma série de mudanças passaram a permear as instituições militares. Pela primeira vez, o texto constitucional trouxe um capítulo específico destinado ao tratamento das questões de segurança pública, conceituando e delimitando os órgãos e funções desse sistema.

A polícia militar enquanto órgão integrante do sistema de segurança pública é organizada com base nos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina. Essas forças militares são constitucionalmente chamadas de militares dos estados, natureza jurídica levada a efeito pelas emendas constitucionais de nº 03 e 18 de 1993 e 1998 respectivamente.

As mudanças operadas por força da Lei Maior não ocorreram de um dia para o outro, pelo contrário, aos poucos vão sendo incorporadas na estrutura, organização, e na legislação dos integrantes da vida castrense.

Dentre as mudanças operadas pela Carta Constitucional, merece destaque a previsão constitucional do art. 5º, inciso LV, que garantiu aos litigantes em processo administrativo e judicial, os mesmos direitos relacionados à ampla defesa e ao contraditório.

Desse modo, para que a Administração Castrense aplique qualquer medida punitiva em relação ao administrado, deve ela, obrigatoriamente, observar os princípios e garantias regem o processo administrativo, quais sejam, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a proporcionalidade e a razoabilidade. Agindo desta forma, a

Administração efetiva tanto os direito fundamentais do militar, enquanto pessoa humana, como assegura a disciplina castrense, essencial para a sobrevivência da organização militar.

Outro dispositivo importante, é o que determina que a partir da promulgação do texto constitucional de 1988, as transgressões disciplinares só poderão ser instituídas por meio de lei em sentido formal, e não mais por ato do Poder Executivo**.**

Nesse sentido, tem-se várias decisões judiciais afastando a possibilidade da aplicação de sanções administrativas aos militares do Exército Brasileiro, que tenham por base o Decreto 4.346/02. Segundo esse entendimento, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma reserva legal em face dos regulamentos disciplinares e, dessa forma, o Presidente da República não poderia editar um novo Regulamento Disciplinar, pois no atual cenário jurídico, a competência para editar tal matéria é privativa do Congresso Nacional.

Ademais, recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário de nº 603.116 do Estado do Rio Grande do Sul, cujo questionamento se dá em relação à possibilidade de que se editem, ainda hoje, regulamentos disciplinares das forças militares por meio de decretos expedidos pelo Poder Executivo.

As instituições militares fazem parte dos órgãos integrantes da Administração Pública, e como tal, são dotadas de poderes e princípios que norteiam a atividade de toda Administração para que esta cumpra sua destinação institucional.

Sob essa ótica, pode-se afirmar que alguns poderes no âmbito da Administração Castrense são elevados ao grau máximo, a fim de que se mantenham os pilares destas instituições, quais sejam: a hierarquia e disciplina.

Infelizmente, algumas autoridades militares utilizando-se do poder discricionário e, sob o falso pretexto de se manter a ordem, a hierarquia e a disciplina, acabam por abusar desta prerrogativa, muitas vezes perseguindo e punindo o subordinado com medidas punitivas extremamente severas e desproporcionais à falta disciplinar cometida.

É importante destacar que mesmo os atos discricionários praticados no âmbito da Administração Castrense estão sujeitos ao controle jurisdicional, pois como visto, inexiste em nosso ordenamento jurídico, ato administrativo totalmente discricionário, posto que sempre haverá vinculação ao fim (interesse público) e à competência de quem os pratica (autoridade competente).

Além disso, a doutrina majoritária sinaliza que mesmo sendo o ato discricionário, este tem seus limites nos contornos da lei, especialmente, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, havendo inclusive, decisões judiciais reformando decisões administrativas que impõe sanções aos administrados de forma desproporcional.

