

A PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA NO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DAS AUTORIDADES MILITARES.

Cesar Richa Teixeira Ananias

Estudante do curso de graduação em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: Nem estudo de Direito Militar, nem estudo amplo de ação de improbidade administrativa. A pretensão do trabalho apresentado é, primeiro, constatar as particularidades da organização militar e a forma como repercute uma decisão judicial proferida por Juiz Federal em uma estrutura alicerçada nos princípios da hierarquia e disciplina. Depois, observados os prejuízos que podem advir deste controle jurisdicional, propõe-se uma restrição à possibilidade de a Justiça não especializada sancionar o militar com a perda da função pública por ato de improbidade que viole princípio da administração pública, haja vista a ampla margem para gravíssima invasão de competência administrativa militar.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A possibilidade de controle jurisdicional dos atos da administração pública: a mudança de perfil da magistratura. 1.1. A possibilidade de controle e o princípio republicano. 1.2. Seabra Fagundes e os limites tradicionais do controle jurisdicional. 1.3. Geraldo Ataliba e a representatividade da magistratura. 1.4. Luiz Guilherme Marinoni e a nova função jurisdicional. 2. A repercussão extrajurídica da decisão judicial como pressuposto para a indução dos limites do controle jurisdicional. 2.1. O controle esclarecido. 2.1.1. Missão institucional. 2.1.2. Estratégia. 2.1.3. Hierarquia e disciplina. 3. Limite específico: Da impossibilidade de o juiz federal sancionar o militar com a perda da função pública prevista no art. 12, inciso III, da Lei nº. 8.429/1992. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia

1. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: a mudança de perfil da magistratura.

1.1. A POSSIBILIDADE DE CONTROLE E O PRINCÍPIO REPUBLICANO

O Constituinte esculpiu o Brasil sob a forma de República Federativa, voltada a alcançar e viabilizar um Estado de Direito, revestido de legitimidade. Dentre os pilares que exurgem por força da República, destacam-se, sobretudo¹, a eletividade, a periodicidade e a responsabilidade dos representantes. De outra parte, os elementos caracterizadores do Estado de Direito² são a sua submissão ao Direito e à jurisdição³.

A conjugação da representatividade e da responsabilidade perante o Direito reafirma o papel do Estado como instrumento de realização do interesse público. Confiada pela coletividade, a atribuição de administrar implica prerrogativas e, como não poderia ser diferente, em contrapartida, prestação de contas e sujeição dos atos praticados a controle.

O modo como este controle é realizado se distingue em cada país, a depender do sistema adotado. Se o enfoque recai no controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, a regra é classificar em dois modelos principais, o de dualidade e o de unidade.

Quando os atos administrativos ficam sujeitos à possibilidade de controle desempenhado definitivamente pelo Poder Judiciário, depara-se com o modelo inglês de unidade de jurisdição. Com efeito, é o sistema que está refletido no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988. A norma fundamental em epígrafe irradia, inclusive, a inexigibilidade de exaurimento da via administrativa como condição para acionar o Estado-juiz, havendo apenas

¹ O emprego da expressão “sobretudo” teve por escopo não ignorar o elevado magistério de Geraldo Ataliba, segundo o qual todo o conteúdo do parágrafo quarto, do artigo 60, da Constituição da República, compõe, no sistema jurídico brasileiro, o alcance e os desdobramentos do princípio republicano. (República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37-38)

² Para preservar o foco do estudo, o princípio da Constitucionalidade, da Legalidade, da Igualdade e o princípio Democrático, características que permitem aferir a condição de Estado de Direito, deixarão de ser abordados, ficando, inobstante, a sugestão de estudo por SANTOS, Gustavo Ferreira. O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 47-53

³ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120

um preceito exceptivo no art. 217, parágrafo primeiro, sobre demandas desportivas.

Ao Judiciário se reserva, portanto, a posição de guardião da Constituição e intérprete último das normas jurídicas. A assertiva conduz, de início, à controvertida possibilidade de rever atos dos demais Poderes.

O propósito do presente estudo é, precisamente, oferecer um limite a esta atuação judicial, escolhendo uma hipótese bastante específica, mas igualmente relevante, a saber, o controle exercido na via de ação de improbidade administrativa sobre ato de autoridade militar que tenda a violar princípios da Administração Pública.

A exposição, na sequência, de algumas doutrinas existentes, clássicas e modernas, servirá para demonstrar a dificuldade de se estabelecer limites gerais e objetivos, capazes de constituir uma teoria geral do controle jurisdicional, o que justificará a opção por tema tão delimitado. Adota-se, assim, como pressuposto, o fato de que talvez seja mais conveniente primeiro induzir uma série de limitações específicas, mais amadurecidas, para somente empós haver um esforço de agrupamento, segundo traços comuns.

