

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO
ESCOLA DE GOVERNO PROFESSOR PAULO NEVES DE CARVALHO

Cap BM Rosieli Ribeiro da Silva

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES PUNITIVAS DO CORPO DE
BOMBEIROS MILITAR DE MINAS GERAIS:
LIMITES E CONTROLE**

BELO HORIZONTE
2018

Cap BM Rosieli Ribeiro da Silva

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES PUNITIVAS DO CORPO DE
BOMBEIROS MILITAR DE MINAS GERAIS:
LIMITES E CONTROLE**

Monografia apresentada à Academia de Bombeiros Militar de Minas Gerais e à Fundação João Pinheiro, como requisito para aprovação no Curso de Especialização em Gestão e Proteção e Defesa Civil.

Orientador: Ten Cel QORBM Sérgio Murilo Jardim

Belo Horizonte

2018

Cap BM Rosieli Ribeiro da Silva

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES PUNITIVAS DO CORPO
DE BOMBEIROS MILITAR DE MINAS GERAIS:
LIMITES E CONTROLE**

Monografia apresentada à Academia de Bombeiros Militar de Minas Gerais e à Fundação João Pinheiro em cumprimento às exigências para aprovação no Curso de Especialização em Gestão e Proteção e Defesa Civil.

Avaliado em: 06/11/2018

Nota Final: () _____

Sérgio Murilo Jardim, Ten Cel QORBM – Orientador

Matuzail Martins da Cruz, Cel QORBM - Avaliador

Helena Teixeira Magalhães Soares - Avaliadora

Belo Horizonte

2018

Agradecimentos

Agradeço a Deus, meu Senhor, que me fortalece e me inspira na constante busca pelo aperfeiçoamento pessoal e profissional.

Aos meus pais Elias e Rosa por serem minha referência de justiça e moralidade.

Ao meu marido Leandro por estar ao meu lado e me apoiar durante a confecção deste trabalho.

A minha filha Larissa, meu raio de sol, pela paciência de esperar a mamãe terminar o interminável “dever de casa” (a monografia).

Agradeço meu orientador, Ten Cel Sérgio Murilo Jardim, que com seu vasto conhecimento técnico da área e experiência ofereceu todo o suporte necessário à apresentação de um trabalho de qualidade.

Aos meus colegas de turma pelo companheirismo em todo o tempo.

“A injustiça que se faz a um é uma ameaça a todos.”

Montesquieu

RESUMO

Nesta pesquisa buscou-se identificar e analisar os principais aspectos discricionários das decisões punitivas disciplinares do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. Isso, por meio da compreensão dos limites à discricionariedade e dos mecanismos de controle desses atos quando se desviam da Lei. Assim, foi procedida uma análise documental, sobretudo em torno da legislação disciplinar militar estadual, documentos públicos relacionados e jurisprudência relativa. A pesquisa identificou os aspectos discricionários e os analisou com amparo no embasamento teórico de consagrados juristas. Entre as conclusões, destacam-se como limitadores da discricionariedade os princípios e a própria lei que institui a norma. Eles sempre abalzarão a decisão conforme o ordenamento jurídico. Como mecanismos de controle estão os recursos administrativos e o controle judicial. Aponta-se, porém, a necessidade da definição da legislação sobre a *reformatio in pejus* e o estabelecimento de contornos mais precisos sobre a aplicação do art. 10, Lei 14.310. Essas medidas diminuirão decisões destoantes dentro da mesma administração em casos semelhantes. Cuidado esse que concorre para a sensação de justiça do administrado, segurança jurídica para a sociedade e correção de atitudes em uma atuação administrativa conforme o espírito de Lei 14.310/2002.

Palavras-chave: Discricionariedade. Controle administrativo. Controle judicial dos atos administrativos. Recurso administrativo. Justiça e disciplina.

Abstract

This research aimed to identify and analyze the main discretionary aspects of punitive disciplinary decisions of the Military Fire Brigade of Minas Gerais. This, through the understanding of the limits to the discretion and the mechanisms of control of these acts when they deviate from the Law. Thus, a documentary analysis was done, mainly around the state military disciplinary legislation, related public documents and jurisprudence related. The research identified the discretionary aspects and analyzed them with support in the theoretical foundation of consecrated jurists. Among the conclusions, the following principles stand out as limiters of the discretionary principles and the law that establishes the norm. They will always vote the decision according to the legal system. As control mechanisms include administrative resources and judicial control. Its pointed, however, the necessity of the legislation definition under the *reformatio in pejus* and to establishment of more precise contours on the application of art. 10, Law 14.310. These measures will reduce disaggregated decisions within the same administration in similar cases. This care contributes to the administered sense of justice, legal security for society and correction of attitudes in an administrative action according to the real sense of the Law 14.310 / 2002.

Keywords: Discretionary. Administrative control. Judicial control of administrative acts. Administrative appeal. Justice and discipline.

Sumário

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 METODOLOGIA..... | 11 |
| 3 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 14 |
| 3.1 Poder- dever vinculado | 14 |
| 3.2 Poder-dever discricionário | 15 |
| 3.3 Poder- dever de polícia..... | 17 |
| 3.4 Poder- dever regulamentar..... | 20 |
| 3.5 Poder- dever hierárquico | 22 |
| 3.6 Poder- dever disciplinar | 25 |
| 4 ATOS ADMINISTRATIVOS..... | 28 |
| 4.1 Síntese conceitual | 28 |
| 4.2 Requisitos de validade..... | 32 |
| 4.2.1 Competência | 33 |
| 4.2.2 Forma..... | 36 |
| 4.2.3 Finalidade..... | 37 |
| 4.2.4 Motivo..... | 38 |
| 4.2.5 Objeto..... | 39 |
| 4.3 A invalidade do ato administrativo | 40 |
| 4.3.1 Existência, validade e eficácia dos atos administrativos | 42 |
| 4.3.2 Formas de extinção do ato administrativo e seus efeitos..... | 43 |
| 4.3.3 Atos administrativos inexistentes, nulos, anuláveis e irregulares..... | 45 |
| 5 DISCRICIONARIEDADE: ANÁLISE DO DELINEAMENTO JURÍDICO | 48 |
| 5.1 Origem e evolução histórica | 49 |
| 5.2 Marcos limitativos da discricionariedade..... | 51 |
| 5.2.1 Discricionariedade e os requisitos de validade do ato administrativo..... | 52 |
| 5.2.2 Discricionariedade e princípios | 53 |

| | | |
|---------|---|----|
| 5.2.2.1 | Legalidade | 55 |
| 5.2.2.2 | Razoabilidade e proporcionalidade..... | 57 |
| 5.2.2.3 | Moralidade | 58 |
| 5.2.2.4 | Eficiência | 59 |
| 5.2.2.5 | Impessoalidade..... | 62 |
| 5.2.2.6 | Publicidade | 63 |
| 5.2.2.7 | Supremacia do interesse público..... | 65 |
| 5.2.2.8 | Indisponibilidade do interesse público | 67 |
| 5.2.3 | Discricionari edade e direitos fundamentais | 68 |
| 6 | DISCRICIONARIEDADE NO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DOS MILITARES ESTADUAIS..... | 70 |
| 6.1 | Discricionari edade e conceitos jurídicos indeterminados..... | 70 |
| 6.2 | Aspectos discricionários das decisões administrativas punitivas do CBMMG. | 72 |
| 6.2.1 | Conceitos indeterminados nos tipos transgressoriais da Lei 14.310/2002 | 73 |
| 5.2.1.1 | Dignidade humana..... | 74 |
| 6.2.1.2 | Decoro pessoal, grave escândalo, honra pessoal e decoro da classe | 75 |
| 6.2.1.3 | Depreciação..... | 77 |
| 6.2.1.4 | Desídia | 78 |
| 6.2.1.5 | Boa educação e correção de atitudes | 79 |
| 6.2.2 | Enquadramento disciplinar | 80 |
| 5.2.2.1 | Serviços relevantes | 80 |
| 6.2.2.2 | Relevante valor social ou moral..... | 81 |
| 6.2.3 | Aplicação do art. 10, Lei 14.310/2002..... | 81 |
| 7 | CONTROLE DAS DECISÕES PUNITIVAS DO CBMMG..... | 85 |
| 7.1 | Recursos como instrumento de controle..... | 85 |
| 7.2 | Reformatio in pejus | 91 |

| | |
|------------------------------|-----|
| 7.3 Controle judicial | 94 |
| 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 99 |
| REFERÊNCIAS | 102 |

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu princípios que devem ser observados no exercício das atividades sob o manto do Regime Jurídico Administrativo pátrio. A legislação infraconstitucional (Leis, Decretos e atos administrativos em geral) especificou parâmetros necessários à atuação das autoridades em alguns aspectos das decisões em processos administrativos punitivos nas instituições militares do Estado de MG. Principalmente nos aspectos discricionários desses atos administrativos (aqueles em que as autoridades tem margem de escolha legalmente estabelecida) é necessária clareza sobre as opções legais de que dispõe o administrador. E, mais do que isso, é imperioso à Administração Militar e aos administrados terem ciência de quais são os mecanismos legais de revisão das decisões que se desviam da Lei.

No Corpo de Bombeiros são vários os aspectos das decisões punitivas em que a Lei deixou a critério do administrador decidir. Porém, nem sempre estão claras as balizas que devem guiá-lo. Tampouco, quais são os meios de controle (interno e externo) dessas decisões. Há, ainda, o questionamento, ainda não pacificado na doutrina, sobre a possibilidade do Poder Judiciário rever questões relacionadas a mérito administrativo a fim de corrigir distorções.

Além disso, no caso específico do Corpo de Bombeiros, questiona-se se esses dispositivos inseridos na legislação oferecem proteção suficiente aos administrados quanto a correção dos eventuais erros. É importante investigar se são capazes de garantir decisões justas sem, contudo, ferir o instituto da separação dos poderes e impossibilitar ao gestor público o efetivo exercício das suas funções.

O objetivo desta pesquisa é, então, investigar quais são os limites inseridos na legislação disciplinar à discricionariedade nas decisões punitivas. E, caso sejam ultrapassadas essas barreiras legais, quais são os mecanismos de controle e revisão dos atos.

Então, oportuno, pertinente e atual é este debate.

2 METODOLOGIA

Ensinam Gustin e Dias (2006, p. 100) que “*A metodologia da pesquisa é construída a partir de elementos diversificados (mais ou menos subjetivos), como a escolha dos processos de pesquisa, dos raciocínios, da natureza dos dados, entre outros...*”. Elas classificam a pesquisa jurídica em dois grandes grupos: as pesquisas de campo e as pesquisas teóricas.

Nesse sentido, este trabalho está inserido no segundo grupo, o das pesquisas teóricas. Propõe-se o estudo a uma vertente jurídico-teórica por basear-se no conceito, interpretação e aplicação de normas jurídicas. Como a finalidade deste trabalho é compreender conceitos jurídicos, a partir da decomposição do problema apresentado e da análise por meio da coordenação de conteúdos de dois ramos do direito (Direito Administrativo e Direito Constitucional), para melhor aplicá-los no cotidiano dos processos administrativos disciplinares.

O processo de estudo que guiará a pesquisa é o jurídico-compreensivo, conforme a classificação proposta pelas por Gustin e Dias (2006).

O processo de pesquisa eleito é a análise documental, visto que a pesquisa será traçada em torno da legislação disciplinar militar estadual, documentos públicos relacionados e jurisprudência afeta. Evidentemente, esses dados coletados passarão pelo crivo do marco teórico e serão analisados à luz da doutrina majoritária.

A escolha desta vertente metodológica se fez no sentido de acreditar que a contribuição seria mais efetiva e original por se debruçarem os estudos prioritariamente sobre fontes de dados primárias.

Gil (2002, p. 46) ressalta, como vantagem desse raciocínio de pesquisa que: “*...os documentos constituem fonte rica e estável de dados. Como os documentos subsistem ao longo do tempo, tornam-se a mais importante fonte de dados em qualquer pesquisa de natureza histórica*”.

Quanto à natureza dos dados utilizados são primárias as Leis, Resoluções, Instruções Técnicas e demais normas relacionadas, assim como a jurisprudência do Tribunal da Justiça Militar de Minas Gerais. São secundários os dados extraídos da doutrina referentes ao Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Penal e sua interpretação, além dos códigos comentados, segundo a classificação proposta por Gustin e Dias (2006).

A jurisprudência foi selecionada exclusivamente no site do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, tendo em vista a especificidade da legislação em apreciação que não se aplica a nenhum outro Estado da Federação.

A matéria escolhida foi a cível e os julgados, acórdãos. A opção por decisões colegiadas foi devido ao fato de que as decisões singulares em alguns casos ainda poderiam sofrer revisão. Acórdãos, além de representarem decisões juridicamente mais trabalhadas e discutidas comportam menor possibilidade de recurso.

Foram utilizadas como referência as datas 19/06/2002 a 19/06/2018. A eleição do termo inicial foi a data de publicação da Lei 14.310/2002 que dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina, norma em estudo. As palavras chave da pesquisa foram “discricionário” e “anulação de punição”, tendo encontrado 55 registros. Desses, foram selecionados os julgados de apelação em ação anulatória de ato administrativo cujo recurso foi provido, ainda que parcialmente. Restaram onze acórdãos, que foram analisados nesta pesquisa.

Não foram utilizadas bases de dados internacionais, visto que a legislação é específica do Estado de Minas Gerais e aplica-se somente à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militar deste Estado.

Foi utilizada a base de dados da Revista Científica Vigiles pelo fato da revista produzir artigos com matérias relacionadas à Instituição. Porém, por ser publicação recente ela tem como limitação poucas matérias específicas do tema disciplinar.

Como técnica de análise, foi procedida, nos termos em que orienta Marconi e Lakatos (2003,p. 48), uma crítica interna dos artigos 13, 14 e 15 da Lei 14.310/2002, em busca dos conceitos jurídicos que apresentam carga de discricionariedade para apreciação do sentido e valor do conteúdo de cada um deles.

Assim, em primeiro lugar foi analisado o texto legal a luz da hermenêutica jurídica. Foi, ainda, feita uma decomposição do objeto para melhor compreensão dele em toda a sua amplitude proposta.

Salienta, entretanto, Gil (2002,p. 47) que:

convém lembrar que algumas pesquisas elaboradas com base em documentos são importantes não porque respondem definitivamente a um

problema, mas porque proporcionam melhor visão desse problema ou, então, hipóteses que conduzem a sua verificação por outros meios.

É válido, assim, esclarecer que esta pesquisa não possibilita de forma alguma encerrar o assunto, visto a complexidade do tema. Busca apenas acrescentar uma visão crítica sobre a discricionariedade no âmbito disciplinar no Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais.

3 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A palavra “poder” encerra uma pluralidade de significados, conforme leciona Justen Filho (2016). Subjetivamente, que é o sentido segundo o qual a doutrina norteia o estudo dos poderes administrativos, é uma situação jurídica que reveste o titular do direito de exercer ações ou omissões. Por meio dele pode, inclusive, criar deveres ou limitar a autonomia privada. É um direito especial, diferenciado, uma prerrogativa na ordem jurídica. E não sem uma razão a lei confere poderes à Administração Pública. Essa distinção é a condição necessária para a consecução dos fins do Estado. E, em contraponto a esses benefícios, o ordenamento jurídico impõe, também, deveres.

Alexandrino e Vicente (2010) ensinam que eles são instrumentais, visto que servem para permitir à Administração cumprir seus fins. Diferentemente dos poderes políticos que compõem a estrutura do Estado e são estabelecidos pela própria Constituição.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior, *apud* Marinela (2016, p.266):

...são instrumentos de trabalho com os quais os órgãos e entidades administrativas desenvolvem as suas tarefas e cumprem os seus deveres funcionais. Por isso mesmo, são chamados **poderes instrumentais**, consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são conferidos.

Assim, o exercício da função administrativa é feito por meio de um conjunto de poderes que o legitimam e impõe obrigações a terceiros. Não se trata, então, apenas de um direito ao titular da competência. É, antes disso, um dever dele perante a sociedade. Por esta razão, a doutrina tem destacado essa obrigação criada pelo exercício da função administrativa com a utilização do termo *poder-dever*.

São seis os poderes-deveres administrativos conforme a classificação da doutrina tradicional: vinculado, discricionário, de polícia, regulamentar, hierárquico e disciplinar.

3.1 Poder- dever vinculado

Existem situações em que o legislador descreve completamente todos os aspectos da ação do administrador. Então, o papel do administrador será o de apenas verificar se ocorreu a hipótese descrita na norma e aplicar a ação prescrita. Não há liberdade de ação, nem opções de escolha com base em conveniência e oportunidade, mas, um dever de atuar de determinada maneira.

É válido ressaltar que, uma vez verificados os pressupostos de incidência da norma, o administrador deve agir. Não há, assim, uma faculdade, mas uma obrigação. Por isso, parte da doutrina defende que este não é propriamente um poder, mas um dever administrativo. O agente público deve limitar-se a reproduzir os efeitos que a lei impõe. Agindo dessa forma, ele está no exercício do poder vinculado.

3.2 Poder-dever discricionário

Parte da doutrina aponta este poder-dever como antagônico ao poder-dever vinculado. Entretanto, Alexandrino e Vicente (2010, p. 219) bem pontuam que “[...] o poder vinculado é fundamento também dos atos discricionários, quanto aos elementos vinculados destes, a saber, a competência e a finalidade [...]”. Pela inteligência desse entendimento é possível inferir que, na verdade, os atos administrativos não podem ser simplesmente classificados como discricionários ou vinculados. Porém, que há aspectos discricionários em alguns atos administrativos e elementos vinculados em todos eles.

Tanto a vinculação, quanto a discricionariedade somente ocorrem em decorrência da permissão legal. O poder-dever discricionário é aquele que confere ao administrador a possibilidade de realizar um juízo valorativo. Este é o chamado mérito administrativo e só pode ser emitido diante do caso concreto.

Sob outra perspectiva, Justen Filho (2016, p. 86) assim definiu:

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, ele entende que a discricionariedade não significa uma reserva de poder ao administrador público. Ao contrário disso, ela é um conjunto de regras e princípios, segundo os quais apenas diante do caso concreto é possível definir qual é a melhor opção, a mais justa, a mais conforme o Direito. Para esse jurista não existe um poder discricionário inerente à função administrativa, mas, situações em que intencionalmente o direito cria margens de autonomia e outras em que ele a restringe.

Assim também é o entendimento de Marinela (2016, p.326):

É reconhecido que no Estado de Direito inexistente um poder que seja absolutamente vinculado ou absolutamente discricionário, mas que na verdade em qualquer deles o que se verifica são atos administrativos com competências vinculadas ou discricionárias, portanto, não sendo essa uma classificação do Poder, mas sim do ato administrativo em seu exercício.

A corrente majoritária defende que há discricionariedade em duas situações: quando a lei concede ao administrador opções de escolha dentro de limites estabelecidos por ela e nas situações em que são empregados conceitos jurídicos indeterminados. Como se dará essa escolha é o cerne da discussão, visto que o exercício dos poderes administrativos deve ser voltado para beneficiar tão somente a coletividade. Sequer possui a opção de ficar silente o administrador, Deve decidir, pois, as prerrogativas públicas são irrenunciáveis e o reflexo do poder atinge a sociedade.

E sobre as possibilidades de escolha, Di Pietro (2013, p. 74) defende que a Administração tem na atuação discricionária a oportunidade de apreciar, diante do caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher entre duas ou mais opções, todas válidas para o direito.

Esta posição, entretanto, transita no subjetivismo, visto que o que pode ser válido ou conveniente para um administrador, talvez não seja para o outro. E a sociedade fica perdida na escolha do que é pessoalmente conveniente. Ao passo que a decisão do mérito administrativo deve ser legal, não pessoal. Logo, se a Administração Pública existe para realizar os fins da lei e servir a coletividade, a decisão discricionária somente pode ser a que melhor atenda essa finalidade.

Rosa (2013, p.144) salienta que a conveniência e oportunidade devem ser focadas no interesse da coletividade, não encontrar fundamento nas próprias razões da Administração, sob pena de faltar-lhe legitimidade.

Nem sempre é fácil definir a vontade da lei. Porém, quando essa estiver clara, não pode o administrador agir de outra maneira, conforme critérios subjetivos e simplesmente mascarar as ações pessoais como atos discricionários. Atos administrativos não são espaço para livre exercício da subjetividade. Eles existem para atender os fins da lei.

Por isso, ressalta Justen Filho (2016, p.87) que no caso concreto existe apenas uma única solução adequada e satisfatória e que a autoridade administrativa é obrigada a escolhê-la, mesmo estando investida de competência discricionária. A discricionariedade é um meio para que a administração tenha condições de chegar a melhor solução possível no caso concreto. Esta é a definição que de fato atende ao interesse público e não deixa margens à satisfação de vontades particulares dos administradores ou da vontade institucional sob o disfarce de discricionariedade.

Desse pressuposto, é possível extrair a lição de que somente existe discricionariedade onde a lei assim o determinar. Ela é o suporte da discricionariedade. A partir dela extraem-se as opções legalmente admitidas. E, entre as possibilidades, a que melhor se ajusta ao fim que o ato deve atingir para que cumpra sua função.

Então, a discricionariedade não pode ser entendida como fruto de um esquecimento do legislador, ou da impossibilidade de previsão de todas as situações fáticas. Ela se faz necessária para que a autoridade tenha a oportunidade de, em determinadas situações previamente estabelecidas e previstas na lei, decidir qual dessas ações melhor atende ao interesse público. A discricionariedade, nesta visão, não é uma simples inversão da vinculação. É incorreto afirmar que, porque não está previsto na lei, o ato é discricionário.

Na análise das opções tanto a lei, quanto os princípios e as demais fontes do Direito apontam ao administrador qual caminho deve seguir. Existe um dever ser que é objetivamente indicado por meio da leitura do texto da lei em consonância com o restante do ordenamento jurídico. Ele aponta um único caminho válido no caso concreto. Este é o verdadeiro poder da Administração Pública: o de servir à sociedade pela consecução dos fins colimados na lei.

3.3 Poder- dever de polícia

O poder de polícia é uma das formas que o Estado tem para limitar a autonomia privada. Justen Filho (2016, p. 436) assim define:

O poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

E, com a peculiar maneira de desagregar as conceituações propostas a fim de justificá-las, ele explica que a palavra competência foi escolhida em função de que este poder compreende competências legislativas e administrativas. Além disso, não tem cunho de prestação, como os serviços públicos, mas, visa à limitar a fruição de liberdades individuais para garantir o exercício de interesses públicos.

Alexandrino e Vicente (2013, p. 240) destacam que:

...o exercício do poder de polícia acarreta restrições à esfera jurídica individual do administrado, a seus direitos e interesses, ao passo que a prestação de serviços públicos tem efeito exatamente oposto, isto é, amplia a esfera jurídica individual do particular destinatário, porquanto se traduz no oferecimento, pelo poder público, de prestações positivas, de comodidades ou utilidades materiais diretamente fruíveis pelo usuário do serviço.

Desse modo, o poder de polícia conforma vontades individuais para que ocorra a satisfação de interesses alheios. Ressalta que essa interferência na esfera privada por meio do poder de polícia pode, além de forçar abstenções, implicar em dever de agir. Entretanto, quando o agir é direcionado a condicionar liberdades individuais, é necessário que a Administração tenha como foco a satisfação dos direitos fundamentais. Esse é o fator objetivo proposto pelo autor, visto que conceitos como bem comum, ordem pública e interesse público, em regra invocados para justificar o uso deste poder, tem relevos subjetivos que se não estiverem lastreados nos direitos fundamentais podem propiciar a utilização do aparato estatal em situações duvidosas. E, o exercício legítimo do poder de polícia deve se orientar para a realização dos direitos fundamentais do conjunto dos integrantes da coletividade. É esse o objetivo, de modo que a máxima liberdade de cada um produza a mínima redução da liberdade alheia possível.