Se o poder discricionário é elevado ao grau máximo no âmbito da Administração Militar, ainda mais o será, os poderes hierárquico e disciplinar. O primeiro pressupõe que o subordinado cumpra fiel e integralmente as ordens e instruções legais emanadas dos superiores. O segundo é o poder-dever que a Administração tem de punir um subordinado que comete uma falta administrativa disciplinar.

A grande questão a ser observada, é que pelo poder disciplinar, o superior tem o dever de punir o subordinado que cometeu uma transgressão disciplinar, sob pena de cometer crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do CP e 322 do CPM. Isso porque, o que se objetiva quando se aplica uma sanção ao militar faltoso, é o fortalecimento das instituições militares, de seus princípios (hierarquia e disciplina), além da continuidade do serviço público.

Ocorre que, não são raras às vezes, em que uma falta disciplinar cometida por um militar é entendida como uma ofensa pessoal. Uma falta ao serviço de modo injustificado é encarada pelo superior como uma afronta ao seu poder de comando, que enseja, muitas vezes, em uma desenfreada perseguição àquele militar faltoso, seja com abuso do poder discricionário através da manipulação de escalas de serviço, seja transferindo aquele militar para trabalhar em local diverso do que trabalha, ou mesmo aplicando-lhe uma sanção extremamente severa.

Infelizmente, não se vê a mesma disposição para punir os oficiais que infringem as normas castrenses, como se faz com os integrantes da carreira de praças das instituições militares. Por essa razão, o jurista Jorge césar de Assis, fazendo uso do velho brocardo popular, afirma que no âmbito da Administração Castrense, “pau que bate em Chico, não bate em Francisco”, deixando claro a existência de dois pesos e duas medidas quando se tem de punir os militares integrantes de carreiras distintas nas organizações militares.

Quanto aos princípios da Administração Pública Militar que foram apresentados neste trabalho, merece destaque o princípio da legalidade, por alguns também denominado de tipicidade e, para nós, analisado sob duas perspectivas.

A primeira delas, é que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as normas disciplinares militares não mais poderão ser regulamentadas por meio de decretos expedidos pelo Chefe do Poder Executivo. É que o art. 5º, inciso LXI, da CF/88 estabeleceu a reserva legal para a edição dessa matéria, tendo inclusive várias decisões judiciais nesse sentido.

A segunda perspectiva trata especificamente, da possibilidade de que existam nos regulamentos disciplinares militares, prescrições genéricas que ficam a cargo da autoridade militar definir no caso concreto, se determinado comportamento feriu ou não algum preceito militar. Para os adeptos dessa corrente (tipicidade mitigada, ou legalidade mitigada), não há como o administrador prever todas as possibilidades que podem ensejar uma falta disciplinar e, por isso, deve haver uma discricionariedade maior para que ele decida de acordo com o caso concreto. Não é nossa posição!

Malgrado os argumentos que sustentam a tese da tipicidade mitigada, mais adequado é o entendimento, de que no âmbito da Administração Castrense, deve ser respeitada a reserva legal/tipicidade para capitulação das transgressões disciplinares, pois como visto o art. 5º da CF/88, estabeleceu a reserva legal, para os casos de transgressão disciplinar que ensejem a pena de cerceamento de liberdade do militar. Logo, parece incoerente que um tipo administrativo aberto, cuja definição será dada pela autoridade militar com base em seu poder discricionário e, de acordo com o caso concreto, possa ocasionar uma penalidade tão gravosa como o cerceamento da liberdade de uma pessoa.

Ademais, comungamos do entendimento de que é direito do militar saber antecipadamente quais condutas podem levá-lo a um julgamento perante a autoridade militar no caso do cometimento de uma transgressão disciplinar, cuja penalidade pode chegar a 30 dias de prisão. A contrário *sensu*, temos atualmente nos regulamentos disciplinares de cada força militar, disposições altamente genéricas tais como: “inobservância das normas e regulamentos”, “portar-se sem compostura em local público” ou ainda, “ ter pouco cuidado com o asseio próprio ou coletivo”. Tais dispositivos violam a reserva legal e a tipicidade estabelecida na Carta Magna de 1988, ao passo que impossibilita ao militar saber que comportamento deve adotar para não praticar uma falta disciplinar, que poderá levá-lo a um julgamento perante a autoridade militar.

