

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E NA APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES NAS INSTITUIÇÕES MILITARES DE MINAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E NA APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES NAS INSTITUIÇÕES MILITARES DE MINAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL

LORENA NASCIMENTO RAMOS DE ALMEIDA

Bacharel em Direito pela UFMG. Pós-Graduação em Direito Administrativo e em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli.

Resumo: O presente trabalho visa auferir se é possível a utilização de conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo sancionatório, principalmente no que diz respeito à instauração de procedimento administrativo disciplinar e à aplicação de sanções administrativas no âmbito das instituições militares do Estado de Minas Gerais. Tal análise se dará através do estudo dos conceitos jurídicos indeterminados sob o prisma da Teoria da Adequabilidade Normativa de Klaus Günther, que traz a percepção de que, nos procedimentos administrativos punitivos, não seria aplicável o conceito de discricionariedade administrativa, uma vez que sempre haveria uma única solução adequada a cada caso concreto, e, com isso, visamos analisar a possibilidade de revisão judicial do mérito administrativo.

Palavras-chave: Conceitos Jurídicos Indeterminados. Teoria da Adequabilidade Normativa. Discricionariedade. Análise Judicial do Mérito Administrativo.

Abstract: This study aims to verify if it is possible the use of imprecise legal concepts in punitive administrative law, especially with regard to a establishment of a disciplinary administrative procedure and the application of administrative sanctions in the framework of military institutions of the State of Minas Gerais. Such an analysis will be through the study of indeterminate legal concepts through the prism of Regulatory Adequacy Theory by Klaus Günther, that brings the realization that the punitive administrative procedures would not apply the concept of administrative discretionary, since there would always be a single solution appropriate to each case, and, therefore, we aim to examine the possibility of judicial review of administrative merit.

keywords: Indeterminate legal concepts. Theory of Normative Appropriateness. Discretionary. Judicial review of administrative merit.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo desenvolveu-se em torno de concepções que ressaltam a unilateralidade no agir da Administração em relação aos administrados, principalmente em relação à discricionariedade do administrador e da impossibilidade de revisão, pelo poder judiciário, do mérito administrativo. Via de consequência, o Direito Administrativo Disciplinar acabou sendo abarcado por tal concepção.

Assim sendo, a sanção disciplinar mais gravosa do serviço público – a demissão – continua a ser infligida a servidores, sem

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E NA APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES NAS INSTITUIÇÕES MILITARES DE MINAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL

que os mesmos possam recorrer ao judiciário para que este reveja a sua aplicação, a não ser sob o prisma da legalidade, proporcionalidade ou razoabilidade.

Neste sentido, percebe-se que a legalidade, sem adentrar ao mérito administrativo, acaba restrita à mera análise da formalidade dos atos do procedimento administrativo, e a proporcionalidade e razoabilidade, da mesma forma, tem sua amplitude muito diminuída quando o judiciário restringe a possibilidade de análise meritória do caso apresentado.

Diante deste prisma, temos como objetivo analisar a Lei nº 14.310/02 – Código de Ética dos Militares do Estado de Minas Gerais –, mais especificamente seu art. 64, II, que dispõe sobre a instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD), *in verbis*:

Art. 64. Será submetido a Processo Administrativo-Disciplinar o militar, com no mínimo três anos de efetivo serviço, que: (...) II – praticar ato que afete a **honra pessoal ou o decoro da classe**, independentemente do conceito em que estiver classificado. (destacamos)

Neste sentido, temos que tal dispositivo, nos remete claramente à norma de conceito jurídico indeterminado, uma vez que não há definição legal de “ato que afete a honra pessoal”, nem de “ato que afete o decoro da classe”, sendo este artigo o embasamento legal que dá ensejo à instauração de PAD, e, conseqüentemente, a via ensejadora da aplicação de sanções administrativas, inclusive, a pena de demissão nas corporações militares em Minas Gerais.

Assim sendo, percebe-se que tal dispositivo, que contém norma de conceito jurídico indeterminado, nos revela amplitude de discricionariedade imensa à Administração Militar para que a

mesma sopesa caso a caso, o que ensejaria instauração de PAD, e, inclusive, em última instância, quais casos seriam passíveis de serem apenados com a demissão.