Carvalho Filho (2014, p. 76) acrescenta que o poder de polícia pode ser compreendido em sentidos amplo e estrito. Este é, também, o entendimento da Profa. Maria Sylvania Di Pietro.

Na primeira concepção refere-se ao Poder do Estado, no exercício da função legislativa de delinear direitos. Apenas a lei tem esse poder de inovar no ordenamento jurídico, visto que Constituição da República assim definiu no art. 5º, II, CR/88 “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

O sentido estrito cuida da atividade exercida pela Administração ao condicionar a liberdade e a propriedade. A esta é atribuída o nome de poder de polícia administrativa, uma vez que é atividade típica da função administrativa.

A esse respeito, leciona Di Pietro (2013, p. 194):

O poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei as chamadas limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas. A Administração Pública, no exercício de parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante a imposição de medidas coercitivas).

Entretanto, como neste estudo é considerado o poder regulamentar como uma prerrogativa distinta, o conceito mais coerente a ser adotado é o restrito.

E, somente a título de esclarecimento, é válido pontuar que não se confunde, também, a polícia-função com a polícia-corporação. Aquela, conforme já se asseverou é uma função do Estado como aspecto material. A segunda é uma organização que compõe a estrutura do Estado, um órgão autônomo que integra o sistema de segurança pública.

Difere-se, ainda, a polícia administrativa da polícia judiciária. Ambas enquadram-se como facetas do exercício da função administrativa com o fim de satisfazer o interesse público. Porém, ao traçar a linha diferenciadora, Carvalho Filho (2014, p. 83) esclarece que aquela incide preponderantemente sobre a atividade dos indivíduos se exaure em si mesma. Como exemplo disso cita a fiscalização de atividades comerciais. No Corpo de Bombeiros, é válido destacar a fiscalização de estabelecimentos, e a interdição conforme o caso, com vistas a prevenção de incêndio e pânico. A polícia judiciária, por seu turno, está relacionada ao indivíduo em si e prepara para a atuação jurisdicional. O Corpo de Bombeiros também exerce essa atividade no tocante a apuração de crimes militares. Após as investigações, os elementos são enviados ao Ministério Público com vistas a subsidiar a propositura da ação penal.

Ressaltam, ainda, Alexandrino e Vicente (2010, p. 245) que uma boa parte da atuação da Administração no exercício do poder de polícia administrativa consiste em atos com aspectos discricionários. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são importantes limitadores desse poder, sob o prisma do devido processo legal.

Por fim, é importante destacar dois atributos dos quais gozam os alguns atos administrativos no regular exercício do poder de polícia: autoexecutoriedade e coercibilidade.

A autoexecutoriedade consiste, conforme ensina Meirelles (2016, p. 182), “... *na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independente de ordem judicial*”. Não são todos os atos decorrentes do poder de polícia que gozam deste atributo. A cobrança de multas quando resistida pelo particular não é auto executória, somente pode ser feita por meio de intervenção judicial. Assim, a autoexecutoriedade existe somente quando a lei expressamente prevê. E em situações de urgência para garantir a segurança da coletividade. Nesse entendimento, Di Pietro (2013, p.280):

No Direito Administrativo, a autoexecutoriedade não existe, também, em todos os atos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei [...];
2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece, também, no âmbito de polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça a ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança das pessoas e coisas.

A coercibilidade está muitas vezes associada a autoexecutoriedade embora dela seja distinta. Consiste na possibilidade de que, se necessário com emprego de força, as medidas impostas pela Administração sejam efetivamente cumpridas. Independe, também, de prévia autorização judicial. Obviamente que estará o particular sempre livre para buscar a apreciação judicial com a finalidade de reparação de danos quando ocorrerem excessos por parte dos administradores.

3.4 Poder- dever regulamentar

Conforme preconiza a doutrina tradicional, esta prerrogativa confere ao Chefe do Poder Executivo a possibilidade de editar atos administrativos normativos

que contém uma determinação geral e abstrata, os chamados decretos. Essa competência está atribuída ao Presidente da República no art. 84, CR/88 e, nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas aos Chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal.

Ocorre que, por meio da EC 32/2001 a CR/88 passou a existir a previsão da edição de Decretos autônomos, para regular matérias específicas que não estão previamente delimitadas por Lei.

Não se pode olvidar, porém, que a Administração, por intermédio dos seus diversos órgãos e entes, da Administração Direta e Indireta, edita atos administrativos diversos de caráter normativo com função regulatória. A este exercício a doutrina costuma denominar como poder normativo. E este seria um gênero, do qual o poder regulamentar uma espécie. Assim, esclarecem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2013, p. 230) que *“Deve ficar claro, apenas, que ao praticar atos com base no poder regulamentar (espécie), o Chefe do Poder Executivo não deixa de estar exercendo o poder normativo da administração pública (gênero).”*.

Parte da doutrina, conforme no item anterior brevemente explanado, considera este Poder apenas uma faceta do Poder de Polícia. Este é o posicionamento de Carvalho Filho, de Di Pietro e, também, de Marçal Justen Filho. Para este último o poder de polícia é desenvolvido por meio de providências jurídicas. Uma delas é a coerção fática propriamente dita. Outra a de emissão de decisões particulares. Essas duas primeiras consistem no poder de polícia em sentido estrito. A outra, porém, está relacionada à edição de normas gerais: poder normativo.

Ocorre, que independente da classificação adotada, o que é pertinente destacar para o presente estudo é que no exercício desta prerrogativa de regular situações gerais e abstratas, por meio de atos unilaterais, em regulamentação à lei a Administração expede atos que não apenas criam, mas, também, limitam o poder discricionário nas decisões disciplinares. E, por meio de atos administrativos unilaterais, traduzidos em decisões para casos particulares em matéria disciplinar, a Administração exerce o poder discricionário, ou o de polícia, conforme a doutrina a que se adere, mas, em todos os casos, exerce prerrogativas públicas, limitando as liberdades individuais em prol de interesses coletivos.

3.5 Poder- dever hierárquico

A Lei 14.310/2002, no §1º, art. 6º define a hierarquia como “... a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das IMEs”. E, nisso consiste o Poder hierárquico: na existência de níveis de subordinação dentro da mesma pessoa jurídica. Este poder é, ao lado da disciplina, pilar das Instituições Militares Estaduais, visto que fundada na hierarquia está toda a estrutura administrativa delas.

Marinela (2016, p.335) esclarece que “A organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: **distribuição de competências e hierarquia.**”.

A Lei 5301/69 que contém o Estatuto dos Militares Estaduais no art. 8º define hierarquia como “... a ordem e a subordinação dos diversos postos e graduações que constituem carreira militar.”. E estabelece duas categorias a partir das quais é escalonada a estrutura militar: o posto para oficiais e a graduação para as praças.

Carvalho Filho (2014, p. 69) não classifica a hierarquia e a disciplina como poderes administrativos, pois, segundo ele a elas faltam prerrogativas para serem dessa forma qualificadas. Entretanto, as descreve dentro do capítulo em que estuda os poderes e deveres administrativos e define hierarquia da seguinte maneira:

... é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa. E não poderia ser de outro modo. Tantas são as atividades a cargo da Administração Pública que não se poderia conceber sua normal realização sem a organização, em escalas, dos agentes e dos órgãos públicos. Em razão desse escalonamento firma-se uma relação jurídica entre os agentes que se denomina *relação hierárquica*.

Dessa relação surgem alguns efeitos, como o poder de comando dos agentes superiores sobre os que estão em posição hierarquicamente inferior, nas instituições militares, denominados subordinados. Outro efeito, também elencado por Carvalho Filho, é o de fiscalização das atividades exercidas pelos subordinados para verificação de sua conformidade em relação às normas e às diretrizes fixadas. Além de fiscalizar pode o superior revisar esses atos para o devido ajustamento. E, ainda, decorrem do poder hierárquico a possibilidade de delegação e de avocação

dos atos administrativos. Maiores detalhes serão tecidos na seção referente a competência.

Porém, importa destacar que o poder hierárquico tem um objetivo: a organização da função administrativa. Ele não é um fim em si mesmo, de modo que não é lógico invocar a hierarquia em sede de decisões administrativas como um bem a ser preservado. Ela não é um objeto, mas, um instrumento de coordenação. É evidente que é cara às instituições militares, justamente por ser uma excelente ferramenta, ao lado da disciplina, para manutenção da ordem. Entretanto, não se deve perder de vista seu caráter instrumental, despida, portanto, de conteúdo material.

A quebra da cadeia de comando, cuja infringência é passível de punição disciplinar no Corpo de Bombeiros Militar, deve ser compreendida, assim, como um descumprimento de norma que pode gerar embaraços ao exercício da função administrativa. Esse é o sentido material que justifica a ação sancionadora em decorrência do descumprimento do Memorando 1075/ EMBM1, de 16 de outubro de 2009.

Esta interpretação é evidenciada no voto do Juiz Cel PM Rúbio Paulino Coelho, Revisor e Relator do acórdão que decide apelação em processo de Apelação Cível para anulação de punição disciplinar. (Processo n. 0002450-98.2014.9.13.0002):

Preconiza a “cadeia de comando”, cuja violação usurpa prerrogativas do comandante intermediário não considerado e anula sua autoridade, sem uma correspondente eliminação de sua responsabilidade. Se a violação é necessária, imediatamente após, na primeira oportunidade, a cadeia de comando deverá ser recomposta por aquele que a violou, seja no sentido ascendente ou descendente. O bom resultado das ações e operações policiais militares depende da obediência à cadeia de comando, que, em princípio, não deve ser violada.

Conforme este entendimento não deve, então, ser desprezada a “cadeia de comando”. Ao contrário disso, necessita ser observada tanto em sentido ascendente, quanto descendente. Porém, não por um valor intrínseco a ela, mas, para o bom resultado das operações, visto que as competências e consequentes obrigações são distribuídas em diferentes níveis hierárquicos que possibilitam uma melhor ordem nas ações.

Ainda com a finalidade de demonstrar essa instrumentalidade da hierarquia é importante destacar o voto do Juiz Fernando Galvão da Rocha, Relator em Apelação Cível Processo n. 0002466-86.2013.9.13.0002. Neste caso, insurgiu-se o apelante contra comunicação disciplinar que imputou-lhe prática de transgressão disciplinar por descumprir ordem de pegar, em dois dias úteis, ofício que o intimava a comparecer na condição de testemunha ao Juizado Especial Criminal. Apenas de não ter buscado o documento ele compareceu no dia e hora determinados na intimação.

O Termo de Abertura de Vista de fl. 12 descreve a infração disciplinar como sendo deixar de cumprir ordem no sentido de retirar um ofício destinado a apresentação em audiência judicial. Conforme demonstra o documento de fl. 23, ainda que o apelante tenha deixado de retirar o ofício referido no prazo estipulado, a finalidade da ordem, comparecer à justiça, foi alcançada. Por outro lado, o comparecimento de testemunha em audiência em Juizado Especial Criminal não exige “ofício de apresentação à justiça”. Portanto, o comparecimento do apelante à audiência indicada no ofício comprova que não houve descumprimento de ordem, uma vez que a finalidade da ordem era exatamente o comparecimento do militar no ato judicial e não apenas e tão somente retirar o ofício.

O Relator entendeu, assim, que a ordem era o comparecimento, e o ofício era o meio de cientificar ao militar para que isso ocorresse. Tendo comparecido, então, não haveria que se falar em descumprimento da ordem. A Administração, ao contrário disso, valorizou a determinação de retirada do ofício e a sua não ocorrência seria uma mácula à autoridade do superior. Ainda que não tenha ocorrido um prejuízo concreto, a mácula à hierarquia seria um prejuízo que ensejaria a punição disciplinar.

Porém, conforme preconiza o art. 11 do Código de Ética e Disciplina, “*Transgressão disciplinar é toda ofensa **concreta** aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs em sua manifestação elementar e simples...*”.(grifo nosso) E, ao definir se determinada conduta consiste ou não em uma transgressão disciplinar, esta essência definidora do objeto transgressor precisa ser considerada.

É válido ressaltar que esta visão instrumental da hierarquia não a despreza. Ao contrário disso, ao lado da disciplina ela é um meio hábil a alcançar a necessária organização do serviço. Esclarece, dessa forma, o voto do Juiz Cel PM Rúbio Paulino Coelho, Relator em processo de apelação n. 0000575-96.2014.9.13.0001:

A vida de caserna é permeada de princípios da hierarquia e disciplina, que constituem a base institucional das Instituições Militares. O descumprimento desses princípios atinge de forma irremediável o funcionamento da organização militar, que deve primar pelo exato cumprimento de deveres, em todos os graus da hierarquia.

O não cumprimento desses princípios compromete: a pronta obediência às ordens legais, a observância das prescrições regulamentares, o emprego de toda a capacidade do militar em benefício do serviço, a correção de atitudes e a colaboração espontânea com a disciplina coletiva, que redundam em efetividade dos resultados pretendidos pela UEOp.

É, porém, necessário frisar que este entendimento não é uníssono. No mesmo julgado do qual foi extraído o voto do Relator Juiz Fernando Galvão, consta o do Juiz Osmar Marcelino, voto vencido no sentido de manter a decisão proferida em primeira instância, com o seguinte fundamento:

Portanto, não há falhas na ação administrativa militar, cujo poder discricionário lhe permite assim agir, no estrito cumprimento dos deveres administrativos, para cuja obrigação há plena vinculação e não mera faculdade, visando, exatamente, à defesa do supremo interesse público, bem como à defesa da hierarquia e disciplina militares.

Considerou o magistrado como justificativa à condenação o objeto “hierarquia e disciplina”, assim, dignos da tutela estatal e bens intangíveis, com valor material que carecem de proteção. Nesse posicionamento, fica claro que a despeito dos fins públicos terem sido atingidos, se o meio eleito no caso concreto de alguma forma “arranhou” a hierarquia ele não materializou de maneira perfeita o interesse público. Infere-se, assim, que há real interesse da sociedade na manutenção da estrutura, e não que ela seja o meio para atingir os fins institucionais.

Embora os entendimentos levem a decisões divergentes, o ponto de intercessão entre eles consiste na inteligência de que manter a hierarquia é pressuposto à preservação institucional. Caso sejam feitas “concessões” e relativizações que a desprezem, paulatinamente perde-se o poder de comando e a capacidade de organização que garantem o pleno atendimento aos fins públicos.

3.6 Poder- dever disciplinar

Embora não se confunda com o poder- dever hierárquico o poder-dever disciplinar é dele oriundo. Tem como razão de ser o aprimoramento profissional dos servidores para o funcionamento da Administração.

Freitas (1999, p. 120) define da seguinte maneira o Direito Administrativo Disciplinar:

O Direito Administrativo Disciplinar pode ser definido, portanto, como o ramo do Direito Administrativo que visa regular as relações disciplinares entre o Estado Administração e seu corpo funcional, ou seja, tem em vista a normatização dos deveres dos servidores, suas proibições, a apuração das faltas cometidas pelos mesmos, bem como a aplicação da respectiva sanção disciplinar, objetivando, desse modo, permitir o bom funcionamento da máquina administrativa em conformidade com os preceitos legais que norteiam a Administração Pública.

O poder-disciplinar diverge, também, do *ius puniendi* do Estado. Aquele consiste na possibilidade de sancionar os servidores por faltas na execução das funções. Este é relativo ao direito do Estado de punir as infrações penais. Na lição de Bitencourt (2012, p. 20):

Por sua vez, o Direito Penal subjetivo emerge do bojo do próprio Direito Penal objetivo, constituindo-se no direito a castigar ou *ius puniendi*, cuja titularidade exclusiva pertence ao Estado, soberanamente, como manifestação do seu poder de império. O Direito Penal subjetivo, isto é, o direito de punir, é limitado pelo próprio Direito Penal objetivo, que, através das normas penais positivadas, estabelece os lindes da atuação estatal na prevenção e persecução de delitos.

O poder disciplinar visa a resguardar valores eleitos pelo administrador para preservação da instituição com vistas à melhor realização dos fins institucionais. O Direito Penal tutela os interesses mais caros à sociedade. Representa, conforme anuncia Bitencourt (2012, p. 19), “... a *ultima ratio do sistema para a proteção daqueles bens e interesses de maior importância para o indivíduo e a sociedade à qual pertence.*”.

A diferença, entretanto, não está relacionada exclusivamente ao bem jurídico lesionado, pois, não é incomum que a ofensa a um mesmo bem jurídico ocasione responsabilização nas duas esferas. As relações jurídicas reguladas são, também, diversas. O Direito Penal deriva do poder punitivo geral. O poder disciplinar, denominado por Carvalho Filho (2014, p. 72) de “*disciplina funcional*” advém da relação entre a Administração e os servidores.

No Direito Penal, Bitencourt (2012, p. 20) ensina sobre as finalidades da sanção penal:

...finalidade preventiva: antes de punir o infrator da ordem jurídico-penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas

proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime. [...] Falhando a função motivadora da norma penal, transforma-se a sanção abstratamente cominada, através do devido processo legal, em sanção efetiva, tornando aquela prevenção genérica, destinada a todos, numa realidade concreta, atuando sobre o indivíduo infrator, o que vem a ser caracterizado como a finalidade de prevenção especial, constituindo a manifestação mais autêntica do seu caráter coercitivo.

Então, duas são as funções da pena: a de prevenção e a de retribuição (ou restabelecimento da ordem). A de prevenção geral exercida sobre toda a sociedade no momento de cominação abstrata da pena e o de prevenção especial quando a primeira falha e o Estado pune ao infrator na medida da falha cometida. Neste momento se realiza, também, a função retributiva que visa a recompor o dano ocorrido, além de ressocializar o infrator, a chamada função de prevenção especial.

Na Administração Militar Estadual a sanção deve atender, também, às funções de prevenção geral (caráter preventivo) e prevenção especial (caráter educativo), ambos descritos no art. 23 da Lei 14.310/2002. E isso se realiza com o objetivo “*preservar a disciplina*”, um dos pilares das Instituições Militares Estaduais.

A forma de aplicar a sanção é, entretanto, diversa entre a disciplina penal e a funcional. Na primeira o juiz deve aplicar a pena atribuída à conduta típica e fará a dosimetria da pena. Para as transgressões administrativas, entretanto, o administrador tem a possibilidade de analisar, de acordo com a falta cometida, qual sanção melhor reprimirá.

Carvalho Filho (2014, p. 75) entende que, ao contrário do que preconiza a doutrina tradicional, essa liberdade de escolha não consiste em discricionariedade, pois a formação do juízo administrativo está vinculada a elementos que reduzem a possibilidade de atuação subjetiva e permitem que o Judiciário aprecie o ato sancionatório. Um desses elementos, segundo o autor, é o princípio da adequação punitiva, uma tradução do princípio da proporcionalidade. Conforme este princípio, a sanção deve ser adequada à falha cometida e todos os aspectos que envolvem a prática do ilícito funcional devem, assim, ser minuciosamente analisados.

Alexandrino e Paulo (2010, p. 228), entretanto, esclarecem que a doutrina aponta no sentido da discricionariedade do poder disciplinar, que esta é a regra geral pelo menos na escolha da gradação da penalidade. E, em situações especiais a lei descreve de maneira vinculada as sanções cominadas a infrações objetivamente definidas.

A Lei 14.310/2002 especifica as sanções para cada infração cometida. Embora, em seu bojo comporte conceitos indeterminados e aspectos discricionários que se constituem em objeto de análise deste trabalho, a serem detalhadamente explorados em seção específica.

4 ATOS ADMINISTRATIVOS

Previamente à análise da discricionariedade nas decisões punitivas é imperiosa uma prévia reconstrução dos conceitos basilares relativos ao ato administrativo. Eles irão conferir a necessária sustentação ao objeto de estudo.

Souza (2012, p. 103) enfatiza que “... *para entender o Direito Administrativo e seus institutos jurídicos, não basta se debruçar sobre seus princípios e regras, precisa-se antes entender o motivo de eles existirem, o que está protegendo, quais fatos que desencadearam a sua criação*”.

Por isso, é tão relevante este fundamento teórico sobre o qual estão firmadas as razões da discricionariedade e dos conceitos que constroem as decisões punitivas. Nesta seção será, assim, decomposto o conceito dos atos administrativos em busca de uma melhor compreensão do objeto de estudo: a discricionariedade nas decisões punitivas, seus limites e mecanismos de controle.

4.1 Síntese conceitual

Variadas são as formas de conceituar, definir e classificar os atos administrativos. Segundo Meirelles (2016, p.173), ato administrativo é:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar,

transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Em consideração mais abreviada, Alexandrino e Paulo (2010, p. 410):

[...] manifestação ou declaração da administração pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos determinados, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público.

Esse conceito, embora bem didático, não evidencia que a modificação no mundo jurídico provocada pelos atos administrativos deve ser em matéria administrativa, isto é, relacionada a satisfação dos fins públicos.

Nesse sentido, Carvalho Filho (2014) ressaltou três pontos como fundamentais para a caracterização dos atos administrativos: a vontade deve emanar de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativa desta; conteúdo propiciar efeitos jurídicos com fim público e devem ser regidos pelo Direito Público.

Pelo estudo dos conceitos expostos, várias questões podem ser pontuadas. A primeira delas é que os atos administrativos são a manifestação da vontade da Administração Pública agindo nesta qualidade. Excluem-se, assim, os atos praticados pela administração quando está desprovida de suas prerrogativas públicas sob regência predominante do Regime Jurídico de Direito Privado. Esses atos, embora sejam atos da administração, não podem ser classificados como atos administrativos.

Tampouco, seria possível afirmar que ato da administração é gênero do qual atos administrativos são espécies. Isso, porque os atos praticados por particulares delegatários do Poder Público não são atos da administração. São, porém, atos administrativos.

Outra questão importante a enfatizar é que se trata de uma manifestação, direta ou indireta, de vontade. Então, existe no ato administrativo uma exteriorização volitiva de um sujeito dirigida a um fim específico. É, pois, evidente que a morte de um servidor público, por exemplo, gera alterações no Direito. Aliás, essa é outra característica definidora dos atos administrativos: eles produzem alterações jurídicas em matéria administrativa. Assim, algumas decisões referentes a indenizações devidas aos familiares serão tomadas a partir das circunstâncias da morte. Importará, neste caso, se foi em serviço ou em folga e toda a conjuntura relacionada

ao falecimento. Questões de relativas à aposentadoria serão, também, analisadas. E, a simples ocorrência da morte gera automaticamente a vacância do cargo. Porém, o falecimento do servidor, independente das circunstâncias em que ocorreu, não pode ser classificada como um ato administrativo, pois, ela não foi fruto da vontade da Administração.

Outro exemplo diz respeito ao desabamento de um edifício público sobre os servidores, prestadores de serviços e clientes lá presentes. Imagina-se que muitas situações jurídicas sejam alteradas por esse evento. Porém, não há que se falar em uma ação orientada para esse fim. Então, não seria este considerado um ato administrativo.

A doutrina não é uníssona sobre a classificação de episódios como os exemplos citados. Uma grande parcela dos administrativistas, como Maria Sylvia Di Pietro, Marçal Justen Filho e José dos Santos Carvalho Filho entendem que são fatos administrativos. Isto é, ocorrências que não decorrem da vontade humana, mas, produzem efeitos jurídicos em matéria administrativa.

Carvalho Filho (2014) defende que fato administrativo é sinônimo de ato material. E, que desse modo, não poderiam, realmente, ser entendidos como atos administrativos.