Outro princípio importante no âmbito da Administração Militar é o da impessoalidade. A impessoalidade pressupõe que todos os integrantes do corpo militar devem ser tratados de forma igual, ou seja, em igualdade de condições, sem discriminações de

qualquer natureza, sem privilégios ou benefícios pessoais. Entretanto, o que se vê é que uma pequena minoria goza de benefícios e privilégios no interior das corporações militares, seja porque possuem prestígio com determinados comandantes, possuem algum grau de parentesco, ou mesmo por qualquer outra razão.

A situação se agrava ainda mais, quando se vislumbra o princípio da impessoalidade sob a ótica de um Processo Administrativo Disciplinar Militar. É que no âmbito da Administração Castrense, o oficial que profere o julgamento de uma transgressão disciplinar militar, é o mesmo que procede com a colheita de provas, oitiva de testemunhas e colhe inclusive, o depoimento do acusado e, por isso, quase sempre julga com ausência de impessoalidade e imparcialidade.

Destarte, para melhor atender a este princípio, é necessário que se institua a figura do oficial acusador, de sorte que o encarregado em proferir o julgamento, seja outro militar que não tenha participado do processo de apuração da falta disciplinar supostamente cometida.

Igualmente importante é o princípio da publicidade, que infelizmente, ao contrário do poder disciplinar, hierárquico e discricionário, não é elevado ao grau máximo na Administração Pública Militar. Pelo contrário, ao subordinado não é dado sequer a possibilidade de conhecer as punições sofridas por seus comandantes, sob o falso pretexto de se manter a ordem e os princípios da hierarquia e disciplina. Como se sabe, as punições aplicadas ao oficialato são publicadas em boletins separados que permanecem em segredo. Já as punições aplicadas às praças, muitas vezes, são lidas perante a tropa e fixadas nos murais dos quartéis com ampla divulgação e acesso para que sirva de “exemplo” a todos os seus pares e “fortaleça” os pilares da hierarquia e disciplina, tão importantes para esse organismo social.

No que diz respeito à aplicação da publicidade no âmbito dos Processos Administrativos, Celso Antonio Bandeira de Mello, com a precisão que lhe é peculiar esclarece: “Estranhamente, existe entre nós, uma tradição de considerar secretos os pareceres. Entende-se, absurdamente, que devem permanecer ocultos quando favoráveis à pretensão do administrado”. Na Administração Castrense não é diferente, não são raras as vezes que a negativa de informações e acesso a documentos são questionadas e, por vezes, negadas por quem detém a posse desses documentos e informações.

Assim, este trabalho objetivou de forma simples, sob a perspectiva das mudanças operadas pela Constituição Federal de 1988 e demais legislações correlatas, analisar o Decreto 1.260/81, que instituiu no âmbito da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, as normas atinentes às transgressões disciplinares militares que são aplicadas aos militares estaduais. Buscou-se ainda, dentro de uma visão sistêmica, proceder à análise das mudanças ocorridas na legislação sob a ótica da hermenêutica jurídica, dos planos de validade, vigência e eficácia das normas e também do fenômeno da recepção.

Sob a perspectiva dos métodos hermenêuticos, pode-se afirmar que em Mato Grosso do Sul o Decreto 1.260/81, encontra-se **revogado desde o ano de 1990**. Isso porque, a lei que lhe deu origem, isto é, que lhe dava fundamento de validade não mais existe, pois foi **revogada expressamente pela Lei Complementar nº053/90**. Logo, revogada uma norma não há como recobrar-lhe que produza efeitos jurídicos.