Para Justen Filho (2005, p.671):

(...) retrata, na perspectiva do administrado, o significado que uma sanção acarreta: "(...) sofrer a sanção imposta pelo Estado significa um juízo de reprovação proveniente da comunidade, sendo dotada de alta carga simbólica que afeta a subjetividade do punido. Assim, a ressalva de revisão jurisdicional é suficiente para tutelar o interesse individual. Os danos materiais e morais derivados de uma punição injusta são insuscetíveis de eliminação – tal como pode testemunhar qualquer pessoa que tenha injustamente sido punida. Por isso, a imposição da sanção administrativa está sujeita a garantias muito severas, entre as quais avulta de importância a observância do processo administrativo. (...)” Portanto, diante da gravidade do ato sancionatório a um servidor público – mais especificamente aos militares de Minas Gerais – o presente trabalho visa analisar a possibilidade de incidência de Norma de Conceito Jurídico Indeterminado para a instauração de Processo Administrativo Disciplinar no âmbito militar, bem como a possibilidade de discricionariedade da administração na aplicação das sanções disciplinares.

Além disso, é importante destacar qual seria a incidência e extensão do controle jurisdicional das sanções disciplinares aplicadas pela Administração Pública tendo em vista a suposta discricionariedade administrativa.

Ou seja, até que ponto poderia o poder judiciário, com fulcro no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, rever os atos sancionatórios impostos pela administração.

2. UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO:

Na relação por ora analisada, em que os sujeitos são a administração pública e o militar, entendemos que seria impossível uma norma que previsse, de maneira exaustiva, todas as hipóteses de condutas que seriam açambarcadas como passíveis de punição disciplinar e instauração de PAD, uma vez que a referida relação é demasiadamente complexa, e envolve possibilidades quase infinitas de práticas incompatíveis aos princípios da administração.

Corroborando tal entendimento Fabio Medina:

(...) os tipos do Direito Administrativo Sancionador são, em regra, mais elásticos que os tipos penais, dada a utilização da dinâmica própria do terreno administrativo e a permanente inspiração dos interesses públicos e gerais a orientar a feitura da aplicação das normas. As leis administrativas mudam com grande rapidez, tendem a proteger bens jurídicos mais expostos à velocidade dos acontecimentos e transformações sociais, econômicas, culturais, de modo que o Direito Administrativo Sancionador acompanha essa realizada e é, por natureza, mais dinâmico do que o Direito Penal. (...) sendo natural uma intensa utilização de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, dados os objetivos internos e corretivos que são perseguidos pela aplicação dessas medidas. (...) (OSÓRIO, Fábio Medina, 1999, p. 90/91) .

Diante do exposto, não há como divergir do entendimento de que normas de conceito jurídico indeterminado podem ser utilizadas pelo direito administrativo sancionatório. No entanto, há de se ressaltar limitações a esta utilização, com fins de atendimento, inclusive, das finalidades da própria sanção em si.

Primeiramente, ressaltamos que o princípio da reserva legal deve ser plenamente atendido pelas normas que pretendem instituir sanções administrativas, isso porque a Constituição Estadual de Minas Gerais, em seu art. 65, §2º, III, alínea c, dispõe ser de iniciativa privativa do Governador do Estado lei que disponha sobre o regime jurídico dos servidores públicos da administração direta, sendo abarcados em tal definição os militares estaduais. Portanto, qualquer norma que vise instituir sanção aos militares, será viciada formalmente, caso não se trate de lei proposta pelo Governador do Estado.

Em consonância a tal entendimento, usamos por analogia o art. 5º, XXXIX da CF/88 que dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, caracterizando a previsão legal como requisito de validade para sanção a ser imposta. Da mesma forma, o direito do trabalho dispõe no art. 482 da CLT de forma exaustiva, as infrações trabalhistas passíveis de punição com demissão por justa causa, coadunando com o entendimento aqui esposado.

Assim sendo, é necessária previsão em lei das sanções administrativas aplicáveis, porém, pela impossibilidade de previsão exaustiva de rol fático de possibilidades de infração às normas, o legislativo pode lançar mão do uso dos conceitos jurídicos indeterminados, para açambarcar as possibilidades de aviltamento dos princípios administrativos.

