

As medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e o poder geral de cautela na administração militar

Sandro Leal Costa

Bacharel em Direito pela Universidade da
Região da Campanha – URCAMP/Bagé.

Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas (FFAA) preveem algumas medidas de viés cautelar, as quais foram agrupadas em quatro eixos temáticos para facilitar a compreensão: a prisão flagrancial disciplinar; a prisão

preventiva; a privação da liberdade para convalescença; e o afastamento cautelar do militar inconformado com atos superiores. Além dessas previsões expressas, é controversa a possibilidade de a autoridade competente adotar medidas atípicas, uma vez que não há consenso doutrinário sobre a existência e a viabilidade do chamado “poder geral de cautela” administrativo. Por um lado, os atos administrativos são limitados pelo princípio da legalidade, mas, por outro, é necessário que as autoridades que têm o dever de decidir possam adotar medidas capazes de salvaguardar a eficácia do processo decisório. A viabilidade ou não do poder geral de cautela administrativo deve ser balizada pelas normas e princípios da administração pública, que também se aplicam às atividades administrativas das FFAA. Por fim, algumas características específicas das atividades castrenses foram brevemente destacadas no presente estudo, a fim de fomentar a hipótese em discussão também no seio das organizações militares.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas. Medidas Cautelares. Poder Geral de Cautela.

ENGLISH

TITLE: The precautionary measures provided for in the disciplinary regulations of the Armed Forces and the general power of caution in the military administration.

ABSTRACT: The disciplinary regulations of the Armed Forces predict some measures of precautionary bias, which were grouped into four thematic axes to facilitate its understanding: the disciplinary imprisonment in the act; the preventive arrest; the deprivation of liberty for convalescence; and the precautionary removal of the military who does not comply with the acts of his hierarchical superior. In addition to these literal predictions, the possibility for the competent authority to adopt atypical measures is controversial, since there is no doctrinal consensus on the existence and viability of the so-called administrative “general power of caution”. On the one hand, administrative acts are limited by the principle of legality, but, on the other, it is necessary that the authorities that have a duty to decide can adopt measures capable of safeguarding the effectiveness of the decision-making process. The viability or not of the general power of administrative caution must be guided by the rules and principles of public administration,

which also apply to the administrative activities of the Armed Forces. Finally, some specific characteristics of military activities were briefly highlighted in this study, in order to foster the hypothesis under discussion also within military organizations.

KEYWORDS: Armed Forces disciplinary regulations. Precautionary measures. General power of caution.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas – 3 Poder geral de cautela do Estado-Juiz – 4 Poder geral de cautela na administração(?) – 5 Pela inviabilidade do poder geral de cautela na administração – 6 Pela viabilidade do poder geral de cautela na administração – 7 Viabilidade do poder geral de cautela na administração militar – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre as medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, bem como reflete sobre a viabilidade da adoção de medidas cautelares não previstas na legislação, com base no chamado “poder geral de cautela administrativo”.

O interesse pelo tema foi despertado em função da análise do Decreto nº 88.545/83 (Regulamento Disciplinar para a Marinha – RDM), do Decreto nº 76.322/75 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – RDAer) e do Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército – RDE), nos quais é possível encontrar previsões esparsas de medidas com vocação cautelar.

O desenvolvimento do assunto se divide em três etapas: a primeira consiste em agrupar as medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares de acordo com a pertinência temática, a fim de facilitar a compreensão do sistema; a segunda traz reflexões sobre a existência e a viabilidade do poder geral de cautela administrativo, com apoio na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012); e a terceira, destacando

algumas particularidades das atividades castrenses, direciona a hipótese em discussão para a administração pública militar.

Para atingir os objetivos, a metodologia utilizada partiu de um levantamento nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e na legislação correlata, seguindo-se pelo método de abordagem bibliográfica relativa aos pontos consolidados de direito administrativo, acrescido dos pontos específicos do regime jurídico especial que caracteriza o direito militar.

2 MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES DAS FORÇAS ARMADAS

De início, adverte-se que a matéria não se encontra assim sistematizada, nem com estas rubricas na legislação castrense, mas, para fins deste breve ensaio acadêmico, pode-se dizer que os regulamentos disciplinares das Forças Armadas contemplam quatro eixos de medidas com viés cautelar: a prisão flagrancial disciplinar, isto é, a prisão decorrente de voz de prisão imediata; a prisão preventiva, que consiste na manutenção do encarceramento durante a apuração da transgressão e antes da aplicação formal da penalidade; a privação de liberdade para

convalescença, que é uma espécie de medida de segurança protetiva imposta ao transgressor que se encontre momentaneamente desprovido de suas faculdades mentais; e o afastamento cautelar do militar inconformado, que é a retirada do inferior da linha de subordinação direta do superior hierárquico cujos atos questionou.

O primeiro eixo é composto das medidas cautelares flagranciais que autorizam e determinam que seja dada voz de prisão imediata ao militar pelo Comandante ou outro superior hierárquico que presencie a transgressão ensejadora da pronta intervenção, a fim de se paralisar incontinenti a conduta danosa à hierarquia e à disciplina.