1.2. SEABRA FAGUNDES E OS LIMITES TRADICIONAIS DO CONTROLE JURISDICIONAL

O ilustre autor Miguel Seabra Fagundes, referência clássica na matéria, explica que a função administrativa do Estado o coloca em relação direta com os indivíduos. Por meio dela, ao fazer a lei atuar no caso concreto, a Administração Pública impõe limitações à atividade individual e lhes exige prestações. O resultado natural deste quadro é o surgimento de demandas entre os dois atores sociais mencionados.

Como toda atividade dos Poderes da República se sujeita à ordem jurídica, exsurge para o particular a possibilidade de irresignar-se e questionar-lhes os atos. No sistema brasileiro, há três modalidades principais, a depender do órgão que revê o ato. Cuida-se de autocontrole quando a própria Administração, no seu interesse, exerce, de ofício, o poder disciplinar dos superiores sobre os servidores hierarquicamente inferiores. Também se inclui nesta classificação o controle viabilizado pelo sistema de recursos administrativos, o qual é realizado a requerimento e no interesse do administrado.

O controle político, exercido pelo Poder Legislativo, traduz uma de suas funções típicas, a da fiscalização, o que se realiza por meio de Comissões Parlamentares de Inquérito e processos por crime de responsabilidade.

Por derradeiro, o controle pode ser ainda jurisdicional, cujo desenvolvimento ocorre em duas fases. Na primeira, cognitiva, constata-se e decide a lide entre a Administração e o indivíduo. Ela extrai os fenômenos executórios da alçada do Poder Executivo, concentrando-os no órgão judicante. A fase posterior é de execução de sentença pela força.

Nesse âmbito, contudo, ao Poder Judiciário seria vedado apreciar o mérito dos atos administrativos. Caberia examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade⁴. A mesma proibição ocorreria sobre questões exclusivamente políticas, isto é, que não atinjam de imediato direitos subjetivos, circunscrevendo-se ao âmbito interno do mecanismo estatal. Nada obstante, as medidas que se seguirem ao ato político podem afetar direitos expressamente amparados pela ordem jurídica, assim sendo, o Judiciário, embora indiretamente, poderá apreciar o primeiro ato, em regra, deixado fora de seu alcance. A última restrição concerne ao *Habeas Corpus* contra prisão disciplinar a fim de não se subtrair a eficácia do caráter punitivo da medida.

1.3. GERALDO ATALIBA E A REPRESENTATIVIDADE DA MAGISTRATURA

Além das dificuldades oriundas da teoria da separação dos poderes, como as recém tangidas, a clássica limitação do controle jurisdicional esbarra, outrossim, no problema da representatividade da magistratura.

Segundo Geraldo Ataliba, o Judiciário não é integrado por membros eleitos pelo povo, então sua função não poderia acrescentar vontade pessoal na aplicação da lei. A vontade a ser traduzida deveria ser exclusivamente a da lei. Não competiria ao Judiciário reprovam decisões políticas, que só deveriam ocorrer pela iniciativa popular de não reeleição de candidatos.

Acreditava-se, dessa maneira, preservar a imparcialidade, a independência e a autonomia do juiz. Suas funções eram vistas como esvaziadas de conteúdo político, uma vez que não representam o povo diretamente, tendo apenas caráter técnico. Nos termos do prestigiado doutrinador, o

⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 179.

juiz precisaria ser bom técnico, destro na função hermenêutica e, por isso, sequer conviria que fosse representativo⁵.

1.4. LUIZ GUILHERME MARINONI E A NOVA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Todavia, a compreensão da atividade típica do Poder Judiciário, a jurisdicional, deve acompanhar as novas formas de atuação do magistrado. Daí Luiz Guilherme Marinoni⁶ alertar sobre o abandono, no presente contexto do processo civil brasileiro, das perspectivas de Chiovenda e Carnelutti.

O primeiro jurista sustentou a teoria da atuação da vontade concreta da lei, enquanto o segundo apresentou a tese da justa composição da lide. Asseverar que a jurisdição atua a vontade concreta da lei significa que o juiz apenas declara aquilo que o legislador estabeleceu na norma genérica, isto é, revela a vontade do legislador sem nada lhe acrescentar. A jurisdição somente se manifestaria a partir da revelação da vontade do legislador⁷. Portanto, entender a jurisdição, conforme a lição de Chiovenda, pressuporia a visão da lei como instrumento de limitação do poder estatal, porque era forma de submeter os atos de governo aos representantes do povo. Assim, a jurisdição para proteger o direito subjetivo particular violado deveria, tão-somente, aplicar a literalidade da lei, sem acrescer qualquer valoração. A sentença não criaria a norma individual, sendo um ato externo ao ordenamento jurídico, pois apenas reafirma o que diz a lei.