Além disso, a vigente Lei Complementar nº 053/90 trouxe expressamente em seu art.44, que após a promulgação do referido instrumento normativo, seria necessário editar um **novo regulamento disciplinar**, contendo disposições acerca da amplitude e aplicação das transgressões disciplinares aplicadas aos militares de Mato Grosso do Sul.

Sob o prisma dos pressupostos de **validade**, **vigência** e **eficácia** das normas, pode-se afirmar que o Decreto 1.260/81, **é inválido**, porque segundo a dogmática jurídica, válida é a norma que à sua época de elaboração respeitou o processo legislativo vigente. Embora, esse instrumento normativo tenha sido elaborado de acordo com o processo legislativo de sua época, ele **não pode ser válido**, pois como dito, foi **expressamente revogado**. Igualmente, pode-se concluir que o Decreto 1.260/81 **não é vigente**, pois sendo uma norma **expressamente revogada**, não há como possuir vigência e, muito menos, eficácia jurídica.

No que tange a recepção destes decretos, de forma equivocada, uma **pequena parte da doutrina** sustenta que foram recebidos pela nova ordem constitucional com força de lei ordinária. Tal fato se dá, porque no fenômeno da recepção, pouco importa o aspecto formal da norma, sendo necessário apenas que seu conteúdo seja compatível com a nova Constituição. Além disso, sustentam os adeptos dessa corrente, que o *status* ou força da norma a ser recepcionada é estabelecido pela nova Constituição, que nesse caso, conforme precedentes apresentados neste trabalho exigiu lei formal para disciplinar as matérias que versem sobre transgressões disciplinares militares.

A questão não é tão simples e carece de reflexões mais aprofundadas. É que como visto a recepção normativa não muda a natureza do ato. Dizer que um **decreto foi recepcionado com força de lei é alterar-lhe a regra de competência.** Com efeito, quando uma constituição determina que certa matéria antes regulada por decreto, passe agora ser regulada por lei em sentido formal, esta dizendo, que dada à relevância desta matéria deverá passar pelo controle do Poder Legislativo, e não mais ser regulada por ato do Poder Executivo. Admitir o contrário seria uma forma ilegítima de legislar.

Por essa singela razão, conclui-se que, não só o Decreto 1.260/81, mas todos os decretos anteriores a Constituição Federal de 1988, que tratam sobre infrações administrativas militares**, não foram recepcionados,** pois como visto a regra aqui não é de recepção, mas de mudança de competência.

Desse modo, afere-se que o Decreto nº 88.544/83 que institui o Regulamento Disciplinar da Marinha, o Decreto 76.322/75 que institui o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, o Decreto 1.260/81 que institui o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, e tantos outros decretos que regulamentam essa matéria, **não foram recepcionados** pelo novo texto constitucional e, portanto, **restam revogados**[308].

Por todo o exposto, a luz das súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que a Administração Pública tem o dever de revogar seus atos quando eivados de ilegalidade e, se assim não o fizer, o administrado tem a prerrogativa de valer-se das medidas judiciais cabíveis, sem prejuízos da indenização por eventuais danos que vier a sofrer.

---

[308] Utilizamos a terminologia "revogados" seguindo o entendimento consagrado na jurisprudência do STF (ADI 2/DF,rel. Min. Paulo Brossad, Dj 21.11.1997), segundo o qual, a norma anterior a Constituição que seja com ela incompatível, será revogada. Desse modo, resta afastada a tese de inconstitucionalidade superveniente apregoada por alguns constitucionalistas brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel**, Procurador da República**, em parecer constante do HC 2.217/RJ-TRF-2ª R.- Rel. Des. Federal Sérgio Correa Feltrin-.j. 25/04/2001.

ANDRADE, Paulo René de. **Origens Históricas da Polícia Militar de Minas Gerais**. Imprensa oficial. Belo Horizonte, Outubro de 1981.

ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar**. . 4 ed. Curitiba, Juruá, 2013.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar- Parte Geral**. 1ºvol. 3ed. Curitiba, Juruá, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva**. 2012 (Vade Mecum).