Entretanto, ao traçar uma digressão do conceito, Carvalho Filho chega aos fatos jurídicos e fatos simples. Os simples consistem em ocorrências do cotidiano das pessoas, incapazes de gerar alterações nas relações tuteladas pela ordem jurídica. Os jurídicos, ele classifica em voluntários e naturais. Estes atuam independente da vontade dos indivíduos, enquanto aqueles são resultado da ação humana. Então, dos fatos jurídicos voluntários decorrem os atos jurídicos, e também, os atos ilícitos.

Esse extenuante exercício jurídico se faz em um esforço de compreender que os fatos administrativos não são, nesta definição, uma espécie do gênero fato jurídico. Isso, porque eles incluem tanto os fatos jurídicos, quanto alguns fatos simples. São, dessa forma, os fatos administrativos uma categoria mais ampla, do que a dos fatos jurídicos.

Justen Filho (2016), por sua vez, propõe uma complexa classificação na qual defende que há fatos administrativos em sentido amplo (gênero), cujas espécies seriam duas: os fatos administrativos, em igual descrição proposta a dos demais doutrinadores, e a outra composta pelos atos administrativos.

Alexandrino e Paulo (2010) apresentam essas variações e entendem que casos como os citados seriam classificados como fatos administrativos. Explicam que eles decorrem de atos administrativos, mesmo que a vontade de um ato administrativo prévio não tenha objetivado especificamente esses resultados, os fatos administrativos, em regra, resultam de atos administrativos. Acrescenta que a mera execução de atividades pode ser também, chamada de atos materiais, mas, por ausência de conteúdo que represente a emissão vontade, não são atos administrativos.

Longe de objetivar pacificar o debate, o que nos é primoroso ao trazer a lume essa discussão é a clareza na definição do que é ou não ato administrativo, a fim de separar quais atos tem as características e prerrogativas decorrentes desse *status* no estudo dos atos discricionários. E, mesmo com divergências em relação a algumas questões de classificação, é indiscutível que os atos administrativos são espécies do gênero ato jurídico. Eles são fruto de uma manifestação volitiva orientada para um fim que necessariamente indica modificações no direito. Sendo atos administrativos, em matéria administrativa.

Importante, assim, esse recorte teórico porque dessas reflexões é possível extrair relevantes lições. A primeira delas é que a vontade envolvida na formação do ato administrativo é relevante e deve ser objeto de controle. É preciso primar para que a pretensão manifesta nas decisões administrativas seja a estatal, não a íntima e subjetiva do agente, a fim de que os atos não sejam abusivos e arbitrários. *“A validade de nenhum ato pode ser fundamentada no postulado de que o sujeito agiu porque assim quis. A validade do ato depende da concordância da vontade com o direito.”* (JUSTEN FILHO, 2016, p. 224).

E, ainda, a de que o ato administrativo se forma quando a manifestação volitiva coincide com a satisfação das necessidades coletivas. *“Não é necessário que o sujeito tenha perfeita consciência e vontade de realizar o bem comum. O fundamental é que a conduta exterior se traduza em atuação apta e adequada para tanto”.* (JUSTEN FILHO, 2016, p. 224)

A exigência da vontade no aperfeiçoamento dos atos administrativos exige, também, alguma ponderação sobre o silêncio da administração. Preliminarmente, é necessário distinguir o silêncio da Administração no sentido da ausência total de manifestação volitiva, do silêncio que é qualificado por outro evento conexo, mas, expressa uma manifestação de vontade. No primeiro caso, a

omissão absoluta, somente poderá produzir um ato ilícito, uma ilegalidade. A inércia na apuração de transgressão disciplinar é um exemplo dessa situação. Ela acarreta, após o decurso de dois anos, a prescrição da pretensão punitiva em processos não demissionários e, após cinco anos, nos demissionários.

A omissão qualificada é a que, de algum modo, manifesta a vontade estatal. Casos em que a lei determina a ausência de manifestação volitiva para produção de determinados efeitos. Nesse sentido, o art. 94, Lei 14.310/2002 determina a proibição de menção a punições canceladas. A própria Lei disciplinar determina a omissão desses dados no registro de alterações do militar.

Há, ainda, a possibilidade de manifestação indireta de vontade. Essa não pode sequer ser qualificada como omissão. Ocorre quando não existe uma decisão explícita e formal da Administração sobre assunto específico. Entretanto, há um conjunto de indicativos em condutas direcionadas em determinado sentido que tornam inequívoca a vontade da Administração.

Após essas considerações iniciais a respeito da partícula mais elementar deste estudo, o ato administrativo, é válido tecer alguns comentários sobre os poderes da Administração Pública. Estes são os instrumentos que permitem à Administração emitir os atos administrativos e realizar seus fins.

4.2 Requisitos de validade

Alguns aspectos dos atos administrativos podem qualifica-los como válidos. É bem verdade que alguns administrativistas não entendem que sejam requisitos de validade, mas elementos.

Elemento está relacionado a algo constitutivo do ser, a própria existência dele. Requisito de validade, diz respeito a fatores que são observados uma vez que o objeto jurídico já existe, mas, precisa se afirmar como válido. Sob esse prisma percebe-se que entre os cinco itens classificados desta forma pela doutrina, alguns tem característica de elemento, como a forma, e outros de requisitos, como a competência e a finalidade. Ocorre que, independente do nome pelo qual sejam chamados, unânime é o entendimento de que ausente qualquer um deles o ato está eivado de vício. São cinco os requisitos de validade do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

4.2.1 Competência

A competência é uma permissão legal para que o agente pratique determinado ato. Somente a lei estabelece competências administrativas. Então, mesmo que o ato possua aspectos discricionários, a competência é sempre vinculada. Qualquer poder é atribuído pelo ordenamento jurídico na exata medida em que seja necessário para consecução dos fins públicos. Nesse sentido, os agentes públicos têm deveres a cumprir com a sociedade. E, apenas para terem condições de cumprir o ofício é que tem reserva de competência legal. A competência limita o poder ao definir responsabilidades.

Então, como as competências são legalmente traçadas para o serviço, para atender ao interesse público, o exercício delas é obrigatório, ela é irrenunciável.

Desse modo, mais do que uma permissão para realizar tarefas ela exprime uma determinação para isso. O exercício pode, atendidas condições legais e, apenas em alguns casos, ser delegado parcial e temporariamente. Porém, essa delegação não implica em renúncia da competência e a qualquer tempo pode ser revogada.

É importante ressaltar que a delegação não transfere competência, ela é intransferível. Apenas repassa o exercício de parte das atribuições temporariamente. E, como é concedida pela lei, é imodificável. Nenhum agente público pode por vontade própria ampliá-la ou restringi-la. Nesse sentido, o art. 5º, da Lei Estadual 14.184/2002, que traz disposições gerais sobre o processo administrativo estadual e aplica-se subsidiariamente ao Corpo de Bombeiros:

Art. 5º – Em processo administrativo serão observados, dentre outros, os seguintes critérios:

II – atendimento do interesse público, vedada a renúncia total ou parcial de poder ou competência, salvo com autorização em lei;

E, os art. 41 e 42 da mesma Lei esclarecem que é, de fato, irrenunciável. Pode, tão somente, ser temporariamente delegado o exercício das atribuições:

Art. 41 – A competência é irrenunciável, é exercida pela autoridade a que foi atribuída e pode ser delegada.

Art. 42 – O ato de delegação a que se refere o art. 41 e sua revogação serão divulgados por meio de publicação oficial.

§ 1º – O ato de delegação indicará prazo para seu exercício, mas pode ser revogado a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 2º – O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos e poderá conter ressalva quanto ao exercício da atribuição delegada.

É, vedada, contudo, a delegação de atos normativos, decisão de recursos e matéria de competência exclusiva da autoridade, consoante preconiza o art. 44, da mesma Lei.

O Capítulo V, da Lei 14.310/2002, que dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares da Unidade, trata a partir do art. 45 sobre a competência para aplicação da sanção disciplinar. Ele contém um rol taxativo de autoridades e a respectiva competência para aplicar sanção disciplinar. Ela relaciona-se à função que a autoridade exerce, não ao grau hierárquico. Está, porém, escalonada no que Oliveira (2016, p. 246) chama de níveis de abrangência. Ele classifica a sanção em seis níveis.

No primeiro e menos abrangente situam-se os Comandantes de Unidade, que possuem competência para aplicar sanção apenas aos militares que estiverem sob seu comando ou chefia. E no último, está o Governador que pode aplicar sanção em face de qualquer militar estadual. Ressalte-se que o Corregedor, embora esteja na estrutura organizacional em nível intermediário, tem precedência funcional em assuntos disciplinares e conseqüente poder para aplicar sanções disciplinares a todos os Coronéis Diretores, Comandantes Intermediários e Comandantes de Unidade, independente de ser mais antigo do que eles e a todos os demais militares sujeitos ao CEDM, exceto o Comandante Geral, CHEM e o Chefe do Gabinete Militar.

Conforme acima exposto, o art. 45, da Lei 14.310/2002 estabelece competências concorrentes. Assim, o Corregedor¹, o Chefe do Estado Maior e o Comandante Geral teriam competência para aplicar sanções disciplinares a todos os militares da Instituição concorrente com a dos Comandantes de Unidade e Diretores intermediários. Entretanto, o art. 69, da Lei 14.184/2002 dispõe que *“Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo será iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico que possa decidir”*. Este dispositivo não afasta

¹ Exceto, para o CHEM, Chefe do Gabinete Militar e Comandante Geral no caso do Corregedor e para os dois últimos, em relação ao CHEM.

a competência das autoridades de maior grau hierárquico, apenas define que prioritariamente, devem ser poupadas as autoridades que poderão ser demandadas nos possíveis graus recursais. Isto preserva não a autoridade, mas, ao acusado por garantir o direito ao recurso. E à própria Administração, visto que no recurso há a oportunidade de aprimorar-se a decisão pela correção de eventuais equívocos. O que se questiona, porém, é se o processo for iniciado por autoridade hierarquicamente inferior, poderia a superior exigir o exercício da competência a qualquer momento e seguir no trâmite até a decisão.

O Manual de Processos e Procedimentos Administrativos (MAPPA), aprovado pela Resolução Conjunta N. 4220/2012, no art. 29, descreve como preventiva a competência da autoridade que presenciar ou tomar conhecimento da prática de ato irregular ou transgressão disciplinar para adoção das medidas necessárias à instauração de processo ou procedimento administrativo. Obviamente nos limites da competência descrita na Lei. Deste modo, uma vez iniciado o processo pela autoridade que teve ciência da irregularidade, dela é a competência para prosseguir na apuração e decidir. O instituto da avocação pode neste caso ser suscitado.

O art. 45, da Lei Estadual 14.184/2002 trata especificamente sobre esta possibilidade: a avocação de competência. Porém, alerta, é uma medida excepcional e os motivos devem ser expostos e suficientes para justificá-la. Deste modo, é possível inferir que nos casos de competências concorrentes, preventiva é a autoridade que tomou conhecimento dos fatos transgressores da disciplina. E, se ambas tomarem conhecimento concomitante, a de menor grau hierárquico deve diligenciar no sentido de adotar as medidas legais para instauração e tramitação do processo. Este, uma vez iniciado deve seguir seu regular trâmite até a decisão pela autoridade disciplinar que o instaurou. Medidas que fujam a esta regra são exceções e devem ser justificadas. A avocação de atos do subordinado por mero capricho da autoridade superior esvazia a competência do primeiro e transforma o ato em instrumento da vontade particular. Nesse sentido, esclareceu Carvalho Filho (2014, p. 110):

Para evitar distorção no sistema regular dos atos administrativos, é preciso não perder de vista que tanto a delegação, quanto a avocação devem ser consideradas como figuras excepcionais, só justificáveis ante pressupostos que a lei estabelecer. Na verdade, é inegável reconhecer que ambas subtraem de agentes administradores funções normais que lhes foram atribuídas. Por esse motivo, é inválida qualquer delegação ou avocação de

competência que, de alguma forma ou por via oblíqua, objetive a supressão das atribuições do círculo de competência dos administradores públicos.

Mesmo que eventualmente não exista vício no objeto, isto é, a prestação esperada seja alcançada, a finalidade poderá estar, nessa ação não justificada, comprometida.

4.2.2 Forma

É o modo de exteriorização do ato administrativo, o instrumento de sua projeção. Segundo Meireles (2016, p.176) a forma é “*O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição*”.

Para Marinela (2016, p. 391):

Os atos administrativos, em decorrência de seu regime público e, conseqüentemente, do princípio da solenidade, deverão ser formalizados por escrito, independentemente de qualquer previsão específica. Todavia, essa regra não é absoluta, o que significa admitir que esses atos poderão, excepcionalmente, ser praticados de outra maneira, desde que expressamente autorizados por lei. Como exemplos, os gestos realizados pelo guarda de trânsito, as palavras da polícia de segurança, os sinais emitidos por um semáforo ou placas de trânsito, além de outros.

O art. 5º, inc. VII, da Lei 14. 184/2002 preconiza a “... *adoção de forma que garanta o adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos das pessoas;*”. E, nos art. 15 e 16 o seguinte:

Art. 15 – Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, exceto quando a lei o exigir ou quando houver padronização estabelecida por órgão da Administração.

Art. 16 – Os atos do processo serão realizados por escrito, em vernáculo, e conterão a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade por eles responsável.

Assim, tem entendido a doutrina majoritária que os atos administrativos não dependerão de forma específica exceto quando a lei expressamente exigir. E nas situações em que a lei condicionar a forma à validade do ato, sua inobservância implicará na nulidade do ato por vício de forma.

Enfatiza, entretanto, Justen Filho (2016, p. 239) que a forma é instrumental existe em prol da segurança jurídica. Não para a defesa dos interesses da Administração.

Importante salientar, também, que a motivação faz parte da forma, consiste na declaração escrita dos motivos que ensejaram a prática de um ato administrativo. Deve ser clara, suficiente e coerente com os fatos e fundamentos apresentados nos processos administrativos, consoante o art. 46, Lei 14.184/2002. A ausência dela acarreta nulidade por vício de forma.

4.2.3 Finalidade

A finalidade é o que o agente público quer alcançar com seu ato. É um elemento do ato administrativo sempre vinculado. Desse modo, sempre é a lei que determina a finalidade a ser perseguida pelo agente público. Carvalho Filho (2014, p. 120) pontua que a todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Diferencia a finalidade de objeto esclarecendo que ambos têm aspectos teleológicos². Entretanto, o objeto representa o fim imediato, prático a ser alcançado e a finalidade o fim mediato, que consiste no interesse coletivo. Não se confunde, também com o motivo, visto que este a precede. Nesse sentido, esclarece Di Pietro (2013, p. 289):

Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito mediato. Distingue-se do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição. Tanto motivo como finalidade contribuem para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

Alexandrino e Paulo (2010, p. 442) esclarecem que há uma finalidade geral dos atos administrativos. Esta é sempre a satisfação do interesse público. Por outro lado há a finalidade específica do ato, prevista na lei. Este deve determinar a prática de um ato. Assim, se o ato busca prejudicar ou favorecer alguém, a finalidade geral será desatendida. Quando o agente público pratica um ato que atende ao interesse público, mas, a lei não prevê aquela finalidade, ferida será a finalidade específica. Exemplo citado pelo jurista é a remoção de um servidor de

² **TELEOLOGIA.** Do grego *teléios* (completo) e *logos* (ciência). *Teleologia* é a doutrina das causas finais ou dos fins em que tudo se explica pelos fins a que, aparentemente se destina.

TELEOLOGIA JURÍDICA. É a teoria que estuda o Direito em face das causas finais, como uma ordem dirigida a um fim, a Justiça. (SILVA, 2005, p. 1370)

ofício a fim de puni-lo por indisciplina, mas justificada em face da falta de servidores na localidade de destino. Será desvio de finalidade ainda que na localidade exista carência de servidores. Em ambos os casos, esclarece, o ato será nulo e não poderá ser convalidado.

Justen Filho (2016, p. 243) alerta, entretanto, que simplesmente afirmar que o ato administrativo busca promover o bem comum não tem sentido lógico e “*é uma asserção inútil para o direito administrativo.*”. Como há várias possibilidades de manifestação do bem comum não há que se falar em finalidade normativa, mas, em finalidades (no plural).

Além disso, ele assegura que essas finalidades não são vinculadas e que é dever do agente público, em face do princípio da proporcionalidade, expor à comunidade “*a concepção que adota como finalidade dos atos administrativos que pratica.*”.

3.2.4 Motivo

Neste elemento reside divergência de entendimento doutrinário. Para Carvalho Filho (2014, p.114) “... *é a situação de fato (alguns denominam de circunstâncias de fato) por meio da qual é deflagrada a manifestação da vontade da Administração.*”. Esse é, também, o posicionamento de Mello (2013).

Marinela (2016, p. 395), porém, soma ao elemento fático, o normativo e descreve como “... *a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato administrativo.*” Esta, é a definição de Alexandrino e Paulo (2010, p. 444): “*É a situação de fato e de direito que determina ou autoriza a prática do ato, ou em outras palavras, o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que enseja a prática do ato.*”.

Ocorre que dúvida não paira sobre a obrigatoriedade do motivo no ato administrativo. É imprescindível ter delineada a situação que o ensejou para que seja válido.

E salienta, ainda, Carvalho Filho (2014, p. 118) sobre a importância de evitar o uso de fundamentos genéricos como “*interesse público*” e “*critério administrativo*”. Ele reputa por ilegal este tipo de fundamento, pois, usualmente visam a omitir as verdadeiras razões do ato e desviá-lo do controle de legalidade.

E, não apenas devem evitar a imprecisão de conceitos, mas também os motivos alegados necessitam guardar congruência com a situação fática que ensejou a manifestação volitiva da Administração e o motivo descrito na lei. Esse é o conteúdo da Teoria dos Motivos Determinantes. Ela tem origem no direito francês e ecoa no ordenamento jurídico pátrio ensejando a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos que apresentem essa incompatibilidade entre o declarado e o real. Ainda que seja o ato discricionário ou que não seja obrigatória a motivação, uma vez declarados os motivos o administrador está a eles vinculado.

A esse respeito, leciona Marinela (2016, p. 401):

A teoria dos motivos determinantes relaciona-se com o motivo do ato administrativo, prendendo o administrador aos motivos declarados ao tempo da edição do ato, sujeitando-se à demonstração de sua ocorrência, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a nulidade do ato administrativo.

Isso não significa, obviamente, que um ato discricionário se torne vinculado quando a Administração declara os motivos da prática do ato. Ele continuará a ser discricionário, visto que o Administrador agiu com margem de liberdade ao decidir pela oportunidade e conveniência. Está vinculado, porém, ao que declarou como razão de ser das escolhas por ele feitas.

Destaca, ainda, Carvalho Filho (2014, p. 119) a importância da congruência entre o motivo e o resultado do ato. O elemento motivo, conforme já se viu, é anterior a prática do ato. Entretanto, ele deve estar ajustado aos fins a que se destina. Para exemplificar cita uma situação em que a Administração revoga várias autorizações de porte de arma invocando como motivo o fato de que um dos autorizados se envolveu em uma briga. Em relação aos demais autorizados o motivo não guarda compatibilidade com o resultado. Desse modo, esclarece ele, a revogação só é válida em relação ao que se envolveu na briga.

Essa correlação entre o motivo e o resultado é tema do qual cuidam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. E, se não ocorrer um ajuste razoável, haverá conseqüente vício de ilegalidade.

4.2.5 Objeto

O objeto consiste na alteração jurídica provocada no mundo (decide, opina, certifica, atesta, concede etc). É o “... *próprio conteúdo material do ato.*”, ensinam Alexandrino e Paulo (2010, p. 447).

Para que o ato administrativo seja válido existem alguns requisitos na constituição do objeto, esclarece Carvalho Filho (2014, p. 110). Ele deve ser lícito e exigível, pois, esses requisitos são gerais para qualquer ato jurídico. Deve ser também determinado ou determinável. Além disso, o objeto deve ser possível, isso é não pode ser absolutamente irrealizável. Essa é a previsão do art. 104, inc. II, CC: “*A validade do negócio jurídico requer: [...] objeto lícito, possível, determinado ou determinável;*”.

No estudo do objeto e do motivo do ato administrativo não se pode deixar de tocar na questão da discricionariedade. Em atos vinculados, o legislador previamente define o motivo e objeto do ato. Então, ao administrador cabe apenas “*reproduzir, às vezes, a própria vontade do legislador*” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 111). Em outras palavras: diante de atos discricionários, é possível delimitar a extensão do objeto. Marinela (2016, p. 404) ensina que nesses casos “*O autor do ato pode traçar as linhas que limitam o objeto de seu ato, mediante a avaliação do motivo declarado.*”.

É, ainda, necessário, diferenciar finalidade de objeto. Conforme pontua Carvalho Filho (2013, p121) ambos são “*vetores do resultado*”, isto é, tem relação com os fins do ato administrativo. Entretanto, o objeto é o resultado prático a ser alcançado, o “*fim imediato*”, a prestação ou utilidade que é visada no ato. Em uma autorização de uso de espaço público, por exemplo, é a própria permissão para o uso. A finalidade, por sua vez se constitui em um “*fim mediato*”, isto é, a satisfação do interesse público. O bem maior que a prestação busca atingir.

4.3 A invalidade do ato administrativo

Preliminarmente, é necessário esclarecer que a respeito da validade dos atos administrativos reza controvérsia doutrinária, conforme ensina Carvalho Filho (2014, p. 156).

Parte da doutrina defende a teoria monista, segundo a qual o ato é nulo ou válido, de maneira que um vício de legalidade produz efeitos de um ato nulo.

Deste pensamento perfilham Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, Regis Fernandes de Oliveira e Sérgio Ferraz.

Em outro lado estão os que adotam a teoria dualista. Esta preconiza que os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis de acordo com a gravidade do vício. Dessa forma, no Direito Administrativo não existem, para estes autores, apenas os efeitos da nulidade, mas, também, da anulabilidade e a possibilidade de convalidação de atos defeituosos. Esta corrente é seguida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Cretella Júnior, Carvalho Filho, Marçal Justen Filho, Luciana Vale Figueiredo entre outros, sobretudo, os doutrinadores contemporâneos. Assevera, porém, Mello (2013, p. 469) que:

Não há graus na invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma graduação no repúdio a eles.

A escolha da palavra “invalidação” do ato administrativo foi feita nesta seção em consonância com a terminologia adotada pela doutrina mais atualizada e adotada pelo MAPPA, art. 533, que fala da possibilidade de sanar vícios:

Art. 532. As nulidades poderão ser reconhecidas de ofício ou arguidas perante a Administração observando o seguinte:
(...)
§1º. O silêncio das partes sana as nulidades, se se tratar de formalidade de seu exclusivo interesse. Os atos, cuja nulidade não houver sido sanada, serão renovados ou retificados, observada a instância administrativa;
§2º. A nulidade de um ato, uma vez declarada, envolverá a dos atos subsequentes dele dependentes, devendo a decisão que declarar a nulidade indicar os atos a que ela se refere;
§3º. As situações de impedimento especificadas no CEDM geram nulidade do processo administrativo e as de suspeição o tornam passível de anulabilidade nos termos especificados no próprio Código.
§4º. Caso a autoridade convocante constata a ocorrência de vício sanável, poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, notificadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível proferirá decisão devidamente fundamentada.