Carnelutti vai um pouco mais além de atribuir função meramente aplicadora à sentença. O juiz cria a norma individual a partir da norma geral, ou seja, faz um processo de adequação da norma já existente ao caso concreto. A sua teoria enxerga a existência de jurisdição frente à manifestação de uma lide e apenas diante desta é possível individualizar um preceito, o qual, ao ser estabelecido, comporá o ordenamento jurídico. Há, dessa feita, criação de uma norma pela atuação do juiz.

Porém ambos partiriam da subordinação do juiz ao legislador, não

⁵ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112-113

⁶ Em relação a CHIOVENDA, aparentemente corrobora tal postura Marcelo Abelha Rodrigues. (Manual Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67-68)

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33.

sendo mais possível querer buscar os fundamentos da jurisdição nessas fontes históricas.

*... nenhuma dessas teorias responde aos valores do Estado constitucional. Não só porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque as duas negam lugar à “compreensão” do caso concreto no raciocínio decisório, isto é, no raciocínio que leva à prestação jurisdicional.*⁸

Sob esse prisma, Marinoni ressalta que o Estado constitucional impõe ao magistrado zelar pela supremacia dos direitos constitucionais. Com esse intuito, mune seus julgadores de instrumentos de controle de constitucionalidade, de interpretação conforme, de suplantação de omissões dos textos normativos, de meios de execução específica e de execução imediata, dentre outros, a depender do direito lesado a que se deva oferecer a tutela jurisdicional adequada.

Não basta editar a regra jurídica, é preciso extrair dos institutos a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material.⁹ Nesta vertente, à jurisdição atual se atribui, sobretudo, dois deveres principais, quais sejam, o de **aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais** e o de **viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição**.¹⁰

Basta observar, nesse novo contexto de expectativas acerca da magistratura brasileira, o comportamento do Superior Tribunal de Justiça em recente julgado¹¹:

ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA.

1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 92

⁹ Idem. p. 133

¹⁰ Idem. p. 137-138

¹¹ RMS 28338/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 17/06/2009.

direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.

2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, parágrafo único, I).

3. A Carta Magna também dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), sendo que o “atendimento integral” é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).

4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adegue ao seu tratamento.

5. In casu, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada.

6. Recurso ordinário improvido.

Em outras palavras, reconheceu que caso o paciente prove a ineficácia do remédio alternativo oferecido, *possui direito líquido e certo ao fornecimento do indicado pelo profissional de sua escolha*¹².

Sabe-se que os atos políticos e administrativos apresentam aspectos vinculados, tais como a observância da competência para a sua prática e o processo legislativo em que são editados, podendo ser examinados. Mesmo discricionários, o fundamental será considerar que são conformados aos parâmetros legais. Basicamente, fora dessa moldura serão arbitrários e abusivos.

Todavia, as interpretações jurisprudenciais têm possibilitado, como no acórdão transcrito, verdadeiras retificações de prioridades da Administração, desde que conflitantes com direitos fundamentais.

¹² STJ. Paciente não tem direito a remédio específico se SUS oferece alternativa. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92932&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=RMS%2028338> Acesso em: 25 de julho de 2009.

Igualmente, tem encontrado ressonância na jurisprudência entendimento que não se limita a constatar a existência de discricionariedade e simplesmente abster-se de discussões. Exige-se uma demonstração de que essa margem de liberdade foi dirigida ao interesse público. Talvez este tenha sido um dos aspectos mais relevantes do avanço dos estudos sobre controle judicial da Administração Pública: o reconhecimento de que a existência do direito não está acompanhada da garantia de seu bom exercício. O col. STJ, no informativo 395 de maio de 2009, revela:

POSSIBILIDADE JURÍDICA. TERRA INDÍGENA.

*Trata-se de ação ordinária ajuizada por comunidade indígena que objetiva compelir a Funai e a União a demarcar terra indígena. Na contestação, a Funai alegou impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a intervenção judicial para ordenar a demarcação e homologação do território indígena invadiria a esfera da discricionariedade da Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário definir a prioridade e estabelecer políticas públicas. O juiz de primeiro grau rejeitou essa preliminar de impossibilidade jurídica, o que foi confirmado pelo Tribunal a quo. Na espécie, é preciso, também, verificar se o Poder Judiciário pode adentrar a análise e conveniência do ato administrativo discricionário, ou se apenas à Administração Pública foi concedido esse poder. Nesse panorama, a Turma, ao julgar o recurso especial, entendeu que, para reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido, é necessário que o julgador, no primeiro momento de contato com a petição inicial, perceba que o pedido jamais poderia ser atendido, independentemente do fato e circunstâncias do caso concreto. **Concluiu, ainda, que o mérito do ato administrativo não se revela da simples e isolada norma in abstracto, mas sim do confronto desta com os fatos surgidos no caso concreto, cuja peculiaridade pode reduzir, ou até eliminar, a liberdade que o administrador público tem para executar a conduta pretendida pela lei.** Sendo assim, a possibilidade, ou não, do pedido contido na inicial que objetiva a demarcação de terra indígena será a conclusão a que o julgador chegará após a análise das circunstâncias que envolvem o caso concreto, não se podendo afirmar, de pronto, que o ordenamento jurídico veda tal possibilidade apenas por se tratar de ato que, em abstracto, possui características discricionárias. Assim, em razão da teoria da asserção (a análise das condições da ação é feita conforme a narrativa da petição inicial) e da necessidade*