No entanto, tais normas devem ser regulamentadas pelo poder Executivo, para que o destinatário da norma tenha ciência de seu

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E NA APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES NAS INSTITUIÇÕES MILITARES DE MINAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL

conteúdo, não ficando a mercê do aplicador. NIETO assim dispõe:

(...) O conteúdo de uma lei em branco deve compreender alguns elementos:

- a) uma regulação que disponha sobre a essência da matéria que não pretende ser exaustiva;
- b) a determinação de instruções, critérios ou bases, que viabilizam o desenrolar da regulação infralegal;
- c) uma habilitação regulamentar, ou seja, uma autorização para que o regulamento seja editado e cuja realização não exceda as instruções contidas na lei;
- d) uma remissão ao resultado da colaboração regulamentar. (...) (NIETO, 2006, p. 266/267)

Ou seja, *mister*, que a previsão legal e a regulamentação da norma sancionadora tornem possível a compreensão prévia da infração disciplinar prevista.

Neste sentido, temos que a Resolução Conjunta nº 4.220, de 28 de junho de 2012 – Manual de Processos e Procedimentos Administrativos das Instituições Militares do Estado de Minas Gerais (MAPPA) –, que deveria esgotar o tema das instalações de procedimentos administrativos e as sanções aplicáveis, traz as seguintes definições dos conceitos indeterminados por ora estudados – honra pessoal e decoro da classe:

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

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

Neste sentido, entendemos que a resolução, que teria o papel de clarificar a definição do tema, não o faz, utilizando, novamente, diversos termos que por si só já são conceitos jurídicos indeterminados, o que torna impossível a delimitação de condutas que poderiam ser consideradas atentatórias à honra pessoal e/ou ao decoro da classe, com base nas referidas definições, deixando enorme lacuna na legislação em tema de soberana importância.

Ao analisar as finalidades da sanção administrativa, temos dois posicionamentos: o de que as mesmas visariam reparar o dano (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2004, P. 144) ou de que objetivam a prevenção da ocorrência de novas infrações (MELLO, 2005, P. 38). No entanto, temos entendimento de que ambas as posições são aplicáveis: a sanção administrativa serve para reparar o dano que com a má conduta do servidor a administração pública sofreu e, sobretudo, para prevenir a prática de novas sanções.

Dizemos isso, pois a finalidade de prevenção está para o direito administrativo sancionatório como a função motivadora está para o direito penal, ou seja, consistiria no fato de que, ao se definir quais as condutas proibidas e cominar a elas sanções, a administração desmotiva os seus funcionários (no caso os militares) da prática daquelas atitudes. Tal função atua mediante a coação psicológica, intimidando a prática das infrações e produzindo, assim, a prevenção geral.

Para Pereira, (2007, P. 40) o reconhecimento da finalidade preventiva das sanções implicaria comprometimento com alguns critérios, sendo eles: o detalhamento das faltas funcionais, a culpabilidade do infrator e a vedação à transmissão da sanção

a terceiros que não praticaram o comportamento ilícito. Neste sentido, salienta que “a finalidade preventiva reflete no conteúdo do regime jurídico disciplinar.”.

Neste diapasão, temos que as definições legais, até o momento dispostas – seja pela lei, seja pela regulamentação infralegal –, não permitem ao militar do Estado de Minas Gerais, mensurar quais os atos seriam passíveis de adequação ao tipo “comprometimento da honra pessoal ou decoro da classe”. De igual forma, a resolução que teria o papel de ter delimitado os mesmos não o fez, afrontando à finalidade da própria existência da referida sanção, uma vez que, ao não delimitar os casos proibidos (mesmo que de maneira geral), não exerce seu caráter preventivo.

Ademais, além do fato gravíssimo do não atendimento à finalidade da sanção, a indefinição total de norma sancionadora leva, ainda, à possibilidade de utilização de discricionariedade total da administração na subsunção dos fatos ocorridos à referida norma, já que a mesma é tão elástica, que admite as mais variadas interpretações.

Dessa forma, a utilização dos referidos conceitos indeterminados: “honra pessoal” e “decoro da classe”, sem regulamentação infralegal que restrinja e clarifique sua aplicabilidade, para instaurar procedimentos administrativos disciplinares, e, via de consequência, aplicação de punição disciplinar, gera insegurança jurídica incompatível com o direito administrativo sancionatório.