Quanto a esse eixo, constam as seguintes disposições regulamentares:

Marinha - RDM - Decreto nº 88.545/83

Art. 41 – O superior deverá também dar voz de prisão imediata ao contraventor e fazê-lo recolher-se à sua Organização Militar quando a contravenção ou suas circunstâncias assim o exigirem, a bem da ordem pública, da disciplina ou da regularidade do serviço.

Parágrafo único – Essa voz de prisão será dada em nome da autoridade a que o contraventor estiver diretamente subordinado, ou, quando esta for menos graduada ou antiga do que quem dá a voz, em nome da que se lhe seguir em escala ascendente. Caso o contraventor se recuse a

declarar a Organização Militar em que serve, a voz de prisão será dada em nome do Comandante do Distrito Naval ou do Comando Naval em cuja jurisdição ocorrer a prisão.

Art. 42 – O superior que houver agido de acordo com os artigos 40 e 41 terá cumprido seu dever e resguardada sua responsabilidade. A solução que for dada à sua parte pela autoridade superior é de inteira e exclusiva responsabilidade desta, devendo ser adotada dentro dos prazos previstos neste Regulamento e comunicada ao autor da parte.

Parágrafo único – A quem deu parte assiste o direito de pedir à respectiva autoridade, dentro de oito dias úteis, pelos meios legais, a reconsideração da solução, se julgar que esta deprime sua pessoa ou a dignidade de seu posto, não podendo o pedido ficar sem despacho. Para tanto, a autoridade que aplicar a pena disciplinar deverá comunicar ao autor da parte a punição efetivamente imposta e o enquadramento neste Regulamento, com as circunstâncias atenuantes ou agravantes que envolveram o ato do contraventor.

Art. 43 – O subalterno preso nas condições do artigo 41 só poderá ser solto por determinação da autoridade a cuja ordem foi feita a prisão, ou de autoridade superior a ela.

Art. 44 – Esta prisão, de caráter preventivo, será cumprida como determina o artigo 24.

Aeronáutica - RDAer - Decreto nº 76.322/75

Art. 24. O tempo de detenção ou prisão é contado a partir do momento em que o transgressor é detido ou recolhido ao lugar destinado ao cumprimento da punição.

§ 1º Será computado o tempo de prisão preventiva e aquele em que o transgressor ficar recolhido, em virtude de voz de prisão recebida.

Exército - RDE - Decreto nº 4.346/02

Art. 12. Todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina, deverá participá-lo ao seu chefe imediato, por escrito.

§ 1º A parte deve ser clara, precisa e concisa; qualificar os envolvidos e as testemunhas; discriminar bens e valores; precisar local, data e hora da ocorrência e caracterizar as circunstâncias que envolverem o fato, sem tecer comentários ou emitir opiniões pessoais.

§ 2º Quando, para preservação da disciplina e do decoro da Instituição, a ocorrência exigir pronta intervenção, mesmo sem possuir ascendência funcional sobre o transgressor, a autoridade militar de maior antigüidade que presenciar ou tiver conhecimento do fato deverá tomar providências imediatas e enérgicas, inclusive prendê-lo "em nome da autoridade competente", dando ciência a esta, pelo meio mais rápido, da ocorrência e das providências em seu nome tomadas.

O segundo eixo diz respeito à prisão preventiva, que pode suceder a voz de prisão supramencionada, e autoriza a manutenção da custódia do transgressor durante a sindicância (RDM e RDAer), ou, numa espécie de execução provisória da pena antes da conclusão do procedimento apuratório, autoriza o cumprimento imediato da penalidade com o fim de preservar a disciplina e o decoro da classe (RDE). Assim consta nos regulamentos disciplinares:

Marinha - RDM - Decreto nº 88.545/83

Art. 26 – Nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor e serem devidamente apurados os fatos.

§ 3º – Quando houver necessidade de maiores esclarecimentos sobre a contravenção, a autoridade mandará proceder a sindicância ou, se houver indício de crime, a inquérito, de acordo com as normas e prazos legais.

§ 4º – Durante o período de sindicância de que trata o parágrafo anterior, o contraventor poderá ficar detido na Organização Militar ou em qualquer outro local que seja determinado.

§ 5º – Os militares detidos para averiguação de contravenções disciplinares não devem comparecer a exercícios e fainas, nem executar serviço algum.

Aeronáutica - RDAer - Decreto nº 76.322/75

Art. 34. Nenhuma punição será imposta sem ser ouvido o transgressor e sem estarem os fatos devidamente apurados.

3 – Quando forem necessários maiores esclarecimentos sobre transgressão, deverá ser procedida sindicância.

4 – Durante o período de investigações de que trata o número anterior, a pedido do respectivo encarregado da sindicância o Comandante poderá determinar a detenção do transgressor na Organização ou tem outro local que a situação recomendar, até um prazo máximo de oito dias.

5 – Os detidos para averiguações podem ser mantidos incomunicáveis para interrogatório da autoridade a cuja disposição se achem. A cessação da incomunicabilidade depende da ulatimação das averiguações procedidas com a máxima urgência, não podendo de qualquer forma, o período de incomunicabilidade ser superior a quatro dias.

Exército – Decreto nº 4.346/02

Art. 35. O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade. (...)