Esse conceito é empregado por Marçal Justen Filho (2016), Marinela (2016), Bandeira de Mello (2013) e, também, Carvalho Filho (2014), segundo o qual o termo representa *“qualquer desconformidade do ato com as normas reguladoras, evitando-se, desse modo, que a referência à ‘anulação’ cause a insinuação de que trata de processo de desfecho apenas da anulabilidade, não da nulidade.”* É uma forma de extinção dos atos administrativo por manifestação de vontade da autoridade competente em decorrência de vício de legalidade.

Esclarece bem o conceito cunhado por Souza (2012, p. 97) segundo o qual: *“Entende-se por invalidação a prática de um ato administrativo declaratório que incide sobre os efeitos de outro ato administrativo, realizado em dissonância com o ordenamento jurídico vigente à época da sua produção.”*

Entretanto, antes de especificar os detalhes sobre a invalidação dos atos é importante diferenciar validade de existência e eficácia dos atos administrativos.

4.3.1 Existência, validade e eficácia dos atos administrativos

Alexandrino e Paulo (2010, p. 429) ensinam que o ato inexistente é aquele que possui aparência de manifestação da vontade da administração Pública, entretanto, não se origina de um agente público, de alguém investido de encargo ou função pública, mas, de um usurpador de função.

Além dos atos expedidos por usurpadores de função, Mello (2013, p.437) aponta, também, como inexistentes os atos que *“assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, os crimes.”*

Os atos válidos são por sua vez aqueles que estão em conformidade com o ordenamento jurídico. Todo ato válido é, assim, um ato existente. A esse respeito, esclarecedora é a lição de Alexandrino e Paulo (2010, p. 429):

O ato válido respeitou, em sua formação, todos os requisitos jurídicos relativos a competência para sua edição, à sua finalidade, à sua forma, aos motivos determinantes de sua prática e a seu objeto. Por outras palavras é aquele que não contém qualquer vício, qualquer irregularidade, qualquer ilegalidade.

Justen Filho (2016, p.232) sintetiza ao afirmar que a *“... validade reside na compatibilidade do ato com o modelo normativo.”* Ressalva, porém, que um ato

válido no momento do seu nascimento pode, posteriormente, pela mudança da legislação, tornar-se inválido.

A existência e a validade, entretanto, não dizem a respeito aos efeitos que um ato pode gerar. Essa discussão é seara da eficácia. Atos válidos podem produzir efeitos jurídicos diversos e atos inválidos também. Até mesmo um ato inexistente, salienta Justen Filho (2016 p. 232), pode produzir efeitos jurídicos. Dessa forma, existência e validade não são pré-requisitos de eficácia.

Marinela (2016, p.95) destaca a importância da publicidade como condicionante a eficácia dos atos administrativos, pois, marcam o início dos seus efeitos e representa o termo inicial para a contagem de prazos, uma vez que não há como exigir de alguém o cumprimento de um ato que desconhece.

Para Carvalho Filho (2013, p. 128) o ato é eficaz a partir do momento em que completou seu ciclo de formação, mesmo que esteja pendente termo ou condição para execução. Porque, segundo ele, a eficácia representa que o ato está pronto para agir. Nesse raciocínio, Marinela (2016, p.432) defende que mesmo estando pendente condição ou termo, o ato será eficaz, apto a atingir o fim a que foi destinado. Não, será, entretanto, dotado de exequibilidade. Ele é válido, perfeito (completou o ciclo de formação) e eficaz.

4.3.2 Formas de extinção do ato administrativo e seus efeitos

Conforme a doutrina especializada os atos administrativos podem ser extintos de duas maneiras: uma natural e outra provocada.

Ensinam Mello (2013, p. 457) e Diógenes Gasparini *apud* Souza (2012, p. 92) que os atos eficazes se extinguem de quatro formas. A primeira é a extinção quanto ao cumprimento dos seus efeitos; a segunda é a extinção quando há desaparecimento dos elementos infungíveis da relação (sujeito ou objeto); a terceira, extinção quando há a retirada do ato pelo Poder Público (há várias hipóteses como firmado na conveniência e oportunidade; ou por razões de ilegalidade do ato) e, por fim, extinção pela renúncia (do beneficiário).

O ato ineficaz extingue-se apenas pela mera retirada (revogação ou invalidação) ou pela renúncia.

Em quadro sintético visa a explicar de maneira didática Melo (2013, p. 456) as várias formas de extinção do ato administrativo:

A) Ato Eficaz (ou relação dele nascida):

I - Cumprimento dos efeitos:

- a) esgotamento do conteúdo jurídico da relação;
- b) execução material;
- c) termo final ou condição resolutiva.

II - Disparição de elemento infungível da relação:

- a) sujeito;
- b) objeto.

III - Retirada:

- a) revogação;
- b) invalidação;
- c) cassação;
- d) caducidade;
- e) contraposição.

IV - Renúncia.

B) Ato Ineficaz.

- a) mera retirada;
- b) recusa.

A classificação adotada por Mello (2013) é bem aceita entre os doutrinadores pátrios e tem sido replicada na doutrina especializada. Ela foi a eleita por Souza (2012) ao tratar especificamente sobre os atos administrativos inválidos.

Neste trabalho serão abordados prioritariamente a retirada dos atos eficazes, pois, este instrumento jurídico tem influência direta no controle das decisões discricionárias. E o regime jurídico abordado na pesquisa é o relativo aos atos concretos, pois, é esta uma característica dos atos administrativos punitivos.

Esclarecem, porém, Mello (2013) e Souza (2012) que ao utilizar a expressão “extinção do ato administrativo” é importante deixar claro se a referência é ao ato em si, aos efeitos dele ou a ambos.

A invalidação de ato ineficaz atinge ao ato propriamente dito, visto que ele não produziu efeitos.

Quando o objeto da invalidação é um ato eficaz é necessário identificar se o que se busca extinguir são apenas os efeitos ou a relação jurídica.

No primeiro caso, leciona Souza, (2012, p. 96) “... *quando desejada apenas a cessação dos efeitos jurídicos do ato, aplicar-se-á a extinção com efeito ex nunc, preservando-se incólume a relação jurídica.*”.

Quando, porém, a repulsa pela ordem jurídica é tão significativa que o ato de extinção visa a atacar o outro ato (o defeituoso) na sua relação jurídica, na origem, os efeitos devem retroagir. Assim, o efeito *ex tunc* é necessário, uma vez que já produziu efeitos e, inclusive, já se extinguiu em alguns casos por cumprimento dos seus efeitos.

4.3.3 Atos administrativos inexistentes, nulos, anuláveis e irregulares

A classificação dos atos administrativos defeituosos diverge entre os administrativistas. A teoria das nulidades do ato administrativo vem sofrendo alterações conforme avança o próprio Estado Democrático de Direito. É, assim, consenso entre os juristas contemporâneos que alguns defeitos do ato administrativo geram menos contrariedade do que outros.

Meirelles (2016) assevera que não existem atos meio válidos. Os atos administrativos são válidos ou inválidos. E muito acertada é essa afirmação.

Entretanto, assim como os vícios afetam diferentes elementos do ato administrativo ferem diferentes valores, eles também ensejam diferentes reações do ordenamento jurídico.

Conforme salienta Justen Filho (2016, p. 268) “*A invalidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes*”. Assim, a classificação proposta neste item é conforme a gravidade do vício e a repulsa que ele provoca no ordenamento.

Ricardo Marcondes Martins *apud* Mello (2013, p. 480) assevera que:

Para editar um ato administrativo, o agente público deve efetuar a *ponderação* dos princípios incidentes. *Com a edição do ato inválido modificam-se as circunstâncias fáticas e jurídicas*; conseqüentemente, para a correção do ato ha necessidade de uma nova ponderação. O resultado dessa nova ponderação indica se ainda e possível a correção e, não tendo ocorrido a estabilização do vicio, qual o meio de correção deve ser utilizado pelo agente.

Assim, não há apenas uma forma de correção dos atos administrativos inválidos.

Mello (2013, p. 477) classifica como inexistentes os atos “... *fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito*”. Souza (2012, p. 147). Explica que os atos inexistentes possuem vícios gravíssimos, desrespeitam os princípios fundamentais dos indivíduos como o da “*dignidade da pessoa humana, da liberdade, da livre manifestação do pensamento, da vida e outros que podem se mostrar, de equivalente importância no caso concreto.*” São, ainda, incluídos nesta categoria segundo Mello (2013) os atos que não foram concluídos, a exemplo dos atos complexos quando ainda falta alguma declaração de vontade, ou os atos cujo objeto seja materialmente impossível, como a nomeação de alguém já falecido.

Os atos nulos, que Justen Filho (2016, p. 269) classifica como dotados de nulidade absoluta são aqueles que lesionam “*interesses indisponíveis ou interesses disponíveis de sujeitos indeterminados.*” E, segundo o jurista, impõem à Administração dever de pronunciar o vício de ofício. Os efeitos geralmente retroagem à data em que se configurou o defeito. Mello (2013, p. 486) assim os define:

São *nulos*:

- a) os atos que a lei assim os declare;
- b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (e dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior.

Marinela (2016, p. 437) salienta que o regime jurídico desses atos é diferente dos atos inexistentes, porque, nos atos nulos a anulação preserva os direitos de terceiros de boa-fé e efeitos patrimoniais pretéritos referentes ao administrado que foi parte na relação jurídica para evitar o enriquecimento sem causa da Administração e dano injusto ao administrado. Assevera que não se admite resistência contra atos que poderão vir a ser declarados inválidos, visto que são presumivelmente válidos até que seja declarada sua invalidação. Os inexistentes, ao contrário, podem ser resistidos.

No tocante aos efeitos, tanto Marinela (2016), quanto Mello (2013) e Souza (2012) defendem que a anulação produz efeitos *ex tunc* se o ato é restritivo de direitos. Entretanto, se for ampliativo de direitos o efeito é *ex nunc*. Ademais, não admitem convalidação.

Os atos anuláveis são aqueles que afetam interesses disponíveis de sujeitos específicos. Justen Filho (2016, p. 269) os nomeia de atos eivados de

nulidade relativa. E, o mesmo autor afiança que isso “...*subordina a pronúncia do defeito à provocação do interessado*”.

Marinela (2016, p. 437) esclarece que os anuláveis “*são aqueles cuja lei assim os declara ou, ainda, aqueles que puderem ser praticados sem vício. Normalmente, admite-se ato anulável quando o defeito é de competência e de forma, desde que possua defeito sanável*”. O regime jurídico é quase igual ao do ato nulo, sendo a única diferença o fato de que a convalidação somente existe para este tipo e transforma o ato anulável em válido.

Por fim, é válido esclarecer alguns detalhes sobre os atos irregulares. A esse respeito Marinela (2016) explica que são dotados de vício material irrelevante. Ofendem apenas regras internas da administração que objetivam a padronização sem, contudo, atingir a segurança e as garantias dos administrados. Dessa forma, não cabe a anulação, mas a convalidação.

Mello (2013, p. 479) explica que:

Tais regras cumprem *meramente funções internas de uniformização*; não tem, pois, qualquer relevância em relação a segurança e ao conteúdo do ato, a publicidade dele ou as garantias do administrado. Servem apenas a metodização dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos, isto é, a qualificação das diversas “fórmula” expressivas dos distintos atos administrativos. Assim, as regras atinentes a tal aspecto não tem relevância jurídica externa, mas puramente interna, razão pela qual a violação delas só pode acarretar sanções administrativas para os agentes que as desatenderam, mas em nada interfere com a validade do ato.

Justen Filho (2016, p. 269) os divide em duas classes: os dotados de irregularidade suprível e os dotados de irregularidade irrelevante. No primeiro caso, exemplifica um ato de aposentadoria, cujo erro consista na data a partir da qual ele produzirá efeitos. É um defeito sanável, possível de correção sem acarretar lesão a valor ou interesse jurídico.

Os dotados de irregularidade irrelevante são aqueles cuja desconformidade, mesmo antes da correção, não afeta valor ou interesse jurídico. O exemplo citado pelo jurista é o erro de grafia de uma palavra. Neste caso, sendo o equívoco evidente e se não alterar o sentido da oração, não é considerado sequer um vício jurídico.

5 DISCRICIONARIEDADE: ANÁLISE DO DELINEAMENTO JURÍDICO

Preliminarmente à análise do instituto da discricionariedade no Código de Ética, é imprescindível delimitá-lo no tempo, por meio de uma análise da evolução histórica e no Direito, apontando seus limites legais.

O desenvolvimento da discricionariedade desde o seu surgimento, no contexto da Revolução Francesa, e ao longo dos anos até o Direito Administrativo contemporâneo apontam para uma ampliação dos instrumentos de controle e uma consequente mitigação do poder do administrador.

Nesse sentido, os princípios jurídicos exercem importante função. Eles servem de guia à atuação da Administração. E, ao indicarem as margens da atuação

lícita, apontam o que delas está excluído e, dessa forma, sujeito à revisão, administrativa ou judicial.

Por essa razão não seria possível o estudo do Código de Ética dos militares sem previamente situar o instituto no ordenamento jurídico.

5.1 Origem e evolução histórica

Binenbojm (2008, p. 195) informa que a origem da palavra discricionariedade está no Estado Europeu dos séc. XVI a XVIII e expressava a soberania decisória do monarca. Nessa acepção discricionariedade e arbitrariedade encontravam total similitude.

Esclarece Carvalho Filho (2013, p. 16) que o poder discricionário conforme a ideia que hoje se tem, em um Estado Democrático de Direito, teve origem na França no período pós reinado e no contexto da Revolução Francesa. Na verdade, não apenas o poder discricionário, mas, o próprio Direito Administrativo teve, como salienta Marinela (2016, p. 65) seu impulso em nessa época.

O Poder discricionário não nasceu propriamente como prerrogativa de Direito Público, mas, é decorrente do princípio da separação dos poderes, teoria desenvolvida por Montesquieu em *L' Esprit. des Lois*, no ano de 1748. Segundo reza a referida teoria, os Poderes deveriam atuar separados para manterem a independência. Marinela (2016, p. 65) ressalta que a “...*tripli-partição das funções do Estado em executiva, legislativa e judicial, o que veio a ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las...*”

No fim do século XVIII na França revolucionária a discricionariedade tinha o postulado basilar da vedação da apreciação de decisões administrativas pelo Poder Judiciário. Essa ilação, embora não corresponda ao preconizado pela teoria da separação dos poderes, visto que a análise do Judiciário é apenas de legalidade, é adequada ao contexto histórico. O Executivo alimentava uma desconfiança em relação ao Judiciário. E essa preocupação manifestou-se no direito positivo em dois textos: a Lei de 16-24 de agosto 1790 e o decreto de 16 fructidor do ano III. O primeiro ato normativo, segundo, Carvalho Filho (2013, p. 17) regulava as relações entre o Poder Judiciário e dos demais poderes. E, no art. 13 trouxe a seguinte recomendação:

As funções judiciais são distintas e se manterão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de abuso de função, obstaculizar de modo algum a atividade dos corpos administrativos, nem convocar perante si os administradores em razão das suas funções.

O Decreto de 16 fructidor do ano III, posteriormente, confirmou a determinação da outra norma, que preconizava o seguinte: *“Reitera-se a proibição aos tribunais para conhecer dos atos administrativos, seja qual for a classe a que pertençam.”*

Pontua, ainda, Marinela (2016) que, posteriormente, um tribunal administrativo foi instituído e atuava paralelamente aos tribunais judiciais. Ele foi denominado Conselho de Estado. Existente até os dias atuais, exerce as funções consultiva e jurisdicional. Emite pareceres (não vinculativos) e atua como conselheiro nas proposições legislativas do Governo. Exerce, também, o papel de juiz na da ordem jurisdicional administrativa, contencioso das atividades do Poder Executivo e outras questões relacionadas a prerrogativas de poder público.

Leciona Gazier (1984, p. 63) que na verdade o Conselho de Estado foi criado muito antes de Montesquieu e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Naquela época com uma concepção autoritária, com a função de auxiliar o imperador a governar. A instituição sofreu transformações até assumir sua atual configuração como *“... um dos baluartes do liberalismo democrático e dos direitos do homem.”*

Na atuação como conselheiro o Conselho de Estado evita de adentrar em discussões sobre ações políticas. Emite, porém, parecer quanto a forma, conteúdo e corrige juridicamente os atos normativos, decretos e leis, que a ele são apresentados.

No exercício da função jurisdicional faz o controle das decisões administrativas e coleciona jurisprudência que se constitui em importante fonte do Direito Administrativo.

E, conforme ressalta Carvalho Filho (2013, p. 18) que embora a justiça administrativa seja diversa e autônoma do Poder Judiciário ela se mostrou imparcial na solução dos litígios que lhe foram apresentados e conseguiu conquistar a confiança da sociedade. E, o caminho que perseguiu esse sistema foi no sentido de diminuir a *“... densidade atribuída à interpretação inicial da separação, de modo a não considerar interferência do poder judiciário a atuação na qual se vislumbrasse a*

observância do princípio da legalidade.”. Dessa forma, a discricionariedade, necessária a atuação da Administração, passou a justificar-se em nome da própria separação dos poderes. O controle de legalidade, como prerrogativa do Poder Judiciário, como atualmente é entendido, não o autoriza a adentrar em seara de outro Poder, mas, a cumprir com suas atribuições em prol da conformação dos atos administrativos ao ordenamento jurídico.

Di Pietro (2013, p. 74) ressalta que:

O conceito de discricionariedade não permaneceu estático no tempo. Conforme demonstrado no item sobre constitucionalização do Direito Administrativo, a evolução da discricionariedade acompanhou a evolução do princípio da legalidade. Quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais se reduz a discricionariedade administrativa.

Assim, a discricionariedade é um conceito que evoluiu ao longo do tempo e a compreensão desse progresso é importante para definição dos marcos limitadores. Na atual perspectiva os limites à discricionariedade são cada vez mais evidentes e restritivos.

5.2 Marcos limitativos da discricionariedade

Salienta Carvalho Filho (2013, p. 21) que “*A discricionariedade, embora constitua uma prerrogativa da Administração Pública, não pode ser exercida de forma ilimitada.*”. E, não apenas este poder, mas todas as funções públicas encontram no Direito limite.

Não se pode afastar do exercício da competência discricionária a análise do mérito administrativo. Este se constitui no juízo de valor que formará a base da decisão do agente. Essa valoração feita sobre a conveniência e oportunidade é o “*cerne da discricionariedade*”. Ressalta, entretanto, Marinela (2016, p. 408) que mesmo nos atos discricionários há elementos que são vinculados. Isso, tendo em vista a liberdade que esse tipo de ato confere não deve transformar-se em arbitrariedade.

Assim, esclarece Carvalho Filho (2013, p. 22) que há limites que objetiva e claramente são apontados pela lei. Estão, assim, expressos na legislação e consistem em opções que o administrador pode fazer dentro das dispostas na norma. Outros não são expressamente mencionados na lei, mas, estão implícitos.

Ele afirma que “... sempre haverá limites implícitos, ou seja, aqueles que não podem ser descumpridos pelo administrador a pretexto de estar exercendo sua competência discricionária.”. Essas fronteiras impostas pelo ordenamento serão, a seguir, criteriosamente analisadas.

5.2.1 Discricionariedade e os requisitos de validade do ato administrativo

Previamente foram considerados os elementos ou requisitos de validade do ato administrativo. E não sem razão, mas, pelo fato de que na análise dos aspectos discricionários do ato administrativo eles se revestem de especial importância.

Afirma Carvalho Filho (2013, p.21) que mesmo nos atos que possibilitam o exercício da discricionariedade, a forma, a finalidade e a competência são vinculados.

No mesmo sentido, Costa (2002, p. 42) ressalta que:

Quando a atividade for vinculada, o ato disciplinar deverá, no todo, ater-se ao figurino legal, exigindo-se que os seus elementos atendam às disposições plasmadas nas leis. Tratando-se de ação punitiva discricionária, fica a Administração livre quanto aos elementos *motivo e objeto*, permanecendo, não obstante, jungida à lei quanto aos outros elementos (competência, forma e finalidade).

Em relação à competência não poderia ser diferente, pois, é procedente da lei. Logo, não há flexibilidade ou opção de escolha sobre receber ou não determinada competência, tampouco, sobre ampliá-la ou reduzi-la.

A finalidade, consoante o já exposto em item específico, tem como propósito o atendimento ao interesse público. Este não é um objeto negociável na atuação do administrador público. Portanto, ela é, também, um elemento vinculado.

No tocante à forma, não há possibilidade de escolha para o administrador. A lei prevê a forma de exteriorização do ato administrativo. O que pode ocorrer, mas, não usualmente é que a lei preconize mais de uma possibilidade de formalização de condutas. Carvalho Filho (2014) exemplifica essa possibilidade pelo disposto no art. 62, da Lei n. 8666/93. A norma admite vários meios de formalização dos contratos administrativos. Nesses casos, o autor entende que há uma carga de

discricionariedade, visto que o administrador deve eleger uma dentre as formas previstas na lei.

Como raciocínio lógico é possível inferir que são apenas nos elementos motivo e o objeto dos atos discricionários é que, de fato, existe discricionariedade. Neles é feito o juízo de conveniência e oportunidade.

5.2.2 Discricionariedade e princípios

Não se pode duvidar da importância dos princípios no Direito pátrio e, em especial no Direito Administrativo. Eles são o alicerce e o fundamento da ciência jurídica. São parâmetro para interpretação das regras. Traduz, na lição de Justen Filho (2016, p. 45) “... a consagração de valores e se exterioriza como uma diretiva finalística de cunho deontológico.”

O Direito Administrativo, diferente do que ocorre em outros ramos, não é codificado e tem formação menos antiga que alguns ramos tradicionais. Os princípios se constituem, portanto, em importante instrumento de aplicação sistemática do Direito neste ramo.

O direito contemporâneo faz distinção entre princípios e regras, reconhecendo que ambos são espécies de normas jurídicas de observância obrigatória. “A regra, traduz uma solução concreta e definida, já o princípio indica uma escolha axiológica”, diferencia Justen Filho (2016, p. 46). A solução dos conflitos é, também diversa entre eles. Muitos juristas, entre eles Marinela (2016) e Justen Filho (2016) recorrem às teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy para explicar essa distinção entre princípios e regras e a forma adequada de solucionar os conflitos de normas jurídicas.

Segundo esta corrente jusfilosófica contemporânea os princípios são “mandamentos de otimização”. Eles ordenam o melhor possível, a máxima aplicação dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes. Esclarece Marinela (2016) que sua incidência depende de ponderações realizadas no momento da aplicação. Não é possível fixar previamente a amplitude ou “peso” que cada princípio assumirá em caso de conflito. Em cada situação um prevalece em detrimento do outro, mas, não significa que o “menos aplicado” naquele caso específico seja menos importante ou deva ser afastado completamente. A relação traçada será do grau de preponderância de cada princípio no caso concreto. As regras, por outro lado, tem

sua amplitude prefixada e quando em conflito ele é dirimido no plano da validade. Isto é, quando uma regra é declarada válida para o caso concreto, outra regra com ela conflitante é excluída.

É, ainda, importante esclarecer que não existe hierarquia entre princípios e regras no ordenamento jurídico. Na verdade as regras refletem os princípios. Marinela (2016, p.79) pontua que *“a regra só ganha contorno em razão de um princípio que a antecede e fundamenta. Em contrapartida, as regras conferem aos princípios a sua forma e amplitude, dando-lhes concreção”*.

Justen Filho (2016, p. 46) assegura que os princípios obrigam às vezes mais do que as regras, visto que representam uma síntese axiológica de valores fundamentais. Entretanto, as regras não podem ser desprestigiadas, porque os princípios não são capazes de fornecer uma solução exata, precisa e predeterminada. Em comparação com as regras, o jurista afirma que eles reduzem a segurança jurídica na aplicação do direito. A regra, por sua vez, reduz a autonomia decisória da autoridade.