de dilação probatória para análise dos fatos, no caso concreto, não houve violação do art. 295, I e parágrafo único, III, do CPC.¹³ (Grifei)

Mesmo que isso aparentemente flexibilize o princípio da separação dos poderes, está cada vez mais evidente a possibilidade de ir além dos aspectos sempre vinculados – competência, forma e finalidade –, assegurando-se um controle mais extenso, inclusive de razoabilidade e de proporcionalidade. O aresto permite claramente depreender que liberdade de escolher não significa poder escolher qualquer opção, sem parâmetros dentro da sistemática constitucional.

A sustentação dessa expansão do âmbito cognitivo do Poder Judiciário não exprime um propósito de suprimir a opção política ou a discricionariedade. Tão-somente parece constatar a confiança que parcela relevante da sociedade depositou na magistratura, depois de desiludir-se com a ineficácia dos seus instrumentos de fiscalização direta dos representantes. Ao magistrado se confia, ao menos, a redefinição de prioridades que a Constituição da República não autorizou relegar. Assim, embora não sejam as teses jurídicas ideais, para o modelo brasileiro tem sido preciso assegurar, pelo menos em abstrato, a inafastabilidade da apreciação jurisdicional dos atos da Administração Pública, porquanto diversos atos políticos e administrativos consubstanciam verdadeira afronta às expectativas dos representados.

¹³ Eis a ementa: [...] 4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. 5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica. 6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir: [...] Recurso especial improvido.

REsp 879188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009.

2. A REPERCUSSÃO EXTRAJURÍDICA DA DECISÃO JUDICIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A INDUÇÃO DOS LIMITES DO CONTROLE JURISIDICIONAL.

A doutrina reconhece a dificuldade de se estabelecer uma teoria geral dos limites de controle jurisdicional. Embora assentada, de certa forma, a possibilidade deste controle, nem sempre gerará efeitos positivos. Basta a análise diante de alguns ramos jurídicos específicos, para a perplexidade surgir novamente.

Um exemplo dos mais ilustrativos é o regime jurídico-administrativo militar, porquanto fundado nos princípios da hierarquia e disciplina, com rigor ímpar se comparado a qualquer outro regime profissional. A estrutura formada adquire coesão tão intensa e particular, que torna bastante interessante notar como uma decisão da Justiça Federal repercute nessa esfera. Especificamente, o enfoque é a Justiça comum, não a especializada, haja vista a primeira ser composta por civis, sem qualquer participação de juízes militares. Ademais, ela é a competente para processar e julgar as ações relativas, sobretudo, a direito administrativo (promoção, transferência, punições,...) e previdenciário (pensão, reforma,...) dos militares. Não bastasse, interesses coletivos também transitam na Justiça Federal Comum por meio de ações civis públicas, pois a Constituição da República reserva unicamente as causas que versarem sobre crimes militares à Justiça Militar da União.

As atribuições dos órgãos judicantes federais vão muito além daquelas confiadas aos juízos castrenses. Com isso, abrem-se as portas para um controle judicial dos atos das autoridades militares de eficácia extrajurídica arriscada para a organização das Forças Armadas, pois trazem valores da sociedade civil para dentro dos quartéis. Entretanto, o sentido do vetor fica invertido. Afinal, o estímulo à politização e a instigação do espírito contestador são sacrificadas nos treinamentos militares para que os demais cidadãos possam viver plenamente a democracia.

Tome-se como paradigma a ação de improbidade administrativa, pois comporta amplíssimo objeto, autorizando a apreciação indeterminável de atos. Eis um exemp

*AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
TENENTE-CORONEL DO EXÉRCITO BRASILEIRO.*

EXORDIAL QUE NARRA PERSEGUIÇÕES E CONSTRANGIMENTOS A SUBALTERNOS, REALIZAÇÃO DE SINDICÂNCIAS COM DESVIO DE FINALIDADE E VÍCIOS DE LEGALIDADE, DETERMINAÇÃO DE PRISÕES E REALIZAÇÃO DE MARCHAS ABUSIVAS, DENTRE OUTRAS ARBITRARIEDADES. ANTECIPADA REJEIÇÃO DA AÇÃO, COM FULCRO NO ART. 17, PARÁGRAFO 8º DA LEI Nº 8.429/92. NÃO COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA PARA REGULAR PROCESSAMENTO. APELAÇÃO PROVIDA.