§ 3º O militar poderá ser preso disciplinarmente, por prazo que não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou houver necessidade de pronta intervenção.

Art. 49. O cumprimento da punição disciplinar por militar afastado totalmente do serviço, em caráter temporário, somente deverá ocorrer após sua apresentação "pronto na organização militar".

§ 1º O cumprimento da punição disciplinar será imediato nos casos de preservação da disciplina e de decoro da classe, publicando-se a nota de punição em boletim interno, tão logo seja possível.

Não passa despercebida a duvidosa juridicidade da “prisão para averiguação” prevista nos regulamentos disciplinares da Marinha e da Aeronáutica, na medida em que o texto não revela nenhuma finalidade cautelar, mas sugere a possibilidade de prender para investigar, o que destoa completamente da noção de cautelaridade em um devido processo legal. Diferentemente é o caso do RDE, o qual deixa

claro que o cumprimento imediato da punição é possível para a preservação da disciplina e do decoro da classe.

Desse modo, acredita-se que a custódia cautelar do transgressor deve ser algo excepcional e, mesmo no caso da Marinha e da Aeronáutica, deve ser fundamentada em fatos concretos reveladores da necessidade inadiável da medida.

O terceiro eixo de medidas cautelares também é uma espécie de privação da liberdade do transgressor, mas não se confunde com as duas hipóteses anteriores. Enquanto estas se justificam pela necessidade de pronta intervenção (eixo flagrançial) ou preservação da disciplina e decoro da classe (eixo da prisão preventiva), as que compõem o terceiro eixo da privação de liberdade para convalescença, além da vocação para manter ou restabelecer a ordem administrativa disciplinar, funcionam principalmente como uma garantia de que o transgressor não irá cumprir a pena antes de recobrar as faculdades mentais ou sensoriais prejudicadas por doença, acidente, embriaguez ou intoxicação, até porque não teria condições físicas para exercer a ampla defesa e o contraditório, e, provavelmente, não poderia entender antes da convalescença o caráter retributivo ou preventivo especial da pena.

São nestes termos as disposições regulamentares:

Marinha - RDM - Decreto nº 88.545/83

Art. 26, § 7º – Nenhum contraventor será interrogado se desprovido da plena capacidade de entender o caráter contravencional de sua ação ou omissão, devendo, nessa situação, ser recolhido a prisão, em benefício da manutenção da ordem ou da sua própria segurança.

Aeronáutica - RDAer - Decreto nº 76.322/75

Art. 34, item 2 - Nenhum transgressor será interrogado ou punido enquanto permanecer com suas faculdades mentais restringidas por efeito de doença, acidente ou embriaguez. No caso de embriaguez, porém, poderá ficar desde logo, preso ou detido, em benefício da própria segurança, da disciplina e da manutenção da ordem.

Exército - RDE - Decreto nº 4.346/02

Art. 39. Nenhum transgressor será interrogado ou punido em estado de embriaguez ou sob a ação de psicotrópicos, mas ficará, desde logo, convalescendo em hospital, enfermaria ou dependência similar em sua OM, até a melhora do seu quadro clínico.

Por fim, o quarto eixo cautelar refere-se ao afastamento do militar que tenha questionado ato de superior hierárquico, tanto por haver representado contra ato que considere injusto ou infringente das leis ou regulamentos militares (RDAer), quanto por meio de pedido de reconsideração em recurso disciplinar (RDE). São disposições que dão algum resguardo ao inferior

que intente questionar moderada e legalmente os atos de seus superiores, sem que isso reflita diretamente na relação de subordinação diária a que está submetido. *In verbis*:

Aeronáutica – RDAer – Decreto nº 76.322/75

Art. 62. O militar poderá representar contra ato de superior que considere injusto ou infringente das leis ou regulamentos militares a que:

- 1 – o atinja direta ou indiretamente; e
- 2 – atinja subordinado de quem seja chefe imediato.

Art. 65. A autoridade responsável pela solução da representação deve:

- 1 – afastar o representador da jurisdição do representado, logo que o serviço o permita;
- 2 – apreciar a representação, tomar as medidas regulamentares que se impuserem e publicá-las em boletim, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data do recebimento da representação.

Exército – RDE – Decreto nº 4.346/02

Art. 56. O militar que requerer reconsideração de ato, se necessário para preservação da hierarquia e disciplina, poderá ser afastado da subordinação direta da autoridade contra quem formulou o recurso disciplinar, até que seja ele julgado.

§ 1º O militar de que trata o caput permanecerá na guarnição onde serve, salvo a existência de fato que nela contraindique sua permanência.

§ 2º O afastamento será efetivado pela autoridade imediatamente superior à recorrida, mediante solicitação desta ou do militar recorrente.

Não há previsão análoga no Regulamento Disciplinar para a Marinha, o que não impede que o Comandante da Organização Militar, no uso do poder geral de cautela ou simplesmente com base nos poderes administrativos que lhe são inerentes, afaste cautelarmente o militar que houver representado contra ato de superior ou que intente a reconsideração de decisão por meio de recurso administrativo disciplinar.