Ocorre que na legislação pátria, a fim de fazer cessar a discussão sobre a incidência de determinado princípio e deixar inequívoca a sua obrigatoriedade, muitos deles foram positivados por citação expressa na Constituição da República, nas Constituições dos Estados e na legislação infraconstitucional, conforme adiante se verá.

Uníssona é a inteligência entre os administrativistas de que o mérito administrativo não pode ser objeto de análise por parte do Poder Judiciário. Sem embargo é, também, o atual entendimento de que é admitida a análise dos atos administrativos em relação a legalidade.

No atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá, por vias tortas, atingir a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão somente quando essas forem incompatíveis com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal. (MARINELA, 2016, p. 410)

A análise da legalidade é aqui compreendida não apenas como conformidade à lei, mas, aos princípios constitucionais, ao ordenamento jurídico.

Medauar (2013, p. 71) destaca que eles acarretaram mais direcionamento ao poder discricionário.

Marinela (2016, p.129) é ainda mais enfática, ressaltando que a violação dos princípios representa uma transgressão aos valores mais caros e basilares do ordenamento jurídico, comprometem todo o sistema:

... a inobservância a um princípio gera uma ofensa a todo o sistema de comandos, e não somente a um mandamento obrigatório específico. Essa desatenção é a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, porque representa uma agressão contra todo o sistema, uma violação dos valores fundamentais, gerando uma *corrosão de sua estrutura mestra*.

Nesse sentido é, também, o entendimento de Rosa (2013, p. 147) para quem a conformação do regime jurídico administrativo deve obediência primária aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, aos princípios fundamentais do regime jurídico-administrativo; aos princípios, expressos ou implicitamente identificáveis com regime constitucional imposto à Administração Pública, ao exercício das funções públicas. Alguns desses princípios serão a seguir estudados com foco na discricionariedade.

5.2.2.1 Legalidade

O princípio da legalidade decorre do art. 5º, inc. II, CR/88, segundo o qual “*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”. Então, mediante o que preconiza a Constituição, o particular não pode ser forçado a conduta não prevista na lei. Existe neste caso uma relação de não contradição à lei que regula o direito privado, uma vez que é regido pela autonomia da vontade. Por meio dessa regra, ao mesmo tempo o legislador constitucional desonerou os administrados de obrigações não instituídas por lei e vinculou a Administração Pública à estrita observância dela.

Desse postulado, extrai-se, assim, o entendimento de que o administrador somente pode limitar a liberdade individual nos termos previstos na lei. O *caput* do art. 37 CR/88 expressamente determina a obediência a esse princípio. Em outros dispositivos constitucionais é, também, ressaltada a importância da estrita obediência à lei no exercício da função administrativa. Expressamente a Lei 14.184/2002, nos art. 4º e 5º assim determinou:

Art. 4º – Somente a lei poderá condicionar o exercício de direito, impor dever, prever infração ou prescrever sanção.

Art. 5º – Em processo administrativo serão observados, dentre outros, os seguintes critérios:

I – atuação conforme a lei e o direito;

Marinela (2016, p. 85) ressalta a importância conferida pela Constituição da República ao princípio da legalidade. Segundo leciona, trata-se “... *da expressão máxima do Estado Democrático de Direito, característica maior do Estado brasileiro.*”. E Mello (2013, p. 103) enfatiza: *É o que “... o qualifica (o Estado de Direito) e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo.”*.

O princípio da legalidade não tem o escopo de afastar a discricionariedade, mas, de dar sustentação e estabelecer-lhe os limites: “... *a discricionariedade realmente só se legitima dentro limites legais.*” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 23).

Assim, a não observância desse princípio pelo administrador público acarreta arbitrariedades e ausenta o administrado de mecanismos de proteção. Por essa razão Di Pietro (2013, p. 134) alerta que “*Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito os direitos individuais.*”.

É válido ressaltar que, embora tenha adotado o sistema de jurisdição *una*, típico do *common law*, o princípio da legalidade foi inserido no ordenamento pátrio conforme originalmente concebido na França revolucionária, no nascedouro do Direito Administrativo. Neste as decisões judiciais não são precedentes de obrigatoria observância, mas, a lei é entendida como ato oriundo da atividade parlamentar, de alteração legislativa, do Direito Positivo.

Até mesmo na França contemporânea os precedentes do Conselho de Estado são aplicados como decorrência do princípio da legalidade e com força normativa.

No Brasil, entretanto, embora as teorias surgidas nos tribunais franceses estejam presentes no Direito Administrativo, elas dependem de alteração legislativa para adquirir força de lei, esclarece Di Pietro (2013). As bases necessariamente devem estar na Constituição. Ressalta, porém, que atualmente o princípio da

legalidade tem uma abrangência maior porque significa submissão ao Direito. Por isso, aspectos antes vedados ao Poder Judiciário apreciar, estão agora sujeitos ao crivo deste Poder. Por isso, fala-se em redução da discricionariedade pela ampliação do princípio da legalidade.

5.2.2.2 Razoabilidade e proporcionalidade

Apregoa o princípio da razoabilidade que a atuação administrativa deve ser coerente. É “...o bom senso aplicado ao Direito” (TOURINHO, 2013, p. 113). E, assevera Marinela (2016, p. 1276) que a ideia de congruência insere-se neste conceito pelo princípio da proporcionalidade. Desse modo, a razoabilidade e a proporcionalidade visam a assegurar que as decisões administrativas contribuirão de fato para a satisfação do interesse público. Deve existir uma pertinência entre a oportunidade e conveniência com a finalidade do ato. Por isso, ensina Di Pietro (2013, p. 151) que “*Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade...*”.

A razoabilidade está explícita na Constituição do Estado de MG, que destaca sua importância como instrumento de controle da administração pública:

Art. 13 – A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão (...)
§ 1º – A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso.

E no art. 2º da Lei nº 14.184/2002 é citado como um dos princípios de obrigatoria observância pela Administração Pública.

Ela exige, mais especificamente na figura da razoabilidade, “o equilíbrio entre os benefícios e os prejuízos obtidos com a prática do ato – e mais, o equilíbrio entre os atos e as medidas aplicadas, o que também representa agir de forma razoável”. É uma valoração jurídica da justiça traduzida por uma “...justeza da aplicação da norma jurídica.” (TOURINHO, 2013, p.113). E, nesta acepção, continua a jurista, relaciona-se ao princípio da igualdade como instrumento de justiça. Como apenas a lei pode criar distinções, interpretações legais que criem desigualdades entre iguais são desarrazoadas e injustas.

Desse modo, esses princípios representam um importante mecanismo de controle da administração, visto que limitam a discricionariedade. A aplicação

desses princípios não é questão de mérito administrativo, mas, obrigatória por força constitucional e de dispositivos da legislação infraconstitucional. O Judiciário ao regular essa questão faz um controle de legalidade.

5.2.2.3 Moralidade

O princípio da moralidade consiste na atuação do agente público em consonância com a moral, os valores, a ética. Não significa, porém, agir conforme o senso de uma moralidade comum, mas a moralidade administrativa. Ela compreende os princípios da *lealdade e boa-fé*, conforme preconiza Mello (2013, p. 122). E, nesse sentido é o ensinamento de Marinela (2016, p. 94):

O princípio da **moralidade administrativa** não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador.

Pontua Medauar (2013, p. 71) que o princípio da moralidade representa uma redução na esfera livre do poder discricionário.

Este princípio foi consagrado no art. 37 CR/88, caput e §4º, norma que institui a probidade como dever do administrador público. E na legislação infraconstitucional estão vários dispositivos que tem a função de proteger os administrados e responsabilizar o mau administrador.

Essa forma de conduta honesta deve permear não apenas as relações entre a Administração e os administrados, mas, também, a relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram, salienta Carvalho Filho (2014).

Rosa (2013, p.162) ressalta que embora não possua papel constitutivo de direito, a moralidade tem uma importante função regulatória, de controle da administração. Aduz que o princípio obriga a uma análise do componente ético da ação do administrador público. Não se vincula, porém, ao ânimo do agente. Esse exame pode ser feito a partir da análise do motivo, finalidade ou objeto do ato.

Assim, a noção de boa administração associada ao conceito de boa fé é mensurada a partir de um exame puramente objetivo. Ela é mais do que um

desdobramento do princípio da legalidade, visto que antecede a ordem legal legítima.

E, por mais que não seja coincidente com a moral comum, dela não está dissociada. Ela está situada no campo que se insere entre o Direito e a Moral. Não é alheia à moral da coletividade, mas, se delinea dentro do padrão ético que compõe o sistema constitucional pátrio com a finalidade de aplacar as desigualdades e realizar a justiça, ao suprimir as vontades egoísticas da pessoa que administra em prol dos interesses da sociedade.

Impede, este princípio a aplicação da máxima segundo a qual “*os fins justificam os meios*”, visto que não apenas a finalidade deve ser moral, mas, a atuação do administrador como um todo ao exame não pode ser reprovável.

O art. 9º da Lei 14.130/2002 define que “... *a correção de atitudes impõem conduta moral e profissional irrepreensíveis a todo integrante das IMEs...*”. Entendida, aqui a moral administrativa que independe dos valores particulares do militar, mas envolvem a noção jurídica do conceito.

Nas disposições gerais do art. 95, da mesma norma, novamente o legislador cita a moralidade. Desta vez, com viés fiscalizador das ações dos superiores hierárquicos. Nesse artigo, está a autorização para que o subordinado que presencie superior ou militar mais antigo praticando ato que atente contra a moralidade ou à legalidade encaminhe relatório reservado “... *ficando-lhe assegurado que nenhuma medida administrativa poderá ser aplicada em seu desfavor.*”.

Assim, o Código de Ética flexibiliza a rigidez do pilar “hierarquia” para garantir uma administração proba. A esse respeito, Oliveira (2016, p. 444) esclarece que o alcance da norma abrange apenas atos de improbidade administrativa quando menciona “*ato contrário à moralidade*”, e ao citar “*ato contrário à legalidade*” o legislador refere-se às infrações penais comuns e militares.

5.2.2.4 Eficiência

Em Economia a eficiência pode ser compreendida como a utilização mais racional dos recursos a fim de obter a maior vantagem com o mínimo investimento. Relaciona-se nessa área de estudo a eficiência com recursos econômicos. “*Veda-se*

o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação das necessidades coletivas.” (JUSTEN FILHO, 2016, P. 67).

Ao estudar o conceito em Direito Administrativo e aplicá-lo na gestão de recursos públicos o enfoque deixa de ser puramente voltado ao investimento financeiro. Isso, porque na organização da atividade privada pode o investidor buscar egoisticamente atender as finalidades que melhor lhe convierem, inclusive priorizando o lucro. No exercício da atividade administrativa o interesse da sociedade e os valores a ela caros não podem ser desprezados. Por essa razão, parte da doutrina tem empregado o conceito de eficácia no lugar de eficiência.

Nesse sentido, Justen Filho (2016, p. 68) esclarece que deve, sim, a administração evitar desperdício econômico. Porém, sempre que esse interesse conflitar com valores fundamentais, deverá ocorrer um sopesamento entre eles a fim de buscar-se a melhor solução. Deve-se adotar a solução que preserve de maneira máxima todos os valores e princípios envolvidos conforme o caso concreto. A ponderação de valores é o caminho para encontrar a medida eficiente na ordem jurídica. Algumas vezes a eficiência administrativa destoa da eficiência econômica. Assim, ele entende que a eficácia administrativa, perpassa, também, a vedação de soluções burocráticas inúteis e que não atendem à finalidade do ato. A atividade administrativa não é um fim em si mesmo. Ela existe para atender as necessidades do cidadão. A frustração desse objetivo viola o princípio da eficiência, ainda que atenda a uma série de práticas burocráticas pré-estabelecidas e a uma série de requisitos inúteis. Esses às vezes se prestam somente a obstaculizar o acesso dos administrados à plena realização dos seus direitos.

Não se pode, entretanto, perder de vista que em uma democracia a atividade administrativa se sujeita aos dispositivos constitucionais e infralegais. Não se pode olvidar do princípio da legalidade em face da eficiência sob pena de não ver realizados os direitos fundamentais do cidadão. O princípio da eficiência, assim como os demais, deve ser concebido sob o prisma da legalidade. Essa é a exegese de Mello (2013, p. 125):

Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois, jamais uma suposta busca de eficiência justifica postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.

Princípios devem ser cotejados para construção da melhor hermenêutica. Porém, muito acertadamente esclareceu o jurista que a análise principiológica relativa à atividade da Administração Pública deve ocorrer sempre à luz da legalidade. Este é parâmetro no balizamento da atividade administrativa. Justificativas arditosas que cedem espaço à discricionariedade ilimitada e ao abuso de poder encobertos pelo “manto da eficiência” destoam do ordenamento jurídico pátrio e não podem prosperar em um Estado Democrático de Direito. *“Vale dizer que a eficiência é um princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente o da legalidade.”*. (DI PIETRO, 2013, p. 155)

Ao relacionar a eficiência com a discricionariedade, Tourinho (2013, p. 111) ressalta a relevância desse princípio nos aspectos discricionários do ato administrativo. Na atuação vinculada o administrador dispõe de uma única solução possível para o atendimento do interesse público. Não é desse modo afetada pela eficiência. Na atuação discricionária, quando algumas possibilidades de escolha se apresentam ao administrador, apenas uma solução será a ótima, a melhor possível, quando analisada pelo observada com a lupa da eficiência. Entretanto, pondera, o controle jurisdicional não pode substituir a figura do administrador pela do juiz. Cabe ao magistrado apenas dizer se a solução adotada pelo administrador foi ou não satisfatória ao atendimento da finalidade pública.

Di Pietro (2013), ao contrário, defende que o ato será discricionário quanto ao objeto ou conteúdo quando houver vários objetivos válidos para atingir o mesmo fim, sendo todos eles corretos perante o direito. Exemplifica essa situação pela possibilidade de que a administração aplique a um funcionário para a mesma infração a pena de multa ou de suspensão. Ela defende que esse espaço é de livre decisão da Administração Pública e não cabe ao Judiciário adentrar nessa seara. Afirma que:

Existem situações em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário.

Distingue, porém, a discricionariedade da interpretação jurídica. Esta conduz o intérprete a apenas uma solução na qual não há possibilidade de interferência da vontade dele. É um esforço decorrente da hermenêutica jurídica e balizado por regras objetivas. Aquela exige um juízo de valor. Assim, não pode o Judiciário subsumir a vontade administrativa pela do juiz. Porém, deve atuar no sentido de impedir a perpetração de arbitrariedades.

5.2.2.5 Impessoalidade

Ensina Di Pietro (2013) que este princípio pode ser compreendido em duas acepções. A primeira delas está relacionada à finalidade pública que norteia a atuação da administração. Ela não pode agir com o objetivo de prejudicar ou beneficiar determinada pessoa. As normas de impedimento e suspeição são, assim, relacionadas a aplicação do princípio da impessoalidade e ao da moralidade. Visam a evitar parcialidade das decisões administrativas.

O segundo sentido relaciona-se à imputação da atividade administrativa à figura do órgão ou ente que pratica o ato, não ao funcionário. Em decorrência da aplicação desse princípio encontram validade os atos praticados por funcionário de fato, visto que os atos são do órgão, não da pessoa que os assinou.

Tourinho (2013, p. 107) afirma que onde mais se verifica ofensa a este princípio é no campo da discricionariedade, caracterizada pela submissão do interesse público a satisfação de interesses pessoais.

Enfatiza Justen Filho (2016, p. 64) que “*A impessoalidade é uma faceta da isonomia.*” Como todos são iguais perante a lei, inovações diferenciadoras somente podem ser feitas em virtude dela. O princípio exige uma atuação igual da administração para os iguais. Em outra leitura ele visa a impedir que alguém receba “... *tratamento mais vantajoso ou prejudicial que o reservado para o conjunto da população.*”. (JUSTEN FILHO, 2016). Ele não afasta a possibilidade de discriminação e de exceções. Porém, elas devem ocorrer mediante previsão legal, em situações igualmente excepcionais a fim de conferir tratamento isonômico.

Alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais regulam a matéria na seara do Direito Administrativo. É um princípio explícito no art. 37 CR/88. Replicado no art. 13 da Constituição do Estado de MG, de 1989 e elencado entre os de observância obrigatória no processo administrativo estadual pelo art. 2º da Lei

14.184/2002. Veda, também, a promoção pessoal do agente, no inc. III, art. 5º. Na Lei n. 14.310/2002 o art. 64 que institui normas para a composição da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar (CPAD) disciplina os casos de impedimento e suspeição. Todas essas regras visam a garantir a atuação impessoal do administrador público.

5.2.2.6 Publicidade

O princípio da publicidade impõe ampla divulgação dos atos administrativos. Somente assim é possível a realização de controle interno e externo dos atos administrativos. Identifica-se, portanto, com o próprio Estado Democrático de Direito, conforme salienta Tourinho (2013, p. 107). O sigilo é justificável apenas em alguns casos previstos na legislação como forma de resguardar interesses relevantes à sociedade.

A Lei nacional 12.527/2011 regulou no âmbito de toda a Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a garantia constitucional de acesso a informação prevista no inc. XXXIII, art. 5º; no inc. II, § 3º, art. 37 e no §2º, art. 216 CR/88. Ela determina no art. 2º a “*observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.*”. Essa disposição já era explícita no art. 5º, Lei 14.184/2002, que reza a publicidade como regra, possibilitando o sigilo apenas para hipóteses previstas na Constituição e em legislação específica. E no mesmo sentido está a Lei 14.310, art. 13, XVII, que preconiza como transgressão disciplinar de natureza grave o militar negar publicidade a ato oficial.

Também em atenção ao princípio da publicidade, está a disposição constitucional do inc. XXXIV, art. 5º, segundo o qual:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Nesse sentido a Lei nacional 9.051/95 dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. Na norma é previsto o prazo de 15 dias para expedição das certidões. Posteriormente, o inc. I,

§1º, Lei nacional 12.527/2011 ampliou para 20 dias, prorrogável por mais 10 dias, o prazo para a expedição da certidão, desde que não seja possível o acesso imediato à informação. O requerente tem o direito de receber certidão até mesmo da negativa de acesso a informação, art. 14.

É válido ressaltar que a publicidade é condição de eficácia para os atos administrativos. Dessa forma, o ato somente goza da imperatividade após a divulgação oficial.

E outro efeito da publicidade, especialmente nos processos administrativos, é o preventivo ou “*inibitório*”, conforme destaca Marinela (2016, p. 96). A jurista afirma que a divulgação das punições tende a desestimular a prática de ilicitudes e desvios e isso faz da publicidade um elemento favorável à redução de práticas ilegais. A Lei 14.310/2002 faz alusão a essa função preventiva e educativa da sanção disciplinar no art. 23. Evidentemente que essa função somente se realizará a partir da ciência da tropa de que as transgressões disciplinares tem sido punidas. Entretanto, a mesma lei determina no § 2º, art. 25 que:

§ 2º – As sanções disciplinares de militares serão publicadas em boletim reservado, e o transgressor notificado pessoalmente, sendo vedada a sua divulgação ostensiva, salvo quando o conhecimento for imprescindível ao caráter educativo da coletividade, assim definido pelo CEDMU.

A norma disposta no §2º mitigou, dessa forma, o princípio no processo administrativo dos militares estaduais, visto que o boletim reservado não é acessado pelos militares em geral, apenas por um restrito grupo de militares autorizados em razão da função que exercem.

Ainda nesse sentido, esclarece Oliveira (2016, p. 222) que em uma interpretação literal desse dispositivo as Instituições Militares Estaduais passaram a adotar o entendimento de que o ato de enquadramento disciplinar, que contém o cálculo da sanção, deve ser em regra publicado em Boletim Reservado. O ato de solução do Comandante, que determina o enquadramento disciplinar será publicado em Boletim ostensivo como regra. Para esse ato o Boletim Reservado será o veículo de publicação apenas quando existir justificativa no processo para essa exigência pela autoridade competente. Essa é a disposição do art. 319 do MAPPA:

Art. 319. A publicação do ato de solução da SAD, decidindo a autoridade militar pelo arquivamento ou pelo enquadramento disciplinar, se dará no boletim correspondente ao grau de sigilo definido para o processo.

Parágrafo único. A sanção aplicada por meio do ato de enquadramento disciplinar, decorrente da solução da SAD, será publicada em Boletim Reservado, exceto quando o fato gerador da punição deva ser de conhecimento geral, para fortalecimento da disciplina coletiva, observando-se o disposto no § 2º do art. 25 do CEDM

Por fim, é necessário esclarecer que a publicidade deve obedecer às regras previstas na Lei e ao formalismo estabelecido nas demais normas. Porém, publicidade não é sinônimo de publicação. Esta é espécie da primeira. Existem várias maneiras de conferir publicidade a um ato administrativo: via publicação em instrumento oficial, por cientificação pessoal, divulgação em jornal de grande circulação entre outros.

5.2.2.7 Supremacia do interesse público

Além dos princípios expressos na Constituição e na legislação infraconstitucional são, também, reconhecidos na principiologia da Administração Pública os da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Não são menos importantes do que aqueles, ao contrário disso, alguns autores como Fernanda Marinela, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo; Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro ressaltam sua relevância no Direito Administrativo.

Alexandrino e Vicente (2010, p. 190) os destaca como pilares do Regime Jurídico- Administrativo. Eles estão presentes tanto no momento de elaboração das leis como no de execução. E não é sem motivo, visto que a razão de ser da Administração Pública é satisfazer as necessidades da sociedade.

Destaca Mello (2013, p. 101) que a Administração Pública está adstrita por meio da lei a cumprir certas finalidades. Então é obrigação dos administradores públicos almejar a satisfação do interesse público.

Neste ponto merece uma ressalva o conceito de “interesse público”. Justen Filho (2016, p. 52) tece algumas objeções sobre o que é considerado interesse público. O autor afiança que não há um, mas uma pluralidade de interesses igualmente considerados como públicos, todos eles indisponíveis, todos

juridicamente protegidos e que entram em colisão no caso concreto. Dessa forma, o conflito não existe apenas entre interesse público e privado, mas, entre os variados interesses públicos existentes.

Coloca, também, em perspectiva a palavra *interesse*. Neste sentido, esclarece que juridicamente *interesse* é um conceito diverso de *direito*. Este considerado no sentido de posições subjetivas se estabelece quando o ordenamento atribui a um ou mais sujeitos a possibilidade de exigir uma conduta (de fazer ou de se abster).

O primeiro, por outro lado representa uma posição produzida pela ordem jurídica, mas, que não envolve a atribuição do dever de um, em benefício de outrem. O interesse representa uma relação de conveniência que apenas reflexamente decorre da disciplina normativa.

Ocorre, que no ordenamento jurídico o direito subjetivo goza de uma proteção jurídica que Justen Filho (2016) chama de *intensa*, diferente do interesse. Ele afirma que existe um direito subjetivo sempre que a ordem jurídica confere especial proteção a um interesse. Desse modo, esclarece que não há conflito entre um interesse público e um direito subjetivo privado. Isso, porque “...a existência de um direito subjetivo a um particular significa, de modo necessário e inafastável, a sua prevalência em face de outros interesses – inclusive públicos”.

Desse modo limites a direitos subjetivos privados em face do interesse público são admitidos somente com expressa previsão e determinação legal.

Ainda sobre esse conceito Justen Filho salienta a dificuldade de precisar o que significa *interesse público* pela sua natureza de conceito jurídico indeterminado. Assim, não raramente a doutrina e jurisprudência deixa a expressão sem contornos precisos o que dificulta o controle.