3. TEORIA DA ADEQUABILIDADE NORMATIVA:

A teoria da adequabilidade normativa, trazida pela obra “Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação”, de Klaus Günther (2004), nos traz a concepção de que a norma

jurídica só encontra seu sentido de validade à medida que revela a aceitação e adesão da sociedade, sem tornar, no entanto, a norma perfeita.

Assim sendo, no momento da aplicação da norma, há que se analisar a situação *per se*, com todos os seus deslindes fáticos, e, após a análise de todas as normas aplicáveis, verificar-se-á a adequabilidade da norma a ser utilizada ao caso em apreço, situação que deve ser analisada casuisticamente. Neste sentido, esclarece Luiz Moreira: “(...) A aplicação será imparcial quando coerentemente realizar a adequação entre todas as características e todas as normas envolvidas em cada caso (...)” (GÜNTHER, 2004, p. 17).

Ou seja, por meio do discurso de aplicação identificar-se-á a norma correta dentre as existentes, não sendo possível abdicar da razão prática.

Portanto, conforme bem salienta Flávio Henrique:

(...) A Teoria da Adequabilidade Normativa demonstra que a norma adequada ao caso será determinada após o exame das normas *prima facie* aplicáveis, como, também, após a análise de **todas as peculiaridades do caso**. Portanto, a seleção dos “elementos relevantes” não é conduta **disponível** por parte do administrador público, tendo em vista que a decisão adequada impõe a **descrição completa da situação**. (...). (PEREIRA, 2007, P. 102).

Neste sentido, no caso em análise, o administrador militar, ao ver-se frente a fato que pode constituir infração disciplinar, deverá analisar todo contexto fático envolvido, ou seja, observar todo o deslinde factual em si, o conjunto probatório carreado, o histórico do militar na corporação e assim, após

verificar toda peculiaridade do caso, decidir, através do princípio da adequabilidade (HABERMAS, 2002), sempre motivando a adequação da decisão de instauração de procedimento administrativo disciplinar ou mesmo punição contra militar ao caso concreto.

4. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS:

Uma das grandes discussões que visamos trazer à baila com o presente trabalho, é o fato de que, em que pese a doutrina majoritária pregar que a aplicação de sanções seria ato discricionário da administração, ou seja, diante de várias sanções aplicáveis e de diferentes dosimetrias das mesmas, o administrador seria livre para escolher qual aplicar, sem ofender ao princípio da legalidade, ousamos discordar de tal posicionamento.

Isso porque a individualização da pena nada mais é do que preceito trazido pela constituição, porém, essa mensuração jamais poderá ser livre e consistir na simples escolha de um indivíduo sobre o outro, sem qualquer balizamento; sempre haverá uma sanção correta e uma dosimetria correta para cada caso concreto, mediante a análise aprofundada de todo conjunto probatório e factual envolvido. Qualquer aplicação para mais ou para menos, é injusta e indevida.

Acrescentamos: em se tratando do tema em voga – aplicação de penalidade através de conceitos jurídicos indeterminados – ainda com mais acerto fazemos tal afirmativa.

Para Pereira, (2007, P. 94-99/100):

O fato de a norma, em diversos momentos, valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, os

quais podem ser classificados em conceitos de experiência (v.g. “incapacidade para o exercício de suas funções”, “força irresistível”) ou de valor (v.g. “boa-fé”, “moralidade”, “justo preço”), resulta de as realizadas referidas não admitirem outro tipo de determinação mais precisa, o que não significa que a subsunção de tais conceitos aos fatos implique juízo de conveniência e oportunidade. Vale dizer, na aplicação de tais conceitos, não há mais que uma solução: “ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa fé ou não há; ou o preço é justo ou não é ou faltou-se a probidade ou não se faltou.

(...) A utilização de conceitos jurídicos indeterminados viabiliza ao operador do direito o exercício de seu dever de adotar a decisão que atenda à finalidade legal, o que, de modo algum, tem a ver com a discricionariedade administrativa. A multiplicidade de possíveis situações, não passíveis de serem previamente detalhadas pelo legislador, é que justifica o uso de conceitos indeterminados, os quais, como visto, diante das circunstâncias fáticas, conduzem a um resultado único para o caso concreto. (grifos no original).

Dessa maneira, insta ressaltar que não há qualquer margem de discricionariedade quando a única decisão aceitável é aquela condizente com o caso concreto, após o sopesamento das provas carreadas, do fato em si, do histórico do servidor, entre outras inúmeras variáveis.