Além dessas hipóteses, o Estatuto dos Militares prevê a possibilidade de afastar o militar que, por sua atuação, se tornar incompatível com o cargo, ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, caso em que ficará privado do exercício de qualquer função militar até a solução do processo ou das providências legais cabíveis (art. 44 do Estatuto). Não se trata, aqui, de dar resguardo ao militar inconformado, mas sim, de tutelar a organização militar em face de atos violadores das obrigações e deveres militares.

3 PODER GERAL DE CAUTELA DO ESTADO-JUIZ

O poder geral de cautela do juiz “deve ser compreendido como um poder-dever, no sentido de que o magistrado se

utilizará de meios aptos a obter o resultado pretendido, sendo a proteção que deve fornecer a determinada situação impositiva” (PINHO, 2020, p. 564).

O referido poder-dever consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro como algo inerente à jurisdição, isto é, aquele que tem o poder de decidir pode-se valer não só das medidas previstas na legislação, como também pode lançar mão de medidas cautelares atípicas, na busca da efetividade do processo principal, tentando evitar ou debelar uma situação de risco processual.

Neste sentido, o art. 297 do NCPC prevê que o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Por sua vez, o art. 301 do mesmo código processual, além de exemplificar algumas medidas cautelares (típicas), contempla, na parte final do seu *caput*, a expressão “qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”.

A fim de que este instituto não dê azo a arbitrariedades, é prudente lembrar que a discricionariedade limitada que caracteriza o poder geral de tutela é instrumental às finalidades da lei, inexistindo de forma autônoma e desvinculada de um

procedimento formal, de modo que, uma vez frustrados os objetivos legais, o ato dele decorrente será ilegítimo.

4 PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO(?)

Alguns microsistemas administrativos preveem a possibilidade de adoção de medidas cautelares, por exemplo:

- a) o art. 147 da Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos servidores públicos civis da União – prevê o afastamento preventivo do servidor público, como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade;
- b) o art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 – Improbidade Administrativa – prevê o afastamento cautelar de agente público quando a medida se fizer necessária à instrução processual;
- c) o art. 44 da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – prevê o afastamento cautelar do agente responsável por irregularidade se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a

realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento;

d) o art. 10º, § 2º, da Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção – prevê que a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou processo objeto da investigação;

e) o art. 61, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 – Processo Administrativo Federal – prevê efeito suspensivo a recurso administrativo em caso de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão. O art. 45 da mesma lei prevê que, em caso de risco iminente, a Administração Pública pode, motivadamente, adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Apesar dos dispositivos citados, pode-se dizer que não há consenso acerca da existência de um poder geral de cautela como instituto jurídico autônomo no âmbito administrativo, de modo que é lacunoso o estudo sobre quais seriam seus elementos, características, requisitos e limites.

Trata-se de matéria um tanto controversa e ainda não consolidada no cenário jurídico nacional, potencializada pelo fato de que a pertinência e a juridicidade de eventual medida

cautelar não prevista tende a variar de acordo com cada microsistema administrativo.

O que de fato se constata é a existência de bons fundamentos jurídicos de lado a lado, isto é, tanto negando a possibilidade do poder geral de cautela no âmbito administrativo, mormente pela incidência do princípio da legalidade, como também sustentando a legitimidade desse poder geral de cautela, desde que aplicado de modo razoável pela autoridade administrativa que, impelido pelo dever de decidir eficazmente, há de encontrar uma solução plausível que ponha a salvo o efeito da respectiva decisão, mas sem vilipendiar direitos fundamentais dos envolvidos.

5 PELA INVIABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO

O mais reconhecido limite da atuação do Estado-Administração é o princípio da legalidade, isto é, em lógica oposta ao que ocorre entre particulares, o administrador público somente pode agir quando autorizada por lei, dentro dos limites que a lei estabelecer e seguindo o procedimento que a lei exigir (ALEXANDRE, 2015, p. 176). Na ausência de base normativa,

é vedada a atuação criativa da administração. Isso impõe concluir que medidas cautelares não previstas na legislação são ilícitas e proibidas.

Embora presente pressuposto fático que, segundo o juízo da autoridade administrativa, reclame a adoção de uma cautelar inominada, o motivo do ato administrativo estaria prejudicado por ausência de pressuposto jurídico. Bem assim, o objeto do ato seria ilegal, uma vez que a medida que se pretende efetivar no mundo dos fatos extrapola os limites da discricionariedade, a qual se restringe ao leque de opções previstas na legislação. A depender do caso concreto, portanto, a iniciativa do administrador que aplica medida cautelar a descoberto da lei poderia caracterizar abuso de poder.

Nesta vereda, adotar medida cautelar inominada representaria violação ao devido processo legal, na medida em que os atos administrativos devem-se pautar pela tipicidade, atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados (PIETRO, 2018, p. 282), o que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados, sobretudo quando estes têm o potencial de restringir direitos fundamentais ou de afetar o patrimônio de terceiros.

Indo mais além, caso se trate de uma medida cautelar que importe privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, a atuação do administrador poderia subsumir-se ao tipo penal previsto no art. 9º da Lei nº 13.869/19 – Lei de Abuso de Autoridade.