Propõe, então, uma conceituação negativa. Não se confunde com interesse público o interesse do Estado. Seria incompatível com a CR/88 essa correlação. Há interesses públicos não estatais, representados pelo terceiro setor.

Não representa, também, o interesse do aparato administrativo, da Administração Pública. O aparato Estatal não existe para se servir, mas para se colocar a serviço de um objetivo maior.

Incorreto é, ainda, confundir o interesse público com interesse do agente público. Este nada mais é do que o interesse privado de uma pessoa investida de Poder.

Alguns definem como o interesse da sociedade. Porém, esta entendida como a soma de indivíduos não representa o interesse público por ser antidemocrático. Anular a dimensão individual do conceito de interesse público, alerta o jurista, é o “*germe do autoritarismo*”, pois, abre espaço para o reconhecimento de interesses supra individuais. Essa foi a base de regimes totalitários, sobretudo do nacional-socialismo alemão e do stalinismo. Tampouco, como o interesse da maioria da população, pois, esta fórmula conduz à opressão. Em um Estado Democrático de Direito deve-se resguardar os direitos das majorias, mas, de igual forma o das minorias.

O conceito não se vincula meramente a questões quantitativas. Conclui enfatizando que o ponto fundamental na definição de interesse público é que eles envolvem “...*a realização de valores fundamentais indisponíveis, especialmente a dignidade da pessoa*”.

Nesse sentido é, também, o entendimento de Alexandrino e Paulo (2010, p.189). Eles afirmam que:

...existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais, expressos na Constituição ou dela decorrentes.

E, acrescentam que este princípio tem foco, sobretudo, nos atos em que a Administração Pública manifesta o poder de império (poder extroverso), aqueles em que ela impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente obrigações, restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou atividades. Ele salienta que nesses casos, existe uma relação de verticalidade entre o Estado e os particulares. E, que este princípio, assim, como o da indisponibilidade do interesse público, não se manifesta diretamente, porém, quando a Administração Pública atua como interventora na economia. Isso, porque nessa condição ela é regida predominantemente pelas regras de Direito Privado.

5.2.2.8 Indisponibilidade do interesse público

Alexandrino e Paulo (2013, p. 190) destacam o princípio da indisponibilidade do interesse público como um dos dois pilares constitutivos do

regime jurídico-administrativo. O outro é o da supremacia do interesse público. Reza o princípio que os bens e interesses públicos são indisponíveis, não são da Administração Pública, tampouco do administrador. Por isso, a ele cabe apenas a gestão, sendo vedados atos que impliquem em renúncia a direitos ou que onerem a sociedade sem uma justificativa que se sustente.

Diferencia Mello (2013, p.102) interesse público primário de interesse público secundário. O primeiro corresponde ao interesse público enquanto interesse da sociedade. O segundo estaria relacionado ao do Estado enquanto entidade personalizada. Este somente se justificaria, porém, quando instrumentos de garantia daqueles. Um interesse secundário que está desalinhado do primário é ilegítimo e ilegal. Ele ressalta que:

...nas situações concretas não de ser compreendidos, exegeticamente reconhecidos e dimensionados, tomando-se por gabarito máximo o *quantum* indispensável para a satisfação do escopo em vista do qual foram instituídos.

Sob essa perspectiva, Alexandrino e Paulo (2010, p. 191) lecionam que este princípio incide sobre em toda a atividade da Administração Pública. Manifesta-se na atividade-fim e na atividade-meio, e rege a satisfação do interesse primário e, também, do secundário. Tem estreita relação com o princípio da legalidade, visto que a lei é o instrumento hábil a determinar qual o interesse público, pois, é a manifestação legítima do titular desses direitos: o povo.

5.2.3 Discricionariedade e direitos fundamentais

Ensina Di Pietro (2013) que o direito alemão trilhou os primeiros passos no sentido da valorização dos direitos fundamentais e da constitucionalização dos princípios e valores que deveriam orientar a atividade da Administração Pública. Isso influenciou os países que seguem a tradição romanista, como o Brasil.

Marinela (2016, p. 78) ressalta que a doutrina mais moderna faz a distinção entre princípios e regras, já explicitada neste trabalho, e que essa é uma importante diretiva na solução de problemas relacionados a aplicação dos direitos fundamentais.

Assim como os princípios, os direitos fundamentais devem ser sopesados. Eles são dotados de um elevado grau de abstração e possuem mandamentos de otimização em face das circunstâncias fáticas. Somente pela análise do caso é possível perceber, por um processo de subsunção, qual deve prevalecer.

Este raciocínio em torno dos direitos humanos é necessário, tendo em vista que eles tem central importância no Direito Administrativo pátrio.

Justen Filho (2016, p. 58) defende que “*O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis*”. Desse modo, nenhuma proibição, comando ou interpretação jurídica pode estar dissociada dos direitos humanos.

Rosa, (2013,p. 154) afirma que “*... não haverá sopesamento justo que conduza à prevalência do ato administrativo em detrimento do direito fundamental*”. A discricionariedade que ignore este postulado não é válida.

6 DISCRICIONARIEDADE NO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DOS MILITARES ESTADUAIS

Como os atos punitivos do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais não estão dissociados do restante do ordenamento jurídico, toda essa construção teórica sobre os atos administrativos, poderes e princípios foi necessária para preparar as bases de sustentação da argumentação que mais especificamente a eles se relacionará nos tópicos seguintes.

6.1 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Quando o assunto em foco são os aspectos discricionários do ato administrativo, imprescindível é a análise dos conceitos jurídicos indeterminados. Justen Filho (2016, p. 99) os define como “... *expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto*”. Ele defende que essa indeterminação não é um defeito, mas uma riqueza da norma, pois, permite que o sistema de normas esteja próximo ao cotidiano das pessoas.

Na doutrina há duas grandes correntes referentes a esse tipo de conceito: uma que defende que eles podem conferir discricionariedade. A outra assevera que não conferem discricionariedade, visto que exigem um exercício de interpretação que conduz a uma única solução válida.

Os sectários da primeira corrente afirmam que os conceitos jurídicos indeterminados implicam em discricionariedade quando se tratam de conceitos de valor.

Di Pietro (2013) explica que há situações em que a lei usa conceitos técnicos. Nestas não há dúvida de que cabe a manifestação do órgão técnico, restando à administração apenas adotar a solução que seja juridicamente válida a

partir dessa participação técnica. Ela vincula-se ao laudo técnico emitido por órgão especializado competente. Cita o exemplo do termo *invalidez* para fins de aposentadoria, que necessita de um parecer especializado.

Em outros casos, fala-se em conceitos de experiência ou empíricos. Nestes, explica a jurista, a discricionariedade fica afastada porque há critérios objetivos práticos, extraídos da experiência comum que permitem ao intérprete chegar a apenas uma solução juridicamente válida. Este é o caso das expressões “bons antecedentes”, “caso fortuito” e “força maior”, por exemplo. Todas elas contidas na legislação disciplinar dos bombeiros militares.

Por fim, Di Pietro (2013) aponta os conceitos de valor, como moralidade, interesse público, decoro da classe e outros. Neles reside maior imprecisão e a fonte de várias discussões em sede de processos disciplinares na instituição. Eles não significam liberdade plena do administrador. Porém, é inegável que possuem uma zona de imprecisão. Não possuem uma exatidão de sentido. É inevitável que a valoração de sentido seja mutável de acordo com o intérprete.

Conclui, porém, Justen Filho (2016, p. 102) que apesar da divergência doutrinária “... *todos estão de acordo em que a utilização pela lei de um conceito jurídico indeterminado não autoriza decisão fundada em razões de conveniência e oportunidade*”. Ele concorda que a concretização de um conceito dessa natureza envolve uma margem de subjetividade. Porém, os que acreditam que os conceitos jurídicos indeterminados encerram discricionariedade admitem a existência de outras espécies de discricionariedade, além daquela que consiste em um simples juízo de conveniência e oportunidade.

Então, como não são considerados aspectos que carecem de apreciação no tocante a mérito administrativo, concorda a doutrina contemporânea que são passíveis de controle judicial. Di Pietro (2013, p. 298) esclarece que:

A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo.

E, mesmo nos casos em que há uma necessidade de uma apreciação subjetiva, a doutrina contemporânea tem defendido que a valoração deve ser feita

dentro do razoável, em consonância com aquilo que, para o senso comum seria aceitável em atendimento ao princípio da razoabilidade.

Os conceitos indeterminados se apresentam em vários artigos do Código de Ética e Disciplina dos Militares Estaduais de MG. Desde o art. 3º que fala de alguns deveres dos militares como incentivar e manter a harmonia e a solidariedade no ambiente familiar e de trabalho. E, ainda, que os militares deverão pautar seus comportamentos na civilidade, cortesia e lealdade. E, assim são encontrados em toda a Lei 14.310/2002 conceitos que necessitam de uma complementação ou interpretação do administrador.

Como este trabalho se presta a analisar os atos punitivos, o foco serão as transgressões disciplinares e o reflexo desses conceitos nos atos punitivos no item a seguir, consoante a corrente doutrinária que defende incluírem-se os conceitos jurídicos indeterminados como aspectos discricionários do ato administrativo.

6.2 Aspectos discricionários das decisões administrativas punitivas do CBMMG.

Em Direito Administrativo a regra é da atipicidade das condutas, consoante ensina Di Pietro (2013, p. 834): *“Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão...”*.

Costa (2004, p. 61) esclarece que ainda que sejam típicas as transgressões disciplinares não exigem uma *“... precisa e rigorosa correspondência entre as suas bases hipotética e factual (como nas infrações penais)”*. Entretanto, apesar de defender a tipicidade relativa das normas disciplinares, ele salienta que não pode ser o funcionário punido arbitrariamente, escorando-se a Administração nos conceitos de conveniência e oportunidade. Ele afirma que essa liberalidade apenas deixa de exigir que os motivos da punição estejam previamente estipulados na lei. *“Não prescinde, contudo, de que o fato atribuído ao servidor seja, além de verdadeiro, reprovável”*. (COSTA, 2004, p. 63).

O art. 11, da Lei nº 14.310/2002 contém a seguinte definição de transgressão disciplinar:

Art. 11 – Transgressão disciplinar é toda ofensa concreta aos princípios da ética e aos deveres inerentes às atividades das IMEs em sua manifestação elementar e simples, objetivamente especificada neste Código, distinguindo-se da infração penal, considerada violação dos bens juridicamente tutelados pelo Código Penal Militar ou comum.

Por meio desse artigo, o legislador privilegiou a tipicidade das condutas a serem consideradas transgressoras da disciplina militar. Este é o entendimento de Oliveira (2016, p. 61):

Assim, para que o militar possa ser sancionado disciplinarmente, sua conduta deve encontrar amoldamento em um dos tipos transgressoriais, que, inclusive, deverá ser expressamente mencionado no ato administrativo que aplicar a sanção, denominado “*enquadramento disciplinar*”.

Ocorre que, ao contrário do direito penal, a legislação administrativa punitiva dos militares estaduais apresenta muitos tipos transgressoriais abertos e que elencam conceitos indeterminados nos quais diversas condutas podem ser encaixadas.

Então, há mais de um momento no qual o administrador utiliza de certa carga de subjetividade na aplicação da legislação disciplinar. O primeiro deles é na subsunção da conduta ao tipo especificado na Lei. O segundo, na dosimetria da sanção, que é realizada no enquadramento disciplinar. Nesta oportunidade são considerados diversos aspectos atenuantes e agravantes a incidir sobre a pena base. O terceiro refere-se à possibilidade de substituição da sanção pela medida prevista no art. 10, Lei 14.310/2002.

6.2.1 Conceitos indeterminados nos tipos transgressoriais da Lei 14.310/2002

A Lei 14.310/2002 descreve, nos art. 13, 14 e 15 as condutas consideradas contrárias à disciplina militar. A Lei aplica-se tanto aos Policiais Militares, quanto aos Bombeiros Militares do Estado de Minas Gerais.

Em 03 de fevereiro de 2014, por meio da Instrução Conjunta de Corregedorias nº 01/2014, o CBMMG e a PMMG buscaram uma padronização das atividades disciplinares no âmbito das instituições.

Não se pode negar que tipos transgressoriais com conceitos jurídicos indeterminados possibilitam variedades de interpretação em face de situações

fáticas semelhantes. Assim, a ITCCPM/BM N. 01/2014 definiu preliminarmente alguns conceitos a fim de uniformizar a aplicação da lei e conferir um tratamento isonômico aos militares.

Entretanto, mesmo após esse esforço hermenêutico, em vários incisos permanece a imprecisão das normas com conceitos jurídicos indeterminados ou que carecem de alguma complementação. No tópico a seguir serão abordados alguns conceitos jurídicos indeterminados por necessidade de complementação valorativa presentes nos artigos 13, 14 e 15 da Lei 14.310/2002. Esses conceitos são os que a doutrina considera como dotados de carga de discricionariedade.

5.2.1.1 Dignidade humana

O conceito de dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no inc. III, art. 1º, CR/88:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Oliveira (2016, p. 74) destaca que ao tipificar como a primeira conduta antiética a prática de ato atentatório à dignidade da pessoa, ou que ofenda princípios relacionados a cidadania e direitos humanos, no inc. I, art. 13, Lei 14.310/2002, a legislação inovou em relação aos demais regulamentos disciplinares do país:

Art. 13 – São transgressões disciplinares de natureza grave:

I – praticar ato atentatório à dignidade da pessoa ou que ofenda os princípios da cidadania e dos direitos humanos, devidamente comprovado em procedimento apuratório;

Entretanto, pondera que não há um conceito legal ou doutrinário preciso do que significa dignidade humana, visto que este conceito está em constante evolução e somente no caso concreto será possível avaliar se houve ou não a violação.

A ITCCPM/BM N. 01/2014 busca complementar o sentido da expressão com outras de igual carga de indeterminação. Preconiza que “*A ofensa à dignidade deve atingir a honra, o respeito, a moral ou o decoro da pessoa*”. Conceito que não socorre aos que buscam uma aplicação justa da expressão, porque todas as palavras utilizadas nesta definição são tão imprecisas quanto a original. Dessa forma, o problema do aplicador do direito torna-se ainda maior. Em vez de buscar significação a apenas um conceito, “dignidade humana”, deve neste caso, buscar para outros quatro: honra, respeito, moral e decoro.

Di Pietro (2013, p. 998), a esse respeito enfatiza que:

Não há critérios objetivos que permitam definir, com precisão, o que é essencial para que se garanta a dignidade da pessoa humana, ou em que consiste o núcleo essencial dos direitos fundamentais ou o mínimo existencial.

Porém, se por um lado é verdadeira a afirmação de que o conceito de dignidade humana não pode ser pré-fixado, é também, necessário esclarecer que na condição de valor intrínseco a todo ser humano não pode ser subjetiva e legitimamente auferido com fundamento em critérios pessoais para fins disciplinares, sob pena de esvaziar-se ou de moldar-se conforme parâmetros não jurídicos e arbitrários. Nesse sentido, explica Awad (2012, p. 118):

...em vista de sua generalidade, o intérprete deverá promover a sua densificação para aplicá-lo no caso concreto em nome do primado da unidade do ordenamento jurídico.

Então, a saída legítima e legal da qual deve se valer a autoridade disciplinar para conferir densidade necessária à efetivação da justiça é pautar-se pelos demais princípios ao invocar este e motivar o ato em face das normas que compõem o ordenamento jurídico.

6.2.1.2 Decoro pessoal, grave escândalo, honra pessoal e decoro da classe

No inc. III, art. 13, Lei 14.319/2002, é possível identificar quatro conceitos jurídicos indeterminados:

Art. 13 – São transgressões disciplinares de natureza grave:

[...]

III – faltar, publicamente, com o decoro pessoal, dando causa a grave escândalo que comprometa a honra pessoal e o decoro da classe;

Dois deles foram definidos pelo MAPPA da seguinte maneira:

DECORO DA CLASSE – trata-se de uma repercussão do valor dos indivíduos e das classes profissionais. Não se trata do valor da organização e sim da classe de indivíduos que a compõem.

HONRA PESSOAL – sentimento de dignidade própria, como apreço e o respeito de que é objeto, ou se torna merecedor o indivíduo, perante os concidadãos.

A ITCCPM/BM N. 01/2014 repete a descrição de decoro da classe e honra pessoal que está no MAPPA. Entretanto, a Instrução complementa em busca do espírito da norma:

A proposta dessa expressão é que o sentimento e o respeito afetados por aquela transgressão devem se manifestar em relação aos militares e/ou civis que presenciaram, ou de qualquer modo, tomaram ciência do fato considerado como desabonador.

A mesma norma tenta compreender no art. 5º, o conceito de “grave escândalo”.

O grave escândalo deve ser compreendido como algo marcadamente negativo, um fato repreensível, uma situação vergonhosa, perniciososa, cometida pelo transgressor. É necessário que tal conduta saia da normalidade e que tenha repercussão, mesmo que restrita apenas ao público interno, não carecendo de divulgação pela mídia.

Em que pese à tentativa do MAPPA e da ITCCPM/BM N. 01/2014 de esclarecer os conceitos, permanece a imprecisão dos conceitos.

A fim de melhor elucidar os conceitos e o alcance dos elementos, Oliveira (2016) aduz que:

A honra pessoal se refere à pessoa militar, ou seja, deve-se verificar se aquela conduta cometida foi tão perniciososa ao ponto de denegrir gravemente a moral daquele militar autor do fato perante os demais militares ou civis que tomaram conhecimento do ocorrido. Trata-se aqui de avaliar se a sua honra objetiva, ou seja, a imagem (reputação) que o militar passou a ostentar após o conhecimento dos fatos por terceiros o tornou incompatível ou desmerecedor de continuar a exercer a função policial ou de bombeiro militar.

O decoro da classe, por outro lado, relaciona-se a forma como a conduta repercute na tropa. É necessário, segundo o jurista, verificar se houve mácula à moral dos militares que cercam o transgressor e não contribuíram na prática da transgressão. Dessa forma, os efeitos devem estender-se além da pessoa do faltoso para caracterizar-se uma ofensa ao decoro da classe. Não foi identificada na doutrina, porém, uma diferenciação consistente entre os conceitos de decoro pessoal e honra pessoal. Os termos podem ser compreendidos como sinonímia.

6.2.1.3 Depreciação

No inc. XII, art. 13, Lei 14.310/2002, está descrita a seguinte conduta:

Art. 13 – São transgressões disciplinares de natureza grave:

[...]

XII – referir-se de modo depreciativo a outro militar, a autoridade e a ato da administração pública.

A ITCCPM/BM N. 01/2014 descreve a depreciação como ato que diminui valor, que desconsidere ou desrespeite outro militar. E isso pode ser exteriorizado, preconiza a norma, “... *por qualquer meio, a exemplo da carta anônima, blog, mensagem de e-mail, SMS, redes sociais ou também oralmente*”.

Oliveira (2016) assevera que em processos disciplinares na condição de encarregado do procedimento ao redigir o relatório, na composição do CEDMU, e, até mesmo, em sede de defesa, o militar que tece comentários depreciativos a outro militar incide nessa transgressão disciplinar.

Carvalho Filho (2014, p. 991) leciona que, no exercício da ampla defesa e do contraditório, somente é vedada aos interessados a prática de atos procrastinatórios ou ilícitos.

Coaduna com esse entendimento jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, em Acórdão de apelação Processo n. 0007098-92.2012.9.13.0002. O juiz Revisor Cel PM Rúbio Paulino Coelho alerta para a necessidade de o recorrente ater-se aos pontos fundamentais da sua defesa ao justificar suas faltas disciplinares:

Se o Administrador Militar entendeu que o apelante utilizou, nos recursos interpostos, argumentação imprópria e ofensiva, com sentido depreciativo e desrespeitoso para com o comunicante e com a Administração Militar, trata-se do exercício de seu poder discricionário. Os Conselhos de Ética e Disciplina Militares da Unidade (CEDMU) também assim entenderam e opinaram, por unanimidade de votos, pela punição do recorrente, que deveria ater-se a enfrentar os pontos fundamentais aptos a justificar suas faltas disciplinares.

Entretanto, é importante ressaltar que no exercício do contraditório e da ampla defesa é necessário em alguns momentos questionar a conduta da administração militar e dos seus integrantes. Seria impossível o exercício de uma defesa de fato ampla se fosse vedada a simples menção de erros da administração. Nesse sentido é o voto do juiz Relator Cel PM Fernando Galvão da Rocha no mesmo acórdão:

Ainda que se reconheça que o relacionamento dos militares entre si e com os civis deve ser pautado pela civilidade, assentado em manifestações de cortesia, respeito, confiança e lealdade (§ 2º do art. 3º da Lei n. 14.310/2002), é certo que a garantia da ampla defesa e do contraditório deve ser resguardada, por se constituir em garantia fundamental prevista no art. 5º da CR/88, e não pode ser limitada apenas pelo fato de o interessado ser um militar. Como exercer a ampla defesa se não se pode questionar a conduta da administração militar e de seus membros. Dos elementos constantes dos autos, fica evidente que, nos recursos aviados pelo apelante, não há referência depreciativa ao encarregado e aos atos da administração militar. [...] Não é possível exercer a defesa de modo concreto se há vedação a mencionar erros de militares e impressões sobre o modo de manutenção da hierarquia e disciplina, especialmente quando os questionamentos não empregam palavras de baixo calão, tampouco tecem comentários pessoais sobre a pessoa do encarregado.

Assim, a expressão “depreciação” tem seu contorno delineado pelos princípios. E, em especial, pelo da ampla defesa que não pode ser utilizado no sentido de abuso de direito, mas, também não deve ser mitigado a fim de impedir-se a amplitude necessária ao seu exercício.

6.2.1.4 Desídia

O inc. II, art. 14, Lei 14.310/2002, positivou a desídia, um dos mais controversos tipos disciplinares do Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais:

Art. 14 – São transgressões disciplinares de natureza média:

[...]

II – demonstrer desídia no desempenho das funções, caracterizada por fato que revele desempenho insuficiente, desconhecimento da missão, afastamento injustificado do local ou procedimento contrário às normas legais, regulamentares e a documentos normativos, administrativos ou operacionais:

A ITCCPM/BM N. 01/2014 explica que o termo desídia tem múltiplos significados: “... *preguiça, desleixo, inércia, descaso, incúria, desatenção, negligência, indolência, apatia e outros*”. É um tipo aberto, porém no próprio inciso estão descritas as quatro circunstâncias que a caracterizam.

A primeira delas é *desempenho insuficiente*. A fim de delimitar a ITCCPM/BM N. 01/2014 determina que as atribuições devem estar previamente estabelecidas para que sejam objetivamente mal desempenhadas.

A segunda delas é *desconhecimento da missão*. Deve caracterizar-se, também, por situação objetivamente especificada na qual o militar não se inteirou de atribuições que deveria desempenhar.

Afastamento injustificado do local é a terceira situação caracterizadora de desídia. Neste caso o afastamento não deve ter justa causa.

Por fim, procedimento contrário às normas. Este necessita de complementação. É necessário indicar qual norma foi violada para que o acusado tenha acesso a ampla defesa.

Assim, a desídia apesar de ser um termo de impreciso significado, tem delineamento proposto pelas normas institucionais.

6.2.1.5 Boa educação e correção de atitudes

A Lei 14.310/2002 positivou no inc. III, art. 15 o dever de que os militares observem princípios da “correção de atitudes” da “boa educação”. Não estabeleceu, entretanto, parâmetros do que seriam esses conceitos.

Educação e atitudes corretas são critérios éticos e morais que variam nas comunidades e, dentro da mesma comunidade entre as famílias que a integram. É, dessa forma, muito subjetiva a avaliação do que seria uma conduta mal educada.