- Narra a exordial que o réu perseguiu e constrangeu subalternos em razão do ajuizamento de ações com vistas à promoção de patentes; realizou sindicâncias com desvio de finalidade e vícios de ilegalidade; **concedeu ordens de prisão e de realização de marchas abusivas e ilegais, dentre outras arbitrariedades.**

- É prescindível a comprovação de dolo ou culpa para a caracterização do ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 9º da Lei 8.429/92).

- A rejeição antecipada da ação de improbidade, com fulcro no art.17, parágrafo 8º, somente é possível quando for manifesta a inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita. Ausente prova inequívoca a esse respeito, impõe-se o retorno dos autos à primeira instância para regular processamento.

- Apelação provida.

A espécie é particularmente interessante por suscitar a abusividade das marchas e das prisões. Em relação a estas, o fundamento era a comparação com o número de prisões efetuadas em períodos anteriores e depoimentos dos presos.

Resta nítido como a ação de improbidade administrativa enseja ampla revisão de atos, embora não dirigida diretamente a estes, mas à censura pessoal do agente estatal. A propositura tem o intuito de lograr o reconhecimento de violação ao princípio da moralidade administrativa, exteriorizada por meio do enriquecimento ilícito, do dano ao erário, da ofensa a princípios da Administração Pública ou, no caso de Prefeitos, por descumprimento de dispositivos do Estatuto da Cidade.

De acordo com os artigo 12 da Lei 8.429/1992, são instrumentos idôneos para postular sanções de perda de bens e valores obtidos ilicitamente: o

ressarcimento integral do dano ao erário; a suspensão de direitos políticos; a multa civil; a proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios creditícios e fiscais; e a perda da função pública. Portanto, ação de natureza cível com consequências rigorosíssimas, algumas delas alcançam até mesmo um caráter fortemente político-penal.

No momento, a modalidade mais relevante para o estudo é a ação de improbidade administrativa contra atentado aos princípios da Administração Pública por ato de autoridade militar. Isso porque as demais hipóteses permitem uma reprovação mais objetiva, de mais fácil constatação. Porém, quando há abertura para violação de princípios, a atuação do órgão jurisdicional se estende de tal modo que pode ser causa de inconvenientes intromissões na Administração Pública.

Por isso, o propósito do estudo foi fixado no estabelecimento dos limites para a atuação jurisdicional e, empós, transportá-los também para a atuação mais responsável do Ministério Público na missão fiscalizadora. As próximas linhas concernem, então, à necessidade de um controle esclarecido, capaz de reconhecer as repercussões da decisão, bem como cuidarão do impacto dos efeitos extrajurídicos, denominados de fatores para fins do presente estudo, decorrentes de um controle tão amplo quanto o proporcionado pela ação de improbidade administrativa por violação de princípios.

2.1. O CONTROLE ESCLARECIDO

É certo que as decisões judiciais encontram sua legitimidade na técnica e nos conhecimentos jurídicos do órgão que as proferiu.

Progredindo nesta mesma vertente, cunha-se a expressão “**controle esclarecido**”, escolhida, aqui, para indicar a necessidade de os magistrados e Procuradores da República terem a preocupação de não se limitarem a conhecer as normas. Jamais poderão contentar-se com uma visão meramente formalista, ingênua e objetiva das exigências¹⁴ a que se submete o militar, a saber: a) Risco de vida permanente; b) Dedicção exclusiva e disponibilidade permanente, sem direito a reivindicar horas extras ou compensação pelo mecanismo do banco de horas (limitação de direitos sociais); c) Mudança involuntária de domicílio; d) Sujeição a preceitos

¹⁴ Revista VERDE-OLIVA: Exército Brasileiro. Brasília: Ano XXX, n. 177, Jan/Mar, 2003.

rígidos de disciplina e hierarquia; e e) Restrições de direitos políticos relacionados à democracia, dentre outros.

Ignorar, por exemplo, o ambiente no qual é moldado o militar e interferir nas técnicas de disciplina é tornar-se responsável pela inversão dos valores que sustentam um combatente frente ao inimigo. Na ótica interna, eles veem os quartéis não apenas como ambiente de trabalho, mas, sim, como *lugares onde se cultiva a ideia de que a Pátria é um bem tão precioso que precisa ser garantido à custa de qualquer sacrifício*. Nele vivem circunstâncias para suportarem a dureza do combate.¹⁵

Desta vocação e motivação nacionalista decorrem inúmeras implicações, as quais devem permear a apreciação judicial. O julgador deve ter em mente que o ato da autoridade militar está arrimado nos imperativos a seguir expostos.

