



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E  
TECNOLOGIA SÃO CARLOS  
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC  
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

**GLAUCO BARROSO PIMENTEL**

**APLICABILIDADE AOS AGENTES MILITARES DE SEGURANÇA  
NACIONAL QUANTO ÀS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES:  
EXAME DE MÉRITO OU LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO  
DE PRISÃO**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ  
2021

**GLAUCO BARROSO PIMENTEL**

**APLICABILIDADE AOS AGENTES MILITARES DE SEGURANÇA  
NACIONAL QUANTO ÀS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES:  
EXAME DE MÉRITO OU LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO  
DE PRISÃO**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Mestre Oswaldo Moreira Ferreira, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ  
2021/1º semestre

### **FICHA CATALOGRÁFICA**

Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC  
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves  
20/2021

P644a Pimentel, Glauco Barroso.

Aplicabilidade aos agentes militares de segurança nacional quanto às transgressões disciplinares: exame de mérito ou legalidade do ato administrativo de prisão. / Glauco Barroso Pimentel. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2021.

94 f.

Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2021.

Orientador:Oswaldo Moreira Ferreira.

Bibliografia: f.90-94.

1. Ato administrativo 2.Poder disciplinar 3. Sanção militar.  
Faculdade Metropolitana São Carlos II.Título.

CDD 342.81066

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus (Pai, Filho e Espírito Santo) - Alfa, Ômega, Princípio e Fim, a Ele a Glória, o Louvor e a Adoração... Senhor da minha vida e de minha família, luz que guia meu caminhar, fonte de salvação e libertação, capaz de realizar milagres e prodígios em nossas vidas.

À minha esposa Lívia, meu filho Josué, meus maiores tesouros, por me fortalecerem nos momentos de tribulações e cansaço, com orações, carinho, amor e paciência, que foram essenciais na minha vida.

Aos meus pais, Lindalva e José Roberto "*in memoriam*", por serem meu norte, minha eterna gratidão a eles que, com amor, carinho e resiliência, proporcionaram a mim e aos meus irmãos uma educação tanto religiosa quanto intelectual de excelência.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus queridos colegas de turma, meu carinho, respeito e admiração, pela motivação e incentivo ao gosto pela leitura. A esses grandes guerreiros que, durante essa longa jornada, lutaram arduamente a fim de realizar seus sonhos, mesmo diante das grandes batalhas, foram fortes combatentes e alcançaram seus objetivos. Deus abençoe ricamente suas vidas.

A coordenação do curso de Direito e aos queridos docentes da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC), por agregarem extensa gama de conhecimento, sempre solícitos às demandas, docentes dedicados à missão de ensinar, sempre com matérias atualizadas, realmente agregam satisfatoriamente ao intelecto do discente.

Aos queridos mestres, Oswaldo Moreira Ferreira e Tauã Lima Verdan, grandes incentivadores da leitura, do desenvolvimento e da aplicação dos conhecimentos na prática. Obrigado pelo incentivo, paciência e dedicação. Profissionais que fazem a diferença, jamais mediram esforços para o aprendizado e o crescimento intelectual do discente. A vocês, que, com empenho, se dedicam à arte de ensinar, meu respeito, admiração e carinho.

## **EPIGRAFE**

"Enquanto estiver vivo, sinta-se vivo. Se sentir saudades do que fazia, volte a fazê-lo. Não viva de fotografias amareladas...Continue, quando todos esperam que desistas. Não deixe que enferruje o ferro que existe em você. Faça com que em vez de pena, tenham respeito por você. Quando não conseguir correr através dos anos, trote. Quando não conseguir trotar, caminhe. Quando não conseguir caminhar, use uma bengala. Mas nunca se detenha". (Madre Teresa de Calcutá)

PIMENTEL, Glauco Barroso. **Aplicabilidade aos Agentes Militares de Segurança Nacional quanto as Transgressões Disciplinares**: exame de mérito ou legalidade do ato administrativo de prisão. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2021.