6 PELA VIABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO

Ao tratar das infrações e sanções administrativas, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 859) assim conceitua o que chamou de “providências administrativas acutelatórias”:

[...] são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de paralisar, comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que se desencadeiem.

O referido mestre leciona que quase sempre as providências administrativas acutelatórias precedem sanções administrativas, mas com elas não se confundem, e exemplifica:

A provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções depois de oferecida oportunidade de defesa para os presumidos infratores.

Mello destaca que, em certos casos, a compostura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular (2012, p. 876).

A adoção de medidas cautelares, portanto, vai ao encontro das prerrogativas e sujeições da Administração Pública, defluentes, respectivamente, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade desse interesse, tudo alinhado com o dever de bem administrar a coisa pública, e em consonância com os princípios da autotutela, da eficiência, da razoabilidade e da presunção de veracidade¹, os quais também lhe servem de fundamento.

¹Em decorrência da presunção [relativa] de veracidade, costuma-se apontar a inversão do ônus da prova em desfavor do particular, a possibilidade de execução imediata da decisão e a ausência de efeito suspensivo de eventuais recursos administrativos.

É preciso pontuar que, quando a Administração exerce atipicamente a função decidir, ou seja, quando não está meramente executando as competências próprias da função administrativa, deve ela dispor de meios que assegurem a utilidade e a eficácia da futura decisão, à semelhança do que apregoa a teoria dos poderes implícitos.

Ao julgar questão atinente ao art. 61, parágrafo único, da lei nº 9.784/99, a Primeira Turma² do STF decidiu que “o poder geral de cautela alcança as decisões administrativas”. A Segunda Turma³ da Suprema Corte, por sua vez, ao julgar questão que envolvia questionamento de ato praticado com base no art. 45 da Lei nº 9.784/99, não só chancelou a validade do ato como fez consignar no inteiro teor do julgado que “a regra seria despicienda, por ser implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia da eventual decisão futura”.

Sob outro ângulo, impedir que a autoridade competente se valha dos meios necessários – ainda que implícitos – para assegurar a efetividade da futura decisão, também é descumprir a norma que dá ânimo à letra da lei. Não se concebe um modelo

² RMS nº 25.104, Relator: Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 31-03-2006.

³ RMS 31973, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, Processo Eletrônico DJe-117. Publicado em 18-06-2014.

de administração gerencial e eficiente que não focalize o esforço no legítimo resultado esperado pelo legislador.

Não se pode perder de vista que a legalidade é um princípio que, assim como os demais princípios constitucionais, não é absoluto. A depender do caso concreto, o hiato normativo que impede o administrador de exercer eficazmente a sua competência pode ser objeto de ponderação, de modo a colmatar o paradigma normativo – muitas vezes desatualizado ou inadequado – com as necessidades fáticas urgentes imbricadas com o dever de decidir.

A adoção de medidas cautelares, no entanto, é cabível apenas quando presente o binômio: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Além disso, a juridicidade de qualquer ato administrativo – sobretudo os restritivos de direitos, incluindo medida cautelar previstas na legislação – reclama uma análise fundamentada de adequação, necessidade e proporcionalidade. A adoção de medida cautelar baseada primordialmente no poder geral de cautela, por mitigar em certa medida a legalidade estrita que baliza os atos da Administração, deve superar um ônus ainda mais elevado de motivação, de modo que os fundamentos adotados revelem *primo ictu oculi* a razoabilidade da medida.

Como já dito alhures, quem tem o dever de decidir, tem implícito o poder de pôr a salvo a eficácia do processo decisório, de modo que, deixar de tomar uma providência acautelatória urgente, em função da ausência de norma expressa, pode configurar uma proteção deficiente do interesse público subjacente, o que macula a juridicidade da atuação sob o viés positivo do princípio da proporcionalidade.

7 VIABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Uma vez admitida a viabilidade do poder geral de cautela na seara da administração pública civil⁴, deve-se admiti-la no seio da administração pública militar, eis que, onde há as mesmas razões, deve haver o mesmo direito (*ubi eadem est ratio ibi ide jus*).

A atuação administrativa das instituições militares é manifestação do direito administrativo militar, sub-ramo do direito público administrativo (DUARTE, 1998, p. 4); e, neste sentido, é também balizada pelas disposições constitucionais

⁴ Mesmo entendendo que, em verdade, a Administração é *una*, englobando a civil e a militar, referimo-nos às autoridades civis que atuam em nome dos órgãos e das entidades que não sejam instituições militares das Forças Armadas.

atinentes à administração (CF/88, Título III, Capítulo VII), às quais se agregam especificidades que só reforçam a necessidade do exercício do poder de cautela.

Sob um enfoque administrativo, cada Organização Militar é um órgão público complexo, que se manifesta por meio de uma categoria especial de servidores da Pátria (art. 3º da Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares), sujeitos a um regime de vinculação especial (art. 142, §§ 2º e 3º, da CF, e Lei nº 6.880/80), os quais, animados por regras e princípios específicos (CF, Título V, Capítulo II), prestam serviço público típico e contínuo relacionado à destinação constitucional primária (art. 142 da CF) ou às atribuições legais secundárias das Forças Armadas (arts. 16 a 18 da LC nº 97/99), gerindo bens públicos e empregando os materiais bélicos de que são dotados.