BRASIL. Súmula 346. São Paulo: Saraiva. 2012 (Vade Mecum).

BRASIL. Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980.

BRASIL. DECRETO-LEI nº 1001 de 21 de Outubro de 1969.

BECHARA, Evanildo**. Moderna Gramática Portuguesa**. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BEÊ, Ana Paula. **O processo Administrativo Disciplinar no Âmbito das Forças Armadas e sua (Des)conformidade com a Constituição de 1988**. Monografia Jurídica. UFMS/Paraná. Ano. 2008.

CAAMAÑO, Fernando Otero. **Habeas Corpus- Admissibilidade nas Transgressões Disciplinares**. 1 ed. Curitiba, Juruá, 2009.

CARVALHO, Paulo de. **Curso de Direito Tributário.** 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Direito Disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, José Armando. **Direito Administrativo disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

CUNHA, Celso e CINTRA Lindley. **Nova Gramática do Português Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lexikon, 5ed.,2010.

DE SOUZA, Canuto Reginaldo e DE MORAES, Almeida do Socorro Maria. Polícia e Sociedade: **Uma Análise da História da Segurança Pública Brasileira**. Artigo publicado na V Jornada Internacional de Políticas Públicas. Ano 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** 18. Ed. São Paulo: saraiva. 2002.

DINIZ. Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada.** 11ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAORO, Raymundo**. Os donos do poder**: Formação do Patronato Político Brasileiro. 10. ed. São Paulo: Globo, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2ª.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. 4.Ed. Rio de janeiro, Nova fronteira, 2001.

GASPARINI, **Diógenes. Direito Administrativo**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral**. 8ed. Saraiva, 2010.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ed. São Paulo, Martin Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATO GROSSO DO SUL. PORTARIA 001/PMMS-1/1992.

MATO GROSSO DO SUL. PORTARIA 009/Gab-Cmt/2008. PM/MS

MATO GROSSO DO SUL. DECRETO ESTADUAL 1.261 de 02 de Outubro de 1981.

MATO GROSSO DO SUL. DECRETO ESTADUAL 1.260 de 02 de Outubro de 1981.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 5 de 23 de setembro de 1981.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar 053 de 30 de agosto de 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36.ed. São Paulo. Malheiros, 2010.

MORAES, **Alexandre de. Direito Constitucional**. 16ed. São Paulo, Atlas, 2004. MONTORO, **André Franco. Introdução à Ciência do Direito**. 28 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

MUNIZ, **Jaqueline. A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras**: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. Security And defense Studies Reviw. Rio de Janeiro. 2004.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto**. Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

REALE. Miguel**. Filosofia do Direito**. 18ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Lucas Cabral. **História das Polícias Militares do Brasil e da Brigada Militar do Rio Grande do Sul**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História. São Paulo. 2011.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Curso de direito Administrativo Militar- Teoria e Prática**. 4ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Hermenêutica e aplicação do direito**.18.ed. Rio de Janeiro: Forense,1947.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso. Parecer emitido ao Greenpeace Brasil, em 12 de Março de 2008. Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Documentos/parecer-do-professor-jose-afon/. Acesso em: 16/04/2014.

STF, Repercussão geral no recurso extraordinário nº603.116, Rel. Min. Dias Tófoli, j. em 26/02/2014, publicado em: 18/03/2014.Disponível em: http://www.stf.jus.br/. Acesso em: 11/08/2014.

SODRÉ, Nelson Werneck. **A História Militar do Brasil**. Editora Civilização brasileira. Rio de Janeiro 1965.

TRF-4, 8ª T., Recurso em Sentido Estrito. 2002.7100.046153-4/RS, Rel. Des. fed. Luiz Fernando Penteado, j. em 22/10/2003.

VALLA, Wilson Ordiley. **Deontologia Policial Militar- Ética Profissional.** 3ed. Curitiba: Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, 2003.