A Lei 14.310/2002, entretanto visa a proteger a ética e a disciplina militar. Não é qualquer falta social que representará uma transgressão disciplinar. Esta deve necessariamente estar vinculada à conduta funcional do militar. A falta em alguma

nuança deve atingir a IME ou seus integrantes para que seja um ilícito disciplinar a ser considerado. É necessário separar os aspectos da vida particular dos aspectos funcionais.

Este é o entendimento da ITCCPM/BM N. 01/2014:

Para a configuração da transgressão em análise, nas situações da vida particular do militar, a conduta praticada deve causar reflexos negativos para a IME, o que será avaliado por meio de um ponderado senso de razoabilidade.

Dessa forma, o princípio da razoabilidade será a baliza do que deverá ser considerado como transgressão disciplinar, daquilo que é tolerável. Além, do necessário vínculo com o dever funcional.

6.2.2 Enquadramento disciplinar

O enquadramento disciplinar é o ato sancionador. Com o intuito de padronizar a elaboração desse ato a CCBM publicou a Instrução Técnica da Corregedoria nº 12, de 01 de setembro de 2016. A norma definiu que nele devem constar um relato objetivo dos fatos; uma síntese das alegações da defesa; a conclusão da autoridade; a classificação da transgressão; a sanção imposta, a classificação do conceito que passa a ter ou em que permanece o transgressor.

Os art. 16 a 18, Lei 14.310/2002 tratam do julgamento da transgressão disciplinar. O ponto de partida é subsumir a conduta antiética a um dos incisos do art. 13, 14 ou 15 do Código de Ética.

Após isso, é atribuída uma pontuação base sobre a qual incidirão agravantes ou atenuantes. A cada circunstância atenuante é atribuído um ponto positivo e a cada agravante, um ponto negativo. Em algumas dessas circunstâncias há aspectos subjetivos que podem ser densificados a fim de conferir maior objetividade na dosimetria.

5.2.2.1 Serviços relevantes

O inc. II, art. 20, Lei 14.310/2002 apresenta como fator atenuante o militar ter prestado serviços relevantes. Oliveira (2016, p. 193) esclarece que esse fator

pode ser objetivamente mensurado. Ele recomenda que sejam utilizadas como parâmetros as recompensas que não puderem ser computadas com pontuação positiva. As que contem pontos positivos não devem ser utilizadas como atenuantes sob pena de serem duplamente computadas (*bis in idem*).

Alerta o jurista, porém, que este parâmetro é mínimo. Ou seja, que há situações em que o militar prestou relevantes serviços e não tem em sua ficha recompensas registradas. Poderá, nesse caso, ser beneficiado pela atenuante.

6.2.2.2 Relevante valor social ou moral

Esta causa de atenuação da sanção está prevista na alínea “d”, inc. V, art. 20, Lei 14.310/2002.

Art. 20 – São circunstâncias atenuantes:
[...]

V – ter sido cometida a transgressão:

[...]

d) por motivo de relevante valor social ou moral.

Greco *apud* Oliveira (2016, p. 199) afirma que valor social é “*Aquele que atende mais aos interesses da sociedade do que aos do próprio agente individualmente considerado*”. Valor moral, por outro lado, é “... o valor individualizado, atributo pessoal do agente”.

Assim, os valores sociais e morais são conceitos que representam, para uma sociedade ou de um indivíduo, particular importância. Por essa razão, contém um elemento subjetivo intransponível e impossível de definir *a priori*. O que deve a autoridade mensurar no julgamento da transgressão disciplinar é se esse valor é suficientemente forte para impactar, na conduta do sujeito que transgrediu, a ética militar.

6.2.3 Aplicação do art. 10, Lei 14.310/2002

O art. 10, Lei 14.310/2002 preconiza o seguinte:

Art. 10 – Sempre que possível, a autoridade competente para aplicar a sanção disciplinar verificará a conveniência e a oportunidade de substituí-la por aconselhamento ou advertência verbal pessoal, ouvido o CEDMU.

Oliveira (2016, p. 49) defende que a substituição da sanção pela advertência verbal ou aconselhamento tem natureza jurídica de medida disciplinar não sancionatória substitutiva da sanção disciplinar. É um benefício que pode ser concedido pela autoridade competente ao militar transgressor da disciplina.

Previamente à aplicação da sanção disciplinar os militares são sujeitos a um processo administrativo. Antes da decisão, os autos são submetidos à análise do Conselho de Ética e Disciplina³- CEDMU. Este deverá opinar pela existência ou não da transgressão disciplinar. Caso entenda que o acusado cometeu o ilícito administrativo deve, ainda, opinar pela conveniência ou não da concessão ou não do benefício do art. 10, Lei 14.310/2002. Após isso os autos devem ser remetidos à autoridade competente para solução.

Caso a decisão da autoridade seja coincidente com o parecer do CEDMU ela pode emitir a decisão. Discordando do conselho deverá promover os autos ao Comando hierarquicamente superior nos termos do art. 84, Lei 14.310/2002:

Art. 84 – Havendo discordância entre o parecer do CEDMU e a decisão do Comandante da Unidade, toda a documentação produzida será encaminhada ao comando hierárquico imediatamente superior, que será competente para decidir sobre a aplicação ou não da sanção disciplinar.

Entretanto, sobre a discordância no tocante a concessão do benefício do art. 10, esclarece o MAPPA no art. 522 do MAPPA:

Art. 522. Por questão de economia e celeridade processual, caso o CEDMU entenda pela existência de transgressão disciplinar deverá, opinar, em seu parecer inicial, sobre a conveniência ou não da aplicação da medida prevista no art. 10 do CEDM (aconselhamento ou advertência verbal pessoal) e da divulgação ostensiva e coletiva do enquadramento disciplinar, em conformidade com o art. 25, § 2º do mesmo diploma legal.

§1º. O não acatamento, pela autoridade competente, da sugestão pela da aplicação da medida prevista no art. 10 do CEDM, não configura a hipótese de aplicação do art. 84 do CEDM.

³ Nos termos do Art. 78, Lei 14.310/2002: “Art.78 – O Conselho de Ética e Disciplina Militares da Unidade – CEDMU – é o órgão colegiado designado pelo Comandante da Unidade, abrangendo até o nível de Companhia Independente, com vistas ao assessoramento do Comando nos assuntos de que trata este Código”.

§2º. Configurar-se-á a hipótese de aplicação do art. 84 do CEDM, quando a autoridade competente resolver aplicar ao acusado a medida descrita no art. 10 do CEDM e o CEDMU tenha sido de parecer pela existência da transgressão disciplinar, mas, sugerido, em seu parecer inicial, pela não aplicação da referida medida.

Assim, consoante o disposto no MAPPA havendo discordância do CEDMU na aplicação da medida e insistindo o Comandante na conveniência da concessão do benefício ele não poderá decidir. Os autos serão enviados à autoridade em nível hierárquico superior para decisão. Esta foi uma medida do MAPPA que mitigou a discricionariedade na substituição da sanção.

Não há, entretanto, critérios objetivos na legislação para nortear a concessão do benefício. Os referenciais dispostos na legislação foram: conveniência e oportunidade. Então, o que indica o legislador é o critério do mérito administrativo, nunca o critério pessoal. A impessoalidade é um dos princípios norteadores da Administração. Então, a substituição da sanção deve ser ou não oportuna para o interesse público, não para o administrador.

Um questionamento que surge quando se coloca a medida substitutiva em face do princípio da proporcionalidade é a possibilidade de substituir a sanção quando o militar comete transgressão disciplinar grave. E, ainda, a possibilidade de aplicar a medida a militar reincidente.

A Lei disciplinar não colocou óbice algum. Ao contrário disso, utiliza-se a expressão “sempre que possível” no art. 10, Lei 14.310/2002. Isso deixa ao completo arbítrio da autoridade administrativa, pois, em princípio, será sempre possível.

Em uma leitura da norma ponderada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é defensável que as sanções decorrentes de transgressões graves não pudessem ser substituídas. E, ainda, que houvesse restrição em determinado período temporal à substituição de militares reincidentes. Isso evitaria o uso indiscriminado do benefício por militares que reiteradamente transgridam os mandamentos do Código de Ética.

Essa é a previsão normativa para medidas substitutivas de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos e de multa, conforme adiante se vê no trecho extraído do art. 44, do Decreto Lei 2.848, de 7/12/1940, Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: *("Caput" do artigo com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984)*

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; *(Inciso com redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998)*

II - o réu não for reincidente em crime doloso; *(Inciso com redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998)*

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. *(Inciso com redação dada pela Lei nº 9.714, de 25/11/1998)*

Obviamente a legislação administrativa é independente da penal. O exemplo serve apenas para mostrar a atuação do princípio da proporcionalidade na substituição das sanções penais, como justificativa a uma possibilidade de adequação da legislação administrativa disciplinar.

É válido ressaltar que o conceito do militar é um critério para mensurar se ele está adaptado à vida na caserna. Por essa razão, os militares que praticam atos transgressivos e que sejam punidos sequencialmente podem chegar ao conceito "C" e serem submetidos a um processo administrativo disciplinar exoneratório caso cometam nova transgressão grave, consoante o disposto nos inc. I, art. 34 e inc. I, art. 64, Lei 14.310/2002. Porém, o militar que esteja subordinado a um Comando mais benevolente pode não sentir esse efeito previsto na norma.

Entretanto, essa limitação da discricionariedade deveria ocorrer em face de ato legislativo. Não compete à Administração por meio de ato administrativo normativo restringir a margem de discricionariedade mitigando direitos do militar.

Em artigo publicado na revista Vigiles Camargo e Botelho (2018) pontuam que é necessária a margem de discricionariedade do administrador. Entretanto, devido ao grande impacto que a pontuação disciplinar tem na carreira do militar e os impactos negativos decorrentes dessa perda que podem ser anulados pela aplicação do art. 10, é necessária maior objetividade na concessão desse benefício.

7 CONTROLE DAS DECISÕES PUNITIVAS DO CBMMG

Explica Marinela (2016, p. 1209) que “**controle da Administração** é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos para fiscalização e revisão de toda atividade administrativa”.

Classifica-se o controle das decisões administrativas em controle interno ou controle externo de acordo com o controlador.

A administração, por meio da autotutela faz o controle interno dos seus próprios atos por alguns instrumentos como a revisão e o recurso em estrito senso.

Um das vantagens deste tipo de controle é que ele evita algumas ações judiciais e as decorrentes e onerosas ações indenizatórias ressalta Tourinho (2013, p. 130): “... é melhor acobertar o Erário contra possíveis reparações futuras que os erros dos agentes administrativos, caso reconhecidos na via judicial, poderão acarretar.”.

Órgãos externos, como os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário fazem o controle externo das decisões.

Neste trabalho, como o foco são as decisões disciplinares punitivas, a análise é procedida em torno da legislação relativa a esses atos decisórios e as ações judiciais propostas no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

Vale ressaltar que o controle existe com vistas ao aperfeiçoamento da atividade administrativa. Ele busca a uma gestão eficiente da *res publica*.

7.1 Recursos como instrumento de controle

Carvalho Filho (2014, p. 964) assim definiu: “*Recursos administrativos são os meios formais de controle administrativo, através dos quais o interessado postula, junto a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo.*”.

Defende Marinela (2016, p. 107) que o direito de recurso em processo administrativo decorre do princípio do contraditório e da ampla defesa. Explica que a aplicação da parte final do inc. LV, art. 5º, garante esse direito. Prescinde, portanto, de lei específica. Esse é, também, o entendimento da administração militar estadual, disposto no MAPPA, na parte introdutória da norma referente aos **conceitos e definições**:

AMPLA DEFESA – é a garantia constitucional assegurada a todo acusado em processo judicial ou administrativo e compreende:

[...]

d) o direito de interpor recurso disciplinar – na seara administrativa, o direito de recorrer está alicerçado na garantia da ampla defesa, como uma de suas decorrências;

A Lei 14.310/2002 positivou esse direito no art. 59: “*Art. 59 – Interpor, na esfera administrativa, recurso disciplinar é **direito do militar** que se sentir prejudicado, ofendido ou injustiçado por qualquer ato ou decisão administrativa*”. (grifo nosso)

A definição de “recurso disciplinar” é encontrada no MAPPA, na parte introdutória da norma referente aos **conceitos e definições**: “**RECURSO DISCIPLINAR** – é o meio hábil para propiciar ao militar o exame de decisão interna pela própria Administração, por razões de mérito e legalidade”.

A partir do art. 59, a Lei 14.310/2002 descreve os procedimentos, prazos e efeitos da interposição de recurso disciplinar nas Instituições Militares Estaduais de MG. É possível extrair alguns ensinamentos a partir da leitura do trecho constante no Capítulo III, Capítulo V, da referida lei.

O primeiro deles é que a interposição de recurso é um direito do militar que se sentir injustiçado por qualquer ato ou decisão da Administração. Assim, ainda que a decisão verse sobre um benefício ao acusado, como por exemplo, a substituição da sanção disciplinar pela medida prevista no art. 10 do Código de Ética, poderá ele recorrer caso entenda que foi injustiçado.

Poderá recorrer também quando entender que não houve justiça na dosimetria da sanção, que ela não seguiu as previsões constantes na Lei. A esse respeito, dispõe o parágrafo único, art. 471, MAPPA:

Parágrafo único. É direito do militar interpor recurso nos casos de aplicação do art. 10 do CEDM, e nos casos em que, em decorrência do reconhecimento de atenuantes, o cômputo da pontuação negativa não atinja os parâmetros estabelecidos no art. 18 do mesmo diploma legal.

Constitui-se, dessa forma, em um importante instrumento de controle das decisões administrativas.

Para ser admitido, deve, porém, conter os requisitos elencados no art.472, MAPPA:

Art. 472. São pressupostos de admissibilidade do recurso disciplinar:
I – tempestividade: o recurso tem um prazo determinado, fatal e improrrogável, para ser interposto, cujo descumprimento gera a perda do direito de recorrer;
II – legitimidade para recorrer: legitimação do recorrente para interpor o recurso;
III – interesse recursal: utilidade e necessidade do recurso;
IV – cabimento: previsão legal.

Em regra são duas as instâncias de recurso administrativo disciplinar. Nos casos em que a autoridade que aplicou a sanção for o Comandante Geral, haverá apenas uma instância recursal. E, quando aplicada diretamente pelo Governador não haverá possibilidade de recurso administrativo (estricto senso).

O prazo legal para aferição do primeiro pressuposto de admissibilidade do recurso é de cinco dias úteis em ambas as instâncias recursais. A contagem dos prazos recursais no Código de Ética segue a regra geral estabelecida no Código de Processo Civil: contado em dias úteis, exclui-se o dia início e inclui-se o dia do vencimento.

Há diferença, entretanto, entre as instâncias recursais no tocante aos efeitos com que são recebidos. Ambos os recursos tem efeito devolutivo, pois, possibilitam à autoridade superior a análise da matéria e de revê-la. O primeiro recurso é recebido, também, com efeito suspensivo, nos termos do art. 60, Lei 14.310/2002. A norma é omissa, entretanto, quanto aos efeitos do segundo recurso.

Art. 60 – Da decisão que aplicar sanção disciplinar caberá recurso à autoridade superior, com efeito suspensivo, no prazo de cinco dias úteis, contados a partir do primeiro dia útil posterior ao recebimento da notificação pelo militar.

Parágrafo único – Da decisão que avaliar o recurso caberá novo recurso no prazo de cinco dias úteis.

O MAPPA, então, no art. 475, definiu que:

Art. 475. No CBMMG, da decisão que avaliar o recurso disciplinar, caberá novo recurso, em segunda e última instância, ao Corregedor, no prazo de 05 (cinco) dias úteis sem efeito suspensivo.

Como o efeito suspensivo não é condição inerente aos recursos, ele existe apenas onde a Lei aponta. E, em face da omissão da Lei e da dúvida quanto à legalidade do dispositivo do MAPPA, se posicionou o TJMMG em decisão de Apelação Cível validando-a.

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE ANULAÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR – PRELIMINARES – INEXISTÊNCIA DE ERRO E DE PRESCRIÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO N. 4.220/2012 NÃO VERIFICADA – ILEGITIMIDADE ATIVA NÃO DEMONSTRADA. MÉRITO – CONFORMAÇÃO DA AÇÃO DO MILITAR AO TIPO TRANSGRESSIONAL A ELE IMPUTADO – EXERCÍCIO PLENO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – MÉRITO DO ATO – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE – RECURSO IMPROVIDO. - Preliminares - Não se pode cogitar em error in iudicando quando a sentença, aclarada por embargos de declaração, aborda todos os pontos debatidos, ainda que de forma bem objetiva. - A ativação da sanção, por meio da publicação no BIR, é que deve ser observada para a aferição da existência ou não da prescrição da pretensão punitiva. - Não há falar em inconstitucionalidade de norma administrativa em razão da previsão de recurso sem efeito suspensivo, o que se verifica, inclusive, em nossa lei instrumental civil. - A autoridade militar, tomando conhecimento do fato, mormente quando o fato configura transgressão administrativa, que atinge a própria Corporação e a sociedade, tem o dever de apurar e punir o envolvido, sendo inequívoca sua legitimidade ativa. - **Mérito** - O ato comprovadamente praticado por militar, com plena conformação à transgressão normativamente prevista, deve ser, como tal, punido pela administração militar, a quem cabe aferir a existência de prejuízos decorrentes do ato, cuja análise está ligada ao mérito do ato administrativo. - Os critérios da conveniência ou da necessidade, funcional ou disciplinar, circunstâncias do poder discricionário das autoridades militares, escapam da apreciação do Poder Judiciário. - No processo administrativo, não havendo concreto prejuízo para a defesa, não se pode declarar a nulidade do ato administrativo. - O ato administrativo prolatado por autoridade competente goza da presunção da legalidade e da legitimidade. (TJM-MG: AC n. 0000767-26.2014.9.13.0002. *Rel. Juiz Cel BM Osmar Duarte Marcelino, publicado em 05/10/2015*)

<http://restrito.tjmmg.jus.br/jurisprudencia/assets/pdfs/ApCv%20Proc.%20000767-26.2014.pdf> acesso em 26/09/18

O art. 61, Lei 14.310/2000 apresenta outra possibilidade de controle do ato administrativo: o juízo de retratação. É uma espécie de recurso lato sensu. Consiste na possibilidade da autoridade que expediu o ato punitivo rever sua decisão. Assim, o recurso é endereçado à autoridade superior, mas, protocolado na autoridade que originariamente puniu. Deve, porém, previamente à alteração da decisão ouvir o CEDMU.

Oliveira (2016, p.293) alerta, porém, que na ocorrência de decisão em discordância, quando o Comandante imediato discorda do CEDMU e remete os autos ao Comando Intermediário, não é necessária a reanálise do CEDMU, pois, o Comandante Intermediário não necessitou firmar seu parecer na decisão do Conselho.

Encerradas as possibilidades recursais, forma-se a decisão definitiva em matéria administrativa. Não é, porém, a decisão administrativa tão imutável quanto a judicial.

O Direito Administrativo também admite esse instituto de imutabilidade, porém de forma limitada aos órgãos da Administração. Nesse caso, a decisão administrativa que não puder mais ser questionada por meio de recurso administrativo produzirá coisa julgada administrativa, mas nada impede que ela seja revista pelo Poder Judiciário. Portanto, não se trata de uma verdadeira coisa julgada, haja vista a intangibilidade jurídica atingir somente a órbita administrativa. (MARINELA, 2016, p. 69)

Esgotados os recursos administrativos (estrito sensu) existem, ainda, duas possibilidades de alterações desse tipo de decisão. Uma delas na seara da própria Administração e a outra por imposição de uma decisão judicial.

A primeira possibilidade consiste na anulação do ato. Essa é uma das formas de extinção do ato Administrativo quando se encontra nele alguma ilegalidade. E, explicitamente o art. 48, Lei 14.310/2002.

Art. 48 – A anulação da punição consiste em tornar totalmente sem efeito o ato punitivo, desde sua publicação, ouvido o Conselho de Ética e Disciplina da Unidade.

§ 1º – Na hipótese de comprovação de ilegalidade ou injustiça, no prazo máximo de cinco anos da aplicação da sanção, o ato punitivo será anulado.

§ 2º – A anulação da punição eliminará todas as anotações nos assentamentos funcionais relativos à sua aplicação.

Ainda que na Lei disciplinar não encontrasse arrimo, a anulação dos atos administrativos ilegais é uma obrigação da Administração quando detecta o vício. Nesse sentido se posicionou em o STF na Súmula 473 do STF:

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

E de igual forma se posiciona a Lei Estadual 14.184/2002 que preconiza o seguinte: “*Art. 64 – A Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*”.

O ato ilegal vicia todos os dele decorrentes. Assim, uma decisão que não esteja amparada na lei e que seja eivada de vício de nulidade absoluta deve ser anulada.

É importante esclarecer que não se confunde esta norma com a disposta nos artigos 59 a 62 da Lei 14.310/2002, que positivaram o recurso em estrito senso.

A anulação do ato administrativo é um instituto que visa a discutir matéria já decidida pela autoridade no prazo máximo de cinco anos, consoante a prescrição do §1º, art. 48, Lei 14.310/2002.

Oliveira (2016, p. 253) o compara ao instituto da revisão criminal no Processo Penal, uma vez que “... *visa a rediscutir a coisa julgada, ou seja, aquela decisão sancionatória sobre a qual não cabe mais recurso (transitada em julgado).*”.

Entretanto o Código de Ética não deixou claras as situações que poderiam caracterizar as ilegalidades ou injustiças que autorizam o militar a invocar esse instituto da anulação de punição. A Instrução Conjunta de Corregedorias n. 01/2014 buscou melhor delinear esse instituto no art. 29:

Art. 29. Para fins de interpretação ao art. 48 do CEDM, são consideradas ilegais ou injustas as sanções disciplinares aplicadas a militar, desde que contrariando disposições legais e/ou normativas ou sem a observância da incidência de causa de justificação e/ou absolvição.

Porém, continuou consideravelmente aberta a norma. Então, Oliveira (2016) buscou como arrimo o Código de Processo Penal Militar e as irregularidades que naquele diploma legal são considerados casos de revisão. Importante salientar

que a própria Instituição Militar autoriza a utilização dessa norma de maneira subsidiária no art. 588 do MAPPA:

Art. 558. Aplicam-se, subsidiariamente, a este Manual, as normas contidas na Lei que regula o Processo Administrativo Disciplinar Federal e Processo Administrativo Disciplinar Estadual, no Código Penal Militar, no Código de Processo Penal Militar, no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no Código Civil, no Código de Processo Civil, na Lei dos Juizados Especiais.

Assim, recorrendo à norma processual penal militar, os art. 550 e 551, CPPM definem que:

Cabimento

Art. 550. Caberá revisão dos processos findos em que tenha havido erro quanto aos fatos, sua apreciação, avaliação e enquadramento.

Casos de revisão

Art. 551. A revisão dos processos findos será admitida:

- a) quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;
- b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- c) quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena.

A anulação prevista no art. 48 do Código de Ética é na verdade uma revisão da decisão. Esta é nomenclatura adotada pela Lei 14.184/2002 e na doutrina. E, na lição de Marinela (2016, p. 1290) “*A revisão é também uma espécie do gênero recurso administrativo...*”.

Dessa forma, os recursos (*latu sensu*) são importantes instrumentos de controle interno da Administração e a Lei 14.310/2002 positivou várias ferramentas para garantir soluções justas e legais. E, se utilizadas da maneira correta não deixarão margens ao controle judicial.