A hierarquia e a disciplina são os pilares das forças militares, constituindo, sob o ponto de vista institucional, a base de toda a estrutura administrativa e operacional e, sob o prisma dos militares, um dever a ser mantido em todas as circunstâncias da vida (art. 14, § 3º, da Lei nº 6.880/80).

Nas palavras de Jorge César de Assis (2007, p. 67), “o sistema jurídico militar vigente no Brasil pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes,

Chefes e Diretores Militares (conferido pela Lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhe são subordinados”.

O presentante genuíno da Administração militar é o Comandante, militar que é responsável pela administração, emprego, instrução e disciplina de uma Organização Militar. O exercício desse nobre mister reclama, naturalmente, um diferenciado complexo de atribuições, deveres e encargos.

Sobre a existência de medidas administrativas acauteladoras relacionadas à atuação administrativa do Comandante, cite-se o imediato afastamento ou o impedimento do militar que, por sua atuação, se tornar incompatível com o cargo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares (art. 44 da Lei nº 6.880/80); bem assim, a revogação a qualquer tempo da autorização para porte de arma pela praça que não mantenha conduta ilibada (Portaria D-Log nº. 01/2006).

Para além das hipóteses expressas na legislação, o Comandante pode e deve valer-se dos poderes normativo, hierárquico e de polícia, com a adoção das medidas cautelares pertinentes para garantir que a Unidade esteja sempre em condições de ser empregada, bem como para compelir os

subordinados ao cumprimento do dever e à satisfação de seus compromissos morais, pecuniários e de assistência à família⁵.

Exemplificativamente, o Comandante pode alterar as normas gerais de ação do quartelamento com base no poder normativo. Com base no poder de polícia, pode limitar de modo geral as atividades desenvolvidas na OM, o exercício de certos direitos pelos subordinados e o uso dos bens públicos ou privados em área sob administração militar. O poder hierárquico agasalha uma larga gama de atos que constituem reserva de discricionariedade⁶ do Comandante, os quais envolvem boa parte dos quatro eixos de atuação administrativa militar: pessoal, informações, operações e logística/patrimônio. O poder disciplinar exercido pela autoridade militar, por sua vez, é potencializado pelo dever ímpar de obediência do subordinado⁷

⁵ Neste sentido dispõe o art. 23, inciso II, do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais R-1 – RISG: esforçar-se para que os seus subordinados façam do cumprimento do dever militar um verdadeiro culto e exigir que pautem sua conduta civil pelas normas da mais severa moral, orientando-os e compelindo-os a satisfazerem seus compromissos morais e pecuniários, inclusive de assistência à família, e punindo-os disciplinarmente quando se mostrarem recalcitrantes na satisfação de tais compromissos;

⁶ Essa margem de liberdade decorre do caráter geral e abstrato da lei, que, dificilmente, regulará, de forma minuciosa, a atuação administrativa (ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2010, p. 65).

⁷ CPM. Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sôbre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever impôsto em lei, regulamento ou instrução:

e pela limitação do seu direito de se expressar contra atos superiores⁸.

Outra medida cautelar bastante razoável que o Comandante pode adotar, a exemplo do que preceitua o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 9.784/99⁹, é deixar de aplicar imediatamente a sanção disciplinar, especialmente aquela incidente sobre o *status libertatis* do subordinado, quando tomar conhecimento de fato capaz de fulminar a presunção de veracidade da nota de punição, uma vez que o eventual cumprimento de penalidade restritiva de liberdade que venha a ser reconsiderada ou anulada constitui injustiça que jamais será integralmente reparada.

A especificidade do vínculo jurídico administrativo incidente sobre os militares é bastante visível no texto constitucional, o qual excetua as transgressões e os crimes

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

⁸ CPM. Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

⁹ Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

propriamente militares, nos casos definidos em lei¹⁰, da necessidade de ordem escrita para a prisão de alguém, (art. 5º, inciso LXI), ao mesmo tempo em que não admite *habeas corpus* em relação a punições disciplinares (art. 142, § 2º). O art. 142, § 3º, inciso X, delega à lei dispor sobre direitos, deveres e outras situações especiais dos militares, ressaltando as peculiaridades de suas atividades.

O Estatuto dos Militares, por sua vez, delega aos regulamentos disciplinares a especificação das transgressões e a edição de normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares (art. 47), além de ratificar o dever de obediência, expor os valores e preceitos ético-militares, com destaque para a dedicação e fidelidade à Pátria, até mesmo com o sacrifício da própria vida (art. 27, inciso I; e art. 31, inciso I).