## RESUMO

Este trabalho procurou aplicar as teorias dos procedimentos administrativos, ações administrativas e argumentos jurídicos à realidade da ação disciplinar, razão pela qual se optou por dividir o trabalho em três capítulos para discutir a natureza e a moralidade das funções militares, os procedimentos teóricos gerais da administração e a aplicação destes. Os elementos da argumentação jurídica para comportamentos semelhantes são realizados por meio do estudo da doutrina e dos precedentes atuais nos tribunais brasileiros. Por meio do uso da metodologia de pesquisa científica dedutiva, mediante a análise de bibliografias, legislações, jurisprudências, pertinentes ao tema, tem por objetivo central a análise dos atos administrativos disciplinares militares, em especial, sobre a possibilidade e as limitações do controle jurisdicional sobre estes. Para tanto, trabalha-se com a hipótese de que é possível a revisão judicial do ato sancionatório militar, quando desproporcional, desde que realizada com o modus operandi adequado, pois o enfraquecimento da hierarquia e disciplina militares ocorrerá se o juiz não tiver domínio do tema e de sua especificidade, bem como, se não forem observadas questões importantes, procedimentais e materiais. Reconhece-se a especificidade da vida militar, que impõe abnegação e sacrifícios sem correspondência na vida civil, inclusive, muitas vezes, com risco à própria vida em nome da consecução da missão constitucional atribuída às Forças Armadas. Defende-se, no entanto, que essa especificidade não é óbice a impedir o controle judicial da sanção disciplinar militar. O controle da atividade sancionadora confere maior credibilidade à penalidade aplicada e, a longo prazo, fortalece a hierarquia e a disciplina dentro das organizações militares. Pondera-se, finalmente, que a revisão judicial deverá ser realizada de forma sistêmica, com o desmembramento do princípio da proporcionalidade nos subprincípios da adequação e da necessidade, bem como, com a declaração da invalidade do ato, se for o caso, mas sem apontar qual ato deverá ser praticado pelo administrador, não cabendo ao juiz o papel da autoridade sancionadora militar, em respeito ao princípio da separação dos poderes.

**Palavras-Chaves:** Ato administrativo; Poder Disciplinar; Sanção Militar.

PIMENTEL, Glauco Barroso. **Applicability to Military National Security Agents as to Disciplinary Transgressions:** examination of the merit or legality of the administrative act of prison. Completion of course work. Bachelor's degree in law. Metropolitan College São Carlos - FAMESC, 2021.

## ABSTRACT

This work sought to apply the theories of administrative procedures, administrative actions and legal arguments to the reality of disciplinary action, which is why I chose to divide the work into three chapters to discuss the nature and morality of military functions, the general theoretical procedures of administration and your application to this. The elements of the legal argument for similar behaviors are realized through the study of the doctrine and the current precedents in the Brazilian courts. Through the use of the deductive scientific research methodology, through the analysis of bibliographies, laws, jurisprudence, pertinent to the theme, the central objective is the analysis of military disciplinary administrative acts, in particular, on the possibility, limitations, of jurisdictional control over these. To this end, we work with the hypothesis that judicial review of the military sanctioning act is possible, when disproportionate, provided that it is carried out with the appropriate *modus operandi*, as the weakening of the military hierarchy and discipline will occur if the judge has no command of the subject. and its specificity, as well as, if important, procedural and material issues are not observed. The specificity of military life is recognized, which imposes selfless self-sacrifice and sacrifice in civilian life, including, often, at risk to one's own life in the name of achieving the constitutional mission attributed to the Armed Forces. It is argued, however, that this specificity is not an obstacle to preventing judicial control of military disciplinary sanctions. The control of sanctioning activity gives greater credibility to the penalty applied and, in the long run, strengthens hierarchy and discipline within military organizations. Finally, it is considered that the judicial review should be carried out in a systemic way, with the dismemberment of the principle of proportionality in the subprinciples of adequacy and necessity, as well as, with the declaration of invalidity of the act, if applicable, point out which act should be performed by the administrator, and the judge does not have the role of the military sanctioning authority, with due regard for the principle of separation of powers.

**Keywords:** Administrative act; Disciplinary Power; Military sanction.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art. - artigo

CF - Constituição Federal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

MPU - Ministério Público da União

MPE - Ministério Público do Estado

p. - página

PEC - Proposta de Emenda Constitucional

REsp - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STM - Superior Tribunal Militar

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJAL - Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

TJMMG - Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais

TJMRJ - Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio de Janeiro

TJMSP - Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

TRF - Tribunal Regional Federal

TRT - Tribunal Distrital do Trabalho

TRE - Tribunal Regional Eleitoral

TSE - Tribunal Superior Eleitoral

TST - Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

Resumo	
Abstract	
Lista de Abreviaturas	
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>1. A DELIMITAÇÃO DO VOCÁBULO “ESTADO” À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b> .....	<b>15</b>
1.1 A MUDANÇA DO PARADÍGMA DE SÚDITO PARA CIDADANIA: A EMERGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO .....	19
1.2 A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DO ESTADO EM PROL DOS DESASSISTIDOS: A INSTITUIÇÃO DO ESTADO SOCIAL OU <i>WELFARE STATE</i> .....	23
1.3 POR UM PARADIGMA EM PROL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EM ANÁLISE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	29
<b>2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998: REPENSAR PRINCIPIOLOGICAMENTE A TEMÁTICA</b> .....	<b>35</b>
2.1 DELIMITAÇÃO DA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL-ADMINISTRATIVA DE “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” .....	37
2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPLÍCITOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	42
2.2.1 Princípio da Legalidade .....	44
2.2.2 Princípio da Impessoalidade .....	46
2.2.3 Princípio da Moralidade .....	47
2.2.4 Princípio da Publicidade .....	48
2.2.5 Princípio da Eficiência.....	49