7.2 Reformatio in pejus

A *reformatio in pejus* é o agravamento da situação jurídica do acusado após interposição de recurso. No Direito Processual Penal vigora o instituto do *non*

reformatio in pejus. Isto é, a decisão de recurso interposto somente pelo réu não pode agravar-lhe a situação.

Na seara do Direito Administrativo a doutrina diverge a esse respeito. Existem juristas que negam a possibilidade da decisão em recurso disciplinar agravar a situação do acusado, existem os que admitem e os que são a favor da possibilidade de sanção mais gravosa, desde que seja em face de um controle de legalidade.

Marinela (2016, p. 1290) posiciona-se com a parte da doutrina que defende a possibilidade da *reformatio in pejus*:

No julgamento do recurso, a autoridade poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência, admitindo, dessa maneira, a *reformatio in pejus*, isto é, a reforma para agravar a situação do recorrente.

Entende, porém, que há vedação da *reformatio in pejus* no julgamento dos pedidos de revisão, visto que analisam decisões que já tem uma solução definitiva.

Carvalho Filho (2014, p. 975), de igual modo considera aplicável a *reformatio in pejus*, mas, com ressalvas. Ele assevera que o agravamento da sanção é possível apenas quando há anulação da decisão anterior por vício de legalidade. Não admite, porém, se o novo ato sancionatório decorre de uma avaliação subjetiva.

O Código de Ética não deixou explícita a opção pela aplicabilidade ou inaplicabilidade do instituto.

A Lei 14.184 deixou clara a vedação de reformas nas decisões administrativas disciplinares que agravem a situação do acusado nos pedidos de revisão:

Da Revisão

Art. 68 – O processo de que resultar sanção ou indeferimento pode ser revisto a pedido ou de ofício quando for alegado fato novo ou circunstância que justifique a revisão.

[...]

§ 2º – Da revisão não pode decorrer agravamento de punição.

O regramento legal, porém, foi omissivo no tocante as decisões dos recursos em sentido estrito.

A Lei Federal 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal explicitamente admitiu a possibilidade de agravamento da sanção nos recursos:

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Essa Lei, porém, não se aplica à Administração Pública Estadual.

Ao se debruçar especificamente sobre esse tema, em pesquisa monográfica apresentada à Academia de Polícia Militar e à Fundação João Pinheiro, Oliveira (2011, p. 76) após longa exposição teórica alega que:

Considerando a ausência de norma específica, para responder ao problema proposto nesta pesquisa, qual seja, se poderá haver reforma do ato de sanção disciplinar com agravamento da sanção recorrida, analisam-se as correntes doutrinárias que trazem três posicionamentos distintos a respeito.

Ela prossegue explanando três posicionamentos distintos que alega encontrar na doutrina. Um que é favorável a *reformatio in pejus*. Aponta como fundamento os princípios da verdade real, da legalidade e da supremacia do interesse público.

O segundo, contrário à possibilidade de reforma da decisão para pior, visto que os recursos são decorrentes do princípio do contraditório. Possibilitar a reforma para pior inviabilizaria o pleno exercício de defesa, visto que o acusado, mesmo possuindo argumentos para contestar a decisão poderia se ver receoso de ter a decisão agravada e preferir a penalidade imposta a correr o risco do agravamento.

Por fim, alega que a terceira corrente é mista, pois, entende ser possível a reforma da decisão para pior, porém, apenas com restrições. E que esta seria a corrente mais adequada à PMMG. A limitação seria de que o revisor não poderia agravar segundo critérios subjetivos, mas, para tornar lícito um ato ilícito. Extrai-se do arrazoado que o princípio da supremacia do interesse público e da legalidade seriam privilegiados nesta corrente.

Em análise ampla e sistêmica do ordenamento jurídico, neste trabalho não é possível coadunar com o entendimento de Oliveira (2011). Conforme já se

expôs em seção específica sobre o princípio da supremacia do interesse público, não existe conflito entre um direito privado e um interesse (seja ele público e privado). O acusado tem direito a ampla defesa e esse direito somente poderá ser mitigado diante de expressa previsão legal. O conceito de interesse público vincula-se, como já foi demonstrado nesta pesquisa, à realização dos valores fundamentais. E, não se confunde com o interesse da Administração. Ainda que seja interessante à Administração punir o servidor faltoso, este interesse classifica-se como secundário. Não pode de modo algum sobrepujar o interesse primário de garantia dos direitos fundamentais.

E pelo princípio da legalidade o administrador deve agir somente nos limites que a Lei ordena. Não existindo regramento legal autorizativo, não há campo para atuação do administrador.

Desse modo, o entendimento mais coerente com as normas que disciplinam o processo administrativo nas instituições militares estaduais de MG é no sentido de que não se admita *reformatio in pejus* nas decisões que analisam recursos administrativos.

Necessária é, entretanto, uma pequena ressalva a fim de esclarecimento. A *reformatio in pejus* não se confunde com a possibilidade de que a Administração de ofício anule os atos com vícios graves. Ela tem o dever de corrigir atos eivados de nulidades absolutas.

Não será, entretanto, uma decisão em recurso disciplinar, mas uma anulação do ato viciado, com possibilidade de reforma dos atos decorrentes. Essa ressalva é necessária porque a anulação da decisão anterior mantém as esferas recursais intactas. Diferente da decisão em recurso disciplinar.

Ademais, os prazos para recurso, após a anulação devem ser renovados. Este é o entendimento que privilegia os direitos e garantias fundamentais. Não mantendo atos ilegais sob os quais o militar transgressor da disciplina possa esconder-se. Entretanto, não utilizando da supremacia do interesse público enquanto conceito jurídico indeterminado, como uma arma para suprimir as possibilidades recursais e, assim, diminuir os mecanismos de controle interno.

7.3 Controle judicial

Não restam dúvidas de que no Estado Democrático de Direito qualquer ameaça de lesão deve ser apreciada pelo Judiciário. Essa é a previsão do inc. XXXV, art. 5º, CR/88 “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Este entendimento encontra amparo tanto na doutrina contemporânea quanto na jurisprudência.

A apreciação judicial de decisões vinculadas é pacífica. A evolução do controle judicial das decisões discricionárias é controversa, em torno do mérito administrativo.

Alguns doutrinadores, como Seabra Fagundes, entendem que é exclusividade do Poder Executivo a discussão quanto ao mérito das decisões discricionárias. Esta é a linha adotada, também, por Hely Lopes Meireles. Para essa corrente, a análise do Judiciário no tocante ao mérito administrativo interfere na separação dos poderes.

Porém, bem pondera Tourinho (2013, p. 134) que a teoria elaborada por Montesquieu foi traçada no sentido de evitar a concentração de poder. Dessa forma, propõe um sistema de freios e contrapesos, de modo que um poder não é ilimitado, mas, encontra limites no outro. Não se pode, assim, permitir em um Estado Democrático que a discricionariedade seja um manto a encobrir ilegalidades e interesses escusos.

O controle principiológico realizado pelo Judiciário nas decisões discricionárias não significa substituição da vontade administrativa. Ele busca encontrar explicações lógicas e condizentes com o ordenamento jurídico na decisão administrativa.

Garcia (2013, p. 197), defende que nas hipóteses em que a lei outorgou uma ampla liberdade aos administrados, não há possibilidade de amplo controle judicial. É, porém, essencial à segurança dos administrados o exercício de algum controle, que deve seguir algumas diretrizes. Os aspectos vinculados do ato podem ser objeto de análise pelo judiciário, a coerência da Administração aos regulamentos por ela editados e os motivos devem encontrar uma ressonância na realidade. Deve existir uma compatibilidade do ato com a realidade e com o ordenamento jurídico, com o Direito.

A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais revela que a maioria das decisões judiciais foi no sentido de manter a decisão administrativa.

Das onze decisões analisadas, apenas três foram favoráveis à anulação do ato administrativo (Apelação Cível n. 0002466-86.2013.9.13.0002; Apelação Cível n. 0003024-66.2010.9.13.0001 e Apelação Cível n. 263/2008). Duas por vício no motivo e uma por não guardar a sanção administrativa proporcionalidade.

Duas decisões tiveram provimento parcial em face de prescrição da pretensão punitiva (Apelação Cível n. 0011870-35.2011.9.13.0002 e Apelação Cível n.384/2008).

Seis acórdãos decidiram pela manutenção da punição administrativa (Apelação Cível n. 0999999-46.2015.9.13.0003; Apelação Cível n. 0001110-56.2013.9.13.0002; 0001307-77.2014.9.13.0001; Apelação Cível n. 0003878-83.2012.9.13.0003; Apelação Cível n. 035/2006; Apelação Cível n. 091/2006 e Apelação Cível n.384/2009). Todos esses se firmaram na impossibilidade do judiciário analisar o mérito administrativo. Todos relataram a impossibilidade do judiciário analisar as questões de conveniência e oportunidade.

Alguns votos elencaram a “justiça” da punição disciplinar ao lado da conveniência e disciplina como um componente cuja análise seria vedada ao Poder Judiciário.

Esse posicionamento é retratado no voto do JUIZ CEL PM RÚBIO PAULINO COELHO, RELATOR na Apelação Cível n. 0999999-46.2015.9.13.0003, processo de onde se extrai o trecho a seguir:

Imaginem os senhores magistrados se cada policial militar, dentro da estrutura hierárquica de suas unidades, se insurgir contra o seu comandante, por achar que não cometeu transgressões disciplinares, e por isso elas devem ser anuladas? É relevante frisar que os regulamentos foram feitos para serem cumpridos. O Processo de Comunicação Disciplinar tem rito próprio e permite a ampla defesa e o contraditório, mas, esgotadas as fases recursais, se a autoridade administrativa, usando o seu poder discricionário, entender que deve punir o militar faltoso, contra esta decisão cabe apenas o acionamento do Judiciário, que não deve adentrar no mérito do ato administrativo, com vistas a se imiscuir **na análise da conveniência, oportunidade e justiça da punição aplicada**, sob pena de ingerência indevida nos deveres próprios do administrador público. (*grifo nosso*)

E, também, no voto proferido pelo mesmo JUIZ CEL PM RÚBIO PAULINO COELHO, RELATOR na Apelação Cível n. 0003878-83.2012.9.13.0003.

Ao meu sentir, a Administração Militar elegeu, dentro do poder discricionário de que dispõe e entre as várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Ao Poder Judiciário só é lícito examinar o aspecto de legalidade dos atos administrativos, **não**

devendo interferir nos critérios de justiça e no mérito dos atos punitivos, visto que são eles da exclusiva alçada administrativa.

Alguns votos analisaram apenas questões formais e o atendimento aos princípios constitucionais como contraditório e ampla defesa, mas, não adentraram na análise do direito material firmando essa decisão na impossibilidade do Judiciário analisar o mérito administrativo.

Válida é a citação de outro trecho do voto proferido pelo mesmo JUIZ CEL PM RÚBIO PAULINO COELHO, RELATOR na Apelação Cível n. 0003878-83.2012.9.13.0003:

O que ocorre na transposição dos umbrais dos quartéis deve ser solucionado de acordo com as normas *interna corporis*, exceção ao controle jurisdicional dos processos administrativos, o exame de regularidade do procedimento, a observância dos princípios da legalidade e da moralidade, sendo irremediavelmente inviável a discussão acerca do mérito do ato administrativo, que, em uma análise mais acurada, conforme documentos contidos nos autos, não merece nenhum reparo.

Em sentido contrário, porém, caminha o voto do JUIZ FERNANDO GALVÃO DA ROCHA, RELATOR na Apelação Cível n. 0002466-86.2013.9.13.0002:

Senhores Juízes, após detida análise dos autos, entendo que deve ser dado provimento ao presente recurso para anular a punição disciplinar por ilegalidade do ato administrativo punitivo, que se fundou em motivo inexistente.

A Administração militar sancionou o apelante pelo fato de ele ter, supostamente, cometido transgressão disciplinar ao deixar de retirar um ofício que o intimaria a participar de audiência judicial. Todavia, o motivo que ocasionou a referida sanção não existiu.

O Termo de Abertura de Vista de fl. 12 descreve a infração disciplinar como sendo deixar de cumprir ordem no sentido de retirar um ofício destinado a apresentação em audiência judicial

Conforme demonstra o documento de fl. 23, ainda que o apelante tenha deixado de retirar o ofício referido no prazo estipulado, a finalidade da ordem, comparecer à justiça, foi alcançada. Por outro lado, o comparecimento de testemunha em audiência em Juizado Especial Criminal não exige "ofício de apresentação à justiça".

Portanto, o comparecimento do apelante à audiência indicada no ofício comprova que não houve descumprimento de ordem, uma vez que a finalidade da ordem era exatamente o comparecimento do militar no ato judicial e não apenas e tão somente retirar o ofício.

Em hipótese como a que se faz presente, é possível fazer a valoração acerca das provas contidas no processo administrativo disciplinar, quando há cometimento de ilegalidade. No caso dos autos, os motivos que transbordaram nas sanções do apelante inexistiram, pois não houve a prática da conduta tipificada no inciso III do art. 14 do CEDM.

No voto cujo trecho acima foi citado, fica clara a opção do juiz por perscrutar todos os elementos do ato administrativo em busca da ilegalidade contra a qual se insurgiu o militar sancionado. E, o que encontrou o magistrado, que foi acompanhado pela maioria do Tribunal, foi um ato cujo motivo apresentado não era real, um ato ilegal camuflado de legalidade.

A esse respeito explica Carvalho Filho (2013, p. 33) que as decisões eventualmente invalidadas eram, na verdade, ilegalidades dissimuladas por motivos e fins administrativos supostamente legítimos. Dessa forma, não há como estabelecer uma análise de validade prévia e geral para os aspectos discricionários. A análise deve ser feita individualmente no caso concreto.

Destaca o autor, que como a atuação discricionária permite uma margem de subjetividade não é simples a identificação de ilegalidades. A prova delas não está em fatores objetivos, mas, em indícios que comprovam desvio de poder. A *“...aparência de legalidade só pode ser desmascarada por provas indiciárias de cujo conjunto se possa inferir a ilegalidade”*, ressalta.

Este tipo de análise, que não afasta de plano o aprofundamento das razões do ato, mas as analisa a luz do que preconiza o ordenamento é capaz de fazer um efetivo controle de legalidade do ato administrativo. Não para anulá-lo, mas para com segurança atestar que após analisados os elementos constantes nos autos a justiça se perfaz.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo foi traçado para consolidar-se a partir de uma base teórico-normativa construída nas seções iniciais.

Na seção três os poderes administrativos foram problematizados a fim de verificar qual a extensão da expressão “poder” e como, na verdade, ele representa um “dever” do Estado com a sociedade.

A seção quatro necessitou de uma explanação mais extensa, pois, nela o ato administrativo foi colocado em foco para que sua estrutura, elementos constitutivos, requisitos de validade e as situações que acarretam-lhe a invalidade fossem evidenciados consoante os ensinamentos dos principais juristas da doutrina especializada.

Na seção cinco o instituto da discricionariedade foi analisado, desde sua construção histórica, até a compreensão atual em face dos direitos fundamentais.

Essas seções iniciais firmaram aos alicerces sobre os quais foi possível iniciar a análise da discricionariedade no Código de Ética e Disciplina dos Militares Estaduais.

Assim, na seção seis foi possível analisar a discricionariedade em face dos conceitos indeterminados presentes nos tipos transgressoriais, a que está contida no ato de enquadramento disciplinar quando são utilizados conceitos indeterminados na dosimetria da sanção e, ainda, a que está presente na aplicação da medida substitutiva contida no art. 10, Lei 14.310/2002.

Paralelamente a essa análise buscou-se traçar os limites a que cada escolha da autoridade está sujeita quando se depara com esses aspectos discricionários.

Por fim, a seção sete apontou os instrumentos de controle interno e judicial das decisões que ultrapassem os limites legais da atuação discricionária.

Foi estudado o recurso administrativo como importante instrumento de controle das decisões punitivas no Corpo de Bombeiros e enfrentada a questão da impossibilidade da aplicação da *reformatio in pejus* na decisão de recursos administrativos.

E, no tocante às decisões judiciais, foram estudadas onze decisões, conforme opção indicada na seção 2, metodologia.

Dessa análise restou confirmado que o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais realiza controle de legalidade das decisões administrativas e em alguns casos procede à anulação das sanções.

Entretanto, ainda existem julgados nos quais o julgador prefere não se aprofundar sobre a análise dos fatos e fundamentos do processo e justifica esse distanciamento na impossibilidade de substituir a vontade do administrador público no mérito administrativo.

Entretanto, as ilegalidades que se apresentam nos atos administrativos anulados não são explícitas, mas, disfarçadas de legalidade. Dessa forma, dificilmente poderia realizar lhes o controle sem adentrar nas vicissitudes do caso concreto.

Diante de todo o exposto foi possível chegar às seguintes conclusões:

1. A discricionariedade é um poder-dever que ao lado dos demais não se sustenta senão para servir ao interesse público.

2. A discricionariedade nas decisões punitivas da administração sempre é limitada. Um dos limites identificados é relativo aos elementos ou requisitos de validade do ato administrativo. Isto é, ela pode situar-se apenas nos elementos motivo e objeto, visto que a competência, a finalidade e a forma são sempre vinculados.
3. Os princípios representam outro limitador à atuação discricionária, visto que não se admite atuação discricionária que macule normas jurídicas, sendo elas regras ou princípios. A atuação discricionária deve existir para garantir a satisfação do interesse público que não se manifesta dissociado da realização dos direitos e garantias fundamentais
4. A discricionariedade contida nos conceitos jurídicos indeterminados dos tipos transgressoriais da Lei 14.310/2002 não são passíveis de objetiva interpretação, mas, tem nos documentos normativos da própria instituição associados à doutrina melhor definição. Isso significa que não podem ser empregados aleatoriamente, mas, que no caso concreto haverá um caminho apontado pelo ordenamento jurídico como o mais adequado ao administrador. Este é o que indica uma decisão legítima.
5. Apesar de existirem caminhos jurídicos que apontam qual é a decisão mais oportuna para aplicação do art. 10, Lei 14.310/2002 como medida substitutiva, ainda é elevadíssima a carga discricionária desse instituto. E, pela significativa importância que o conceito disciplinar detém na carreira do bombeiro militar, seria recomendável a legislação estabelecer alguns critérios objetivos para a sua concessão ou para a não aplicação do benefício.
6. Outra situação que demanda regulamentação é questão da *reformatio in pejus*. A partir da construção teórica apresentada neste trabalho, entendemos pela impossibilidade da decisão que julgar recurso administrativo agravar a situação do acusado, a menos que Lei assim o estabeleça. Entretanto, esse assunto gera dúvidas e variados entendimentos entre a doutrina. Assim, a fim de evitar decisões destoantes dentro da mesma administração seria recomendável a edição de um ato para esclarecer qual é o posicionamento institucionalmente adotado.

7. Por fim, entendemos como positiva a preocupação do Poder Judiciário em não ultrapassar os limites da separação dos poderes, ao isentar-se da análise do mérito administrativo. Contudo, é importante frisar que as questões atinentes a legalidade dos atos muitas vezes encontram-se camufladas e torna-se impossível detectá-las sem detida análise de todos os elementos constantes nos autos. Assim, é em alguns casos, imprescindível um olhar atento dos experientes magistrados sobre os motivos alegados no mérito da decisão. Este controle judicial se reveste de especial importância, visto ser o último crivo da atuação do Estado como sancionador. Isentar-se de emitir juízo a respeito da justiça desses atos pode, muitas vezes, fazer perpetuar as ilegalidades maquiadas, arbitrariedades disfarçadas e o sentimento de impotência do servidor refém de um sistema recheado de garantias aparentes.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. 960 p.

AWAD, F. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, v. 21, n. 1, 4 jan. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 351 p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014. 1312 p.

COSTA, José Armando da. **Controle Judicial do ato disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 583 p.

COSTA, José Armando da. **Incidência Aparente de Infrações Disciplinares**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. 266 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1147 p.

FREITAS, Izaías Dantas. **REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, v. 36, n. 141, jan. 1999. Trimestral. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/455>>. Acesso em: 02 out. 2018.

GARCIA, Emerson. O Direito Comunitário e o Controle do Poder Discricionário pela Justiça Administrativa. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Cap. 6. p. 181-243.

GAZIER, François. **A experiência do Conselho de Estado Francês**. 1984. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11942>>. Acesso em: 02 out. 2018.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(RE) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2006. 268 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1210 p.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2003. 310 p.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1337 p.

MEDAUAR, Odete. Parâmetros de Controle da Discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Cap. 3. p. 67-73.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 968 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1155 p.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=Con&num=1989&ano=1989>>. Acesso em: 03 out. 2018.

MINAS GERAIS. Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. Instrução Técnica Conjunta de Corregedorias nº 01, de 03 de fevereiro 2014. Estabelece padronização sobre confecção do ato administrativo disciplinar. Belo Horizonte, 2016

MINAS GERAIS. Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais e Polícia Militar de Minas Gerais. Instrução Técnica de Corregedoria nº 12, de 01 de setembro 2014. Estabelece padronização sobre as atividades administrativas e disciplinares no âmbito da PMMG e do CBMMG. Belo Horizonte, 2014.

MINAS GERAIS. Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. Memorando n. 1.075, de 16 de outubro 2009. Cadeia de Comando. Belo Horizonte, 2009.

MINAS GERAIS. Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais. Polícia Militar de Minas Gerais. Resolução Conjunta n. 4.220, de 28 de junho de 2012. Cria o Manual de Processos e Procedimentos Administrativos das Instituições Militares Estaduais (MAPPA). Belo Horizonte, 2012.

MINAS GERAIS. Lei n. 5.301, de 16 de outubro de 1969. Contém o Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1969.

MINAS GERAIS. Lei n. 14.310, de 19 de junho de 2002. Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2002.

MINAS GERAIS. Lei n. 14.184, de 31 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Belo Horizonte, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 035. Belo Horizonte, 06 jun. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 091. Belo Horizonte, 24 nov. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 263. Belo Horizonte, 11 mar. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 384. Belo Horizonte, 09 jan. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 0011870-35.2011.9.13.0002. Belo Horizonte, 18 dez. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 0003024-66.2010.9.13.0001. Belo Horizonte, 20 jul. 2012

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 0003878-83.2012.9.13.0003. Belo Horizonte, 14 jan. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 0001110-56.2013.9.13.0002. Belo Horizonte, 27 out. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 0002466-86.2013.9.13.0002. Belo Horizonte, 11 fev. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 0999999-46.2015.9.13.0003. Belo Horizonte, 28 ago. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. Apelação nº 0001307-77.2014.9.13.0001. Belo Horizonte, 28 set. 2015.

OLIVEIRA, Maurício José de. **Comentários ao Código de Ética e Disciplina dos Militares de Minas Gerais - CEDM**: Lei N. 14.310, de 19 de junho de 2002. 2. ed. Belo Horizonte: Diplomata Livros Jurídicos, 2016. 491 p.

OLIVEIRA, Silma Regina Gomes da Rocha. **REFORMATIO IN PEJUS NOS ATOS DE SANÇÃO DISCIPLINAR NA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS**. 2011. 88 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Segurança Pública, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://monografias.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/1822/1/Reformatio%20in%20>

pejus%20atos%20de%20san%C3%A7%C3%A3o%20disciplinar%20na%20Pol%C3%ADcia%20Militar%20de%20Minas%20Gerais.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Discricionariedade e Moralidade Administrativa. In: GARCIA, Emerson. **Discricionariedade Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 143-177.

SILVA, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010. 960 p.

SOUZA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucio Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.1370.

TOURINHO, Rita. A Principiologia Jurídica e o Controle de Jurisdicional da Discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Org.). **Discricionariedade Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. Cap. 4. p. 77-136.