O direito disciplinar militar das Forças Armadas, por meio de seus regulamentos, é o mais incisivo do gênero, sendo que, após a vigência da Lei nº 13.967/19, é o único que contempla sanções administrativas privativas de liberdade; e, conseqüentemente, é o único que admite medida cautelar dessa natureza, o que se justifica pelas peculiaridades da atividade

¹⁰ Ante a inexistência de decisão em sentido contrário, os regulamentos disciplinares que sofreram alteração por decreto após a CF/88 serão considerados, quanto a este ponto, constitucionais para fins deste trabalho acadêmico.

militar, sendo tais características referendadas pela jurisprudência:

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MILITAR. FORÇAS ARMADAS. EXCESSO NÃO DEMONSTRADO. 1. É fato incontroverso que o autor não estava vestido adequadamente, pois estava usando abrigo em vez do uniforme correto, além de não ter prestado continência. Na vida civil, pode parecer mero detalhe, mas no âmbito militar, o cumprimento correto e a apresentação adequada são elementos essenciais da disciplina. A atitude enérgica da autoridade militar não configurou excesso, haja vista os princípios que regem as Forças Armadas e o necessário rigor com que, muitas vezes, o comandante militar necessita utilizar a fim de assegurar sua autoridade por parte dos subordinados. Não há vício de ilegalidade na prisão disciplinar do autor. [...] (TRF4, AC nº 5000059-23.2016.4.04.7103, Quarta Turma, Relator para Acórdão: Cândido Alfredo Silva Leal Junior, julgado em 12/06/2019)

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR MILITAR - FORMULÁRIO DE APURAÇÃO DE TRANSGRESSÃO MILITAR (FATD) - IRREGULARIDADE. NÃO VERIFICADA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - OBSERVÂNCIA - PRISÃO CAUTELAR - DETENÇÃO - BIS IN IDEM - INOCORRÊNCIA - DANO MORAL - NÃO CONFIGURADO. [...] 2 – A prisão disciplinar no âmbito militar, para fins de preservação da disciplina e do decoro da Instituição, nas

hipóteses em que se exija a pronta intervenção, na forma do artigo 12, §§ 3º e 4º, e do artigo 35, §3º, ambos do Decreto 4.346/02, possui natureza cautelar, não eximindo o transgressor da possibilidade de que, findo o procedimento administrativo de apuração, seja-lhe imputada punição mais gravosa e harmônica com a falta, sem que daí se possa inferir qualquer violação ao princípio da vedação ao *bis in idem*. Precedente. [...] (TRF3, Ap n° 1848988-0007263-02.2011.4.03.6104, Décima Primeira Turma, Rel. Juíza Convocada Noemi Martins, julgado em 24/10/2017)

O princípio da prevalência total do interesse público sobre o particular¹¹, bem como a busca obstinada da eficiência administrativa e operacional da Força, também podem justificar a adoção eventual de medida cautelar inominada pelo Comandante.

A necessidade de manter a eficiência da administração militar, aliás, exige daquele que exerce a função de comando uma postura proativa e enérgica, sob pena de ser responsabilizado pessoalmente de diversas formas, por exemplo, na via administrativa disciplinar, com base nos regulamentos disciplinares e de administração de cada Força. Neste sentido, o

¹¹ Ao tratar dos princípios básicos de responsabilização, o art. 107 do Decreto nº 98.820/90 – Regulamento de Administração do Exército (RAE)-(R-3), dispõe A responsabilidade dos agentes da administração decorre do princípio da prevalência total do interesse público ou coletivo sobre o particular.

art. 125, item “3”, do Regulamento de Administração do Exército (RAE)-(R-3), dispõe que o servidor, militar ou civil, no desempenho de qualquer função administrativa, será responsabilizado pela ineficiência de sua administração em qualquer cargo ou encargo. Na via cível pode haver obrigação de ressarcir danos ao erário, tanto com base na lei civil como na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Na via ética podem ser invocados o Decreto nº 71.500/72 ou a Lei nº 5.836/72 ante a incapacidade demonstrada no exercício de funções militares.

Especificamente em relação ao Comandante, a depender da intensidade da ineficiência da força sob seu comando, poderá também haver responsabilização na via criminal (art. 198 do CPM¹²). Bem assim, a ausência de controle apropriado sobre os subordinados acarreta a responsabilidade pessoal do Comandante nos casos de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional (art. 28 do Decreto nº 4.388/02).

Quanto ao *fumus boni iuris e periculum in mora*, a aferição da necessidade inadiável de uma medida cautelar na seara administrativa militar há de encontrar fundamento nos

¹² CPM, art. 198: Deixar o comandante de manter a força sob seu comando em estado de eficiência:

Pena - suspensão do exercício do pôsto, de três meses a um ano.

preceitos consagrados na Constituição Federal e no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), como instrumento de manutenção da hierarquia, da disciplina, dos valores e da ética militar.

Acredita-se, portanto, que o Comandante – administrador militar por excelência –, tal qual o administrador civil, contanto que uma robusta motivação demonstre a razoabilidade da decisão, e desde que sejam respeitados os direitos fundamentais do transgressor, pode-se valer de medidas imediatas não contempladas ou não imaginadas pelo legislador. Para prevenir danos sérios à ordem administrativa militar e ao respectivo interesse público específico que orbita na atividade castrense, poderá paralisar comportamentos danosos às instituições militares ou incompatíveis com a hierarquia e a disciplina ou, ainda, para evitar um dano em escala no seio das organizações militares.