2.1.1. MISSÃO INSTITUCIONAL

O *caput* do art. 142 da CRFB de 1988 estabelece três missões. A mais evidente é a defesa da pátria, no que se refere ao inimigo externo. É a própria razão de ser das instituições. A segunda missão é servir de garantia aos Poderes constituídos. De acordo com nossa experiência histórica, em última instância, *o Supremo Tribunal Federal era [é] um arsenal de livros, e não de tanques – e, por isso, nada podia [pode] fazer para garantir o governo [...] sem a garantia das Forças Armadas não há Poderes constituídos*¹⁶. A outra missão constitucional é resguardar a lei e a ordem quando forem convocadas pelos Poderes constituídos.

Na matéria, o sempre citado Seabra Fagundes traduz a visão das Forças Armadas na Constituição:

As Forças Armadas constituem, em todos os Estados o elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito. Nelas, na eficiência de sua estrutura e na respeitabilidade que as envolve, repousa a paz social pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado

¹⁵ Guilherme Joaquim Moniz Barreto, criador da moderna crítica literária em Portugal.

¹⁶ Nelson Hungria *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva. As forças armadas *in* Revista IOB de Direito Administrativo – v. 01, n. 11, nov. 2006. p. 8

e da perfeita realização dos seus fins. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranquilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função de seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, sua própria soberania.

*Por isto mesmo na organização política de todos os povos se reserva às Forças Armadas posição especial e destacada, desde os seus problemas de estrutura e funcionamento até os que dizem respeito à sua missão.*¹⁷

2.1.2. ESTRATÉGIA

A opção por tratar da estratégia foi determinada por questões frequentemente suscitadas na sociedade sobre a importância das Forças Armadas, a necessidade delas em tempos de paz, o que fazem e qual a razão de receberem investimentos num país de tanta miséria.

Todas as indagações dessa natureza encontram resposta na dissuasão, das estratégias a mais importante. Literalmente significa provocar uma abdicação de uma decisão, mudar de ideia. Contextualizada, é a tática que visa a inibir a atuação ofensiva estrangeira por meio da ostentação da capacidade bélica e de organização. Ninguém melhor que um representante militar para explicá-la:

Da sentença latina “vis pacem para bellum” (se queres a paz, prepara-te para a guerra) decorre a principal estratégia do Exército Brasileiro, a da dissuasão. Por ela, é fundamental manter um grau de prontidão e operacionabilidade tais que façam com que eventuais rivalidades, ambições ou aventuras em relação ao patrimônio brasileiro sejam desencorajadas, mantendo tudo aquilo que possa se configurar como antagonismo passível de resolução no campo diplomático.

*Ficam, pois, evidenciadas duas ideias principais, [...] a de que o treinamento tem que ser permanente, e a de que tem de ser realístico, mesmo em tempo de paz.*¹⁸

¹⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. As Forças Armadas na Constituição. Coleção Taunay. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1955.

¹⁸ CONFORTO, Alves, A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas. STM em revista – v. 02, n. 02, jul/dez. 2005. p. 8

Portanto, a importância das Forças Armadas é prolongar os tempos de paz em virtude da sua presença atenta e silenciosa; a necessidade delas é a imposição de temor; seu cotidiano é um treinamento constante e tão diversificado quanto os ambientes em que podem vir a atuar; bem assim, vivem em vigilância permanente a fim de permitir perceber, logo no início, o avanço de ações ofensivas e prontamente respondê-las. Quanto aos investimentos bélicos, igualmente têm a finalidade preventiva e, se preciso, repressiva, cujo pressuposto é a movimentação inimiga. Inadmitese, destarte, a possibilidade de iniciativas imperialistas.

O fato de o Brasil ser um país pacífico em nada justifica o desaparecimento militar. Tampouco o abrandamento das exigências dos integrantes. Não se preparam apenas para a guerra. Preparam-se, mormente, para que a corporação seja fonte de respeito fora das fronteiras. Observe-se que em momento algum se fala em realizar guerras, mas em estar sempre preparado.

2.1.3. HIERARQUIA E DISCIPLINA

O rigor do treinamento militar, vez ou outra questionado (in) diretamente, v.g. quando se impugna “marchas abusivas” ou a transferência involuntária, tem uma finalidade de formação do profissional.