Neste sentido, há a necessidade de aplicação de nosso marco teórico: a Teoria da Adequabilidade Normativa de Klaus Günther, uma vez que, a norma adequada a cada caso, após a análise genérica de todas as normas aplicáveis em um primeiro

momento, deve ser restringida, uma a uma, pela análise do caso específico em apreço, sendo que apenas uma poderá atender a todos os requisitos de validade presentes no discurso de aplicação da norma, ou seja, a contextualização do fato é fator imprescindível para a aplicação adequada a cada caso, e, neste sentido, insistimos, não pode haver qualquer margem de discricionariedade do administrador, posto que a conduta de aplicar a sanção adequada não comporta mais de uma possibilidade viável.

5. POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL:

Após toda análise anterior, concluímos que a aplicação das sanções administrativas, principalmente quando baseadas em normas que trazem conceitos jurídicos indeterminados, está sujeita à revisão judicial, não apenas verificando-se os princípios da legalidade (geralmente restritos à formalidade dos atos), proporcionalidade e razoabilidade, já que, pela Teoria da Adequabilidade Normativa, não há margem de discricionariedade ao administrador na aplicação de penalidades, ou seja, sempre haverá uma e somente uma sanção adequada a cada caso concreto; e, neste diapasão, não há como falar-se em afastamento do poder judiciário da análise da correção da pena aplicada, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88, que dispõe que o poder judiciário é inafastável quando da apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito.

Araújo (2006, p. 113) nos esclarece que conceitos jurídicos indeterminados permeiam todo o ordenamento jurídico, não só o regramento administrativista (“boa-fé”, “honestidade”, “mau comportamento”), assim sendo, em se tratando de um conflito entre particulares em que seja necessária aplicação de norma que contenha conceito indeterminado, o juiz certamente

analisará o caso concreto e determinará se o referido conceito de fato ocorreu ou não. Assim sendo, não há como retirar a possibilidade de análise, pelo poder judiciário, da ocorrência ou não de tais conceitos, única e exclusivamente porque um dos destinatários da referida norma (e possivelmente um dos litigantes) é a administração pública, ou seja, a mera presença da administração faria com que: “como por um passe de mágica, o juiz se tornasse inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorreu no caso concreto” (ARAÚJO, 2006, p. 113).

Tal raciocínio nos leva ao pensamento que, o mesmo juiz que avalia a existência de ofensa à honra de um indivíduo, concedendo-lhe uma indenização por dano moral, seria inapto a analisar a ofensa à honra de um servidor público, única e exclusivamente porque o litígio se dá em face da administração. Ora, em nosso entendimento, tal posicionamento ofende ao princípio da separação dos poderes, sobretudo ao sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), uma vez que alija o poder judiciário do exercício de sua função típica de julgamento, em razão de exercício atípico do executivo, qual seja, a aplicação de punições aos seus funcionários.

Em consonância ao aqui disposto, o Exmo. Ministro Eros Grau, quando relator no Mandado de Segurança nº 24.699-9/DF no STF, assim dispôs:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E NA APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES NAS INSTITUIÇÕES MILITARES DE MINAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL

se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. **2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.** 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064) (grifos nossos) Disponível em: <<http://stf.jus.br/>

Lorena Nascimento Ramos de Almeida

portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?
s1=%2824699%2ENUME%2E+OU+24699%2EA
CMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://
tinyurl.com/mxtksa9>, acessado em 27/02/2016.

Em seu voto, o Exmo. Min. Relator, Eros Grau, ressalta que a discricionariedade só pode ser aplicável quando expressa em lei (ex: cargos comissionados de livre nomeação e exoneração), não podendo ser aplicável aos chamados conceitos jurídicos indeterminados, única e exclusivamente porque “ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas”.

Assim sendo, há de se concluir que o poder judiciário é competente plenamente para analisar as penalidades aplicadas aos servidores em sua totalidade, sem qualquer ressalva sobre a possibilidade de revisão de mérito administrativo, vez que amplamente demonstrado que não há discricionariedade na aplicação de penalidades aos servidores, sobretudo se tais penalidades advierem de normas de conceitos jurídicos indeterminados, sempre havendo, somente uma única penalidade aplicável de forma adequada ao caso concreto, cabendo ao servidor público – no caso em apreço, aos militares –, em caso de lesão à esta adequação, a possibilidade de revisão pelo poder judiciário.