8 CONCLUSÃO

Apesar da ausência de sistematização da matéria, o estudo conjunto dos regulamentos disciplinares da Marinha (Decreto nº 88.545/83), da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/75) e do Exército (Decreto nº 4.346/02) revela a existência de quatro

eixos de medidas cautelares disciplinares expressas, os quais foram categorizados neste artigo como prisão flagrancial disciplinar, prisão preventiva, privação da liberdade para convalescença e afastamento cautelar do militar inconformado com atos superiores.

Fora dos casos expressos na legislação, é controversa a possibilidade de atuação de autoridades administrativas com base no poder geral de cautela, que é consagrado no direito processual civil em relação à atuação do Estado-juiz, mas não é muito difundido no âmbito do direito administrativo, o que torna a sua aplicação, no âmbito da Administração pública, sempre passível de crítica.

Eventual necessidade de adotar uma medida urgente não arrolada expressamente na legislação, mas que seja necessária para salvaguardar a ordem administrativa, impõe uma espécie de paradoxo sobre aquele que tem o dever de decidir: abster-se, em obediência à legalidade estrita, evitando possíveis questionamentos do ato, ou agir, evocando o poder geral de cautela, em busca da satisfação do interesse público com base na finalidade da norma.

Buscando fundamentos jurídicos e também questões práticas que permitam fomentar o debate sobre o poder geral de

cautela no âmbito administrativo, foram agrupados os argumentos prós e contra desse modo de atuar.

Pela inviabilidade do poder geral de cautela destaca-se o princípio da legalidade, a partir do qual é vedada a atuação administrativa na ausência de norma expressa, resultando na invalidade do ato administrativo, tanto pela falta de pressuposto jurídico, quanto pelo excesso de poder no exercício das competências administrativas. Com efeito, eventual restrição de direitos com base unicamente em um suposto poder geral de cautela violaria o direito ao devido processo legal administrativo. Por fim, em se tratando de privação cautelar da liberdade por determinação da autoridade administrativa fora das hipóteses expressas na legislação, a atuação poderia caracterizar crime de abuso de autoridade.

De outro lado, pela viabilidade do poder geral de cautela administrativo, parte da doutrina sustenta a sua compatibilidade com os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, da autotutela, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Considerando que a administração pública também exerce, de modo atípico, a função decisória, tem o poder-dever de pôr a salvo a eficácia do processo decisório, com base em raciocínio

análogo ao da teoria dos poderes implícitos. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a adoção de determinada providência acautelatória pode representar a única forma de evitar a proteção deficiente do interesse público ameaçado.

Os mesmos fundamentos subsistem no âmbito da administração militar, cujas particularidades só reforçam a viabilidade do poder geral de cautela, desde que as medidas sejam estritamente necessárias à manutenção de outros valores de envergadura igualmente constitucional, como hierarquia e disciplina, princípios indispensáveis para que as Forças Armadas estejam sempre aptas a cumprir sua missão constitucional.

Compreendendo o direito administrativo militar como ramo específico do direito administrativo e, sem olvidar da matriz administrativista já consolidada que se debruça sobre o tema, é imprescindível pensar os temas de direito militar à luz das especificidades castrenses.

Neste sentido, as prerrogativas e sujeições incidentes sobre os militares devem ser sopesadas de acordo com vínculo jurídico constitucionalmente diferenciado a que eles se submetem. Por sua vez, os atos do Comandante relacionados à hierarquia e disciplina da tropa e à gestão dos bens e materiais

bélicos não podem ser equiparados a meras formalidades burocráticas, vez que norteados e respaldados por estatuto deontológico especial, em cujo âmago se encontram muitos dos parâmetros da discricionariedade de seus atos. A eficiência que norteia a atividade militar também é qualificada e deve ser buscada e mantida com um empenho acima do mediano, principalmente pelo Comandante, que pode responder inclusive criminalmente por deixar de manter a Força sob seu comando em estado de eficiência.

As medidas que são previstas expressamente nos regulamentos, a exemplo dos quatro eixos supramencionados, podem ser aplicadas sem maiores receios com base no princípio da legalidade, podendo eventualmente sua intensidade ser reduzida pela autoridade competente com base na proporcionalidade e razoabilidade, como, por exemplo, determinar a convalescença de transgressor na enfermaria em vez de local destinado à prisão (RDM e RDAer), ou substituir a prisão preventiva por impedimento disciplinar preventivo.

Em relação a medidas não previstas na legislação, é necessário diferenciar as que incidem sobre direitos fundamentais das que estão abrangidas pela reserva de discricionariedade do Comandante. Assim, não poderia a

autoridade administrativa implementar medida cautelar não regulamentada que atente diretamente contra os bens e a liberdade do transgressor, mas poderia adotar todas as outras que, sem violar os direitos fundamentais, estejam abrangidas pelo plexo de atribuições inerentes a quem tem o dever de decidir.

Por todo o exposto, sendo ou não reconhecida a existência do “poder geral de cautela administrativo”, é preciso reconhecer que o dever de decidir imposto à autoridade administrativa – em especial ao Comandante militar – traz consigo também o poder-dever de adotar as medidas cautelares necessárias para pôr a salvo o processo decisório, o que deve ser feito em consonância com os princípios do direito administrativo, civil e militar, e com respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2010.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito administrativo esquematizado*. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2007.

DUARTE, Antônio Pereira. *Direito Administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.