Só a disciplina mantém a coesão, possibilita a vitória sobre o medo. Só o respeito à hierarquia impede que alguém armado se transforme em uma besta-fera ou em um covarde ao ver companheiros caindo, explosões se sucedendo, gritos, desespero.¹⁹

De forma sintética, pode-se entender que ambos os princípios em epígrafe culminam na impossibilidade de inferiores hesitarem no cumprimento das ordens de seus superiores.

A preocupação com esses princípios deve ser extrema, pois proporcionam a atuação eficaz, repentina e imediata, o que só é conseguido por uma rígida organização.

Esses princípios são frequentemente mal compreendidos pelos civis. Frequentemente são associados a arbitrariedades e ao autoritarismo.

¹⁹ Idem. p.8

Contudo, a estrutura baseada na hierarquia é pensada para fazer com que o General ou o Coronel, nas suas funções de comando, tenham conhecido todas as missões, dificuldades e pressões de seus subordinados, pois ingressaram na carreira, por concurso público, como aspirantes-a-oficial, nível mais básico da carreira (O anexo ilustra a evolução da carreira militar). Levam cerca de 25 a 35 anos de experiência para conquistar tais posições, galgando-as lentamente, após a realização de inúmeros cursos de comando e estratégia.

Maior, ainda, é o problema dos militares que não os compreendem. Quando se recorre ao Estado-juiz para resolver as insatisfações com a profissão – sem ter interesse em real ilegalidade – na verdade, há uma agressão a esta pirâmide. Quem titulariza os cargos e funções do topo hierárquico, em regra, nunca se sentiu no direito de questionar seus superiores, sendo valorizado pela obediência.

O problema é que todo processo tem potencial de inversão da ordem militar. Qualquer processo no qual se questione ordens militares trará consigo uma parcela de **fator desmoralizante** da autoridade perante a tropa, vulnerando o princípio da hierarquia, ao passo que trará uma outra carga de **fator desestimulante** do uso do poder disciplinar. Desse modo, cria-se nos inferiores a mentalidade de contestação, a qual prejudica a executoriedade da ordem de uma autoridade, bem como repercute pessoalmente sobre ela, impingindo-lhe insegurança no exercício do poder disciplinar. E pior, aumenta-se a sensação de vulnerabilidade quando, além do julgador, os fiscais são exclusivamente civis, pois o ato militar sempre terá um cunho de rigor acima daquele tolerado pela sociedade, mas nem sempre será compreendido pelo órgão de fiscalização de que é uma medida necessária para a manutenção da ordem da instituição militar.

É oportuno fazer um esclarecimento: não se propõe com esses argumentos a ampliação da competência da Justiça Militar, muito menos acoimar de ilegítima as decisões dos juízes federais. O estudo apenas enfatiza um caso de controle inconveniente, a saber, o efetuado com base em princípios e, por isso, aparenta aumentá-lo de modo a permitir mais fácil observação.

3. LIMITE ESPECÍFICO: DA IMPOSSIBILIDADE DE O JUIZ FEDERAL SANCIONAR O MILITAR COM A PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA PREVISTA NO ART. 12, INCISO III, DA LEI N.º 8.429/1992.

De início, vale destacar a lição de José dos Santos Carvalho Filho. Explica ele que, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível afirmar que as sanções não precisam ser todas cumuladas na punição do ímprobo. Compete ao juiz fixá-las, podendo excluir aquelas que significarem reprovação exagerada da conduta.

Ademais, ensina o autor que a sanção não pode encontrar obstáculo no regime jurídico que rege o cargo público. Assevera:

A sanção de perda da função pública não é irrestrita; ao contrário, exige adequação ao regime jurídico-político ao qual estão sujeitos certo agentes públicos.²⁰

Por óbvio, não apenas os agentes políticos têm regime especiais. Eles são apenas os mais notados, em razão da evidência de que gozam as decisões do e. STF. Porém, não se pode esquecer, ante a falta de debate, o caso dos militares, os quais a própria Constituição imunizou da sanção da perda de função pública, prevista no art. 12, inciso III, da Lei n.º 8.429/1992. O art. 142, §3º, incisos VI e VII, são claramente impeditivos:

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

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 1033.

VI - o oficial ***só perderá o posto e a patente*** se for ***julgado indigno do oficialato*** ou com ele ***incompatível***, por decisão de ***tribunal militar de caráter permanente***, em tempo de paz, ou de ***tribunal especial***, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VII - o oficial ***condenado*** na justiça comum ou militar ***a pena privativa de liberdade superior a dois anos***, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Portanto, nenhum desses requisitos se faz presente na ação de improbidade administrativa para possibilitar ao juiz federal decretar a perda de posto ou patente²¹. A indignidade, incompatibilidade ou a pena privativa de liberdade dependem de decisão de Tribunal Militar para provocarem a perda da “função pública”.