CONCLUSÃO

Por tudo exposto, concluímos que a utilização dos referidos conceitos indeterminados presentes na Lei 14.310/02: “honra pessoal” e “decoro da classe” para instauração de PAD e, posteriormente, para justificativa de aplicação de punição disciplinar, sem regulamentação infralegal que restrinja e clarifique sua aplicabilidade, não atende à finalidade da própria existência da sanção, não exercendo seu caráter preventivo, bem

como, abre brechas e lacunas para as mais diversas interpretações da administração militar, podendo subsumir, ao seu bel prazer, os mais diversos atos à referida norma.

Neste sentido, ao verificar-se fato que pode constituir infração disciplinar, faz-se imperiosa análise de todo contexto probatório e fático envolvido em sua maior amplitude possível, para que aí sim se possa decidir, adequando a decisão de instauração de procedimento administrativo disciplinar ou mesmo punição contra militar ao caso concreto.

A necessidade de adequação foi fartamente demonstrada através da Teoria da Adequabilidade Normativa de Klaus Günther, uma vez que há apenas uma norma e uma punição a ser aplicada adequadamente a cada caso, não podendo haver qualquer margem de discricionariedade ao administrador posto que a conduta de aplicar a sanção, casuisticamente, não comporta mais de uma possibilidade sancionatória viável.

Para clarificar o tema, exemplificativamente, no caso de cometimento de uma transgressão disciplinar, após a análise de todas as variáveis do caso concreto (causas atenuantes e agravantes da reprovabilidade da conduta, causas de justificação, histórico do militar, situação fática da ocorrência, etc), a pena justa ao referido caso seria a suspensão de 05 dias. Neste caso, pela Teoria da Adequabilidade Normativa, caso seja aplicada penalidade de advertência (mais branda) ou penalidade de suspensão de 10 dias (mais gravosa), em ambos os casos, a pena não foi adequada à subsunção do caso concreto ao ordenamento jurídico vigente.

Neste sentido, há de se concluir que o poder judiciário sempre será competente para julgamento da adequação da penalidade aplicada, sem qualquer ressalva sobre a impossibilidade de

adentramento ao chamado mérito administrativo, vez que amplamente demonstrado que não há discricionariedade na aplicação de penalidades aos servidores, sobretudo, se tais penalidades advierem de normas de conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que, ao caso concreto, somente uma única penalidade é aplicável de forma adequada, e, via de consequência, pode o poder judiciário avaliar se o sopesamento e mensuração de tais punições foram realmente adequados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.) **Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em mandado de segurança n. 24.699-9. Diário da Justiça, 02 de julho de 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824699%2E+OU+24699%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mxtksa9>>. Acesso em 27/02/2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. Ver. Atual. São Paulo: Saraiva. 2015.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estudo de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª Ed. Ver. Ampl e Atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. 5. Ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

A UTILIZAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E NA APLICAÇÃO DE PUNIÇÕES NAS INSTITUIÇÕES MILITARES DE MINAS GERAIS E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 3 Ed. São Paulo: Atlas. 2012.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991. 207 p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. 2 Ed. São Paulo: Forense, 2011.

GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação**. Cadernos de Filosofia Alemã. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 671.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, n 22, 2005, P. 38

MINAS GERAIS. Lei nº 14.310/02. **Código de Ética dos Militares do Estado de Minas Gerais**. Minas Gerais Diário do Executivo - 20/06/2002 Pág. 12 Col. 2

MINAS GERAIS. Lei nº 5.301/69. **Estatuto dos Militares de Minas Gerais**. Minas Gerais. Diário do Executivo Anexo - 18/10/1969 pág. 1 col. 1. Microfilme 177.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 5. Ed. Madrid: Tecnos, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. 3 ed., rev., atual., ampl. São Paulo: revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Observações a respeito do princípio Constitucional da Culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: O controle jurisdicional a partir da teoria da**

Lorena Nascimento Ramos de Almeida

adequabilidade normativa. Belo Horizonte, UFMG. 2007.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo.** Coimbra: Almedina, 1994.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Aplicação do princípio da legalidade no Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro – RDE Decreto Federal nº 4.346 de 26 de agosto de 2002.**

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.