Sobretudo em face da amplitude das ações de improbidade administrativa, parece ter a Constituição da República acertado. Na mesma linha de raciocínio exposta por Ives Gandra Martins, a medida se justifica porque *só os militares poderão compreender em profundidade os militares – e suas ordens – porque têm a mesma vocação. Por essa razão têm tribunais próprios.*²²

Tampouco, por via oblíqua, a de suspensão dos direitos políticos, poderia ocorrer a perda da patente e do posto. O motivo desta conclusão é o fato de que a sanção não é a perda de direitos políticos, mas, sim, suspensão. Aquela corresponde à perda da nacionalidade, ocorrida, p. ex., quando o estrangeiro renuncia a nacionalidade de um país para assumi-la em outro. No entanto, a suspensão de direitos políticos apenas atinge os cargos de representação dos Poderes nacionais, o que certamente não é o caso dos militares, cujos comandantes perderam o *status* de ministro para restar incontroversa a ausência de natureza política de quaisquer de suas funções. A sanção só alcança, pois, direitos correlatos ao voto, à elegibilidade, à

²¹ A despeito do dispositivo transcrito, parece-me que, quando a improbidade for consubstanciada através de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, não haverá maiores dificuldades na avaliação do ato militar e, por consectário, tampouco na aplicação da sanção de perda da função pública.

²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. As forças armadas. Revista IOB de Direito Administrativo – v. 01, n. 11, nov. 2006. p. 10.

ocupação de cargos de representação dos Poderes, uma vez que afetos ao direito eleitoral.²³

Firme nesses argumentos, é possível concluir pela inconstitucionalidade da aplicação da sanção de perda da função pública, direta ou indiretamente em ação de improbidade administrativa, não só para agentes políticos submetidos aos processos por crime de responsabilidade, como vem entendendo o e. STF, mas também para militares, porquanto apenas os tribunais militares detêm competência para verificar em que medida a ordem e a conduta do militar, embora repelidas na vida civil, possam ser incompatíveis com a dignidade da missão e com os princípios das Forças Armadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de recorrer à Justiça, sobretudo, à não especializada, tal como vem sendo difundida no meio militar, através das constantes sentenças desfavoráveis às decisões dos comandos dos órgãos das Forças Armadas, tem um significado material perigoso. Essa “politização questionadora” é justamente a antítese do treinamento recebido nos quartéis: “missão dada é missão cumprida!”

O Poder Judiciário não pode ser visto como fuga do processo de formação de combatentes, os quais devem estar preparados para agir nas mais adversas condições. Evitar a difusão desta imagem é uma das finalidades deste estudo.

Bem assim, também tem por escopo fornecer alguns parâmetros para as intervenções judiciais, pois estas nunca se limitam a produzir efeitos no mundo jurídico. É justamente o efeito prático, aqui chamado de fator, o mais preocupante. Os magistrados precisam atentar para a repercussão de suas decisões.

Para auxiliar nessa atividade reflexiva, de todo o exposto, se três noções saírem suficientemente destacadas, este pretense artigo cumpriu sua missão. São elas: a) processos sobre questionamento de ordens militares trazem consigo uma carga do **fator desmoralizante** da autoridade perante a tropa, vulnerando o princípio da hierarquia. Além disso, estão acompanhados, na

²³ A distinção entre administração política e burocrática e as consequências da suspensão de direitos políticos pode ser encontrada na obra de Pinto Ferreira mencionada na bibliografia.

mesma medida, de fator **desestimulante** do uso do poder disciplinar; b) o controle judicial dos atos de órgão e entidades da Administração Pública adquire maior grau de legitimidade quando se concretiza como **controle esclarecido**, isto é, ultrapassa a abordagem da abstração normativa para alcançar certos elementos da realidade que não são apreendidos pela simples leitura de textos legais; c) por fim, a ação de improbidade não pode gerar, por inconstitucionalidade (art. 142, terceiro parágrafo, incisos VI e VII), a sanção de perda da função pública militar porque **a Justiça Federal não tem competência para avaliar as repercussões de uma decisão militar em face das missões e estratégias das Forças Armadas**.

Com a devida licença para adaptações, parece adequado difundir uma ideia já exposta pelo Exm.º Min. do col. Superior Tribunal Militar, General Conforto: ignorar as peculiaridades e objetivos militares e interpretar a legislação castrense à luz da legislação civil é fazer o trabalho desarticulador do inimigo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CONFORTO, Alves, A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas. **STM em revista**, Brasília, v. 02, n. 02, p. 8-9, jul/dez. 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. As forças armadas. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 01, n. 11, p. 7-26,
Revista VERDE-OLIVA: Exército Brasileiro. Brasília: Ano XXX, n. 177,
Jan/Mar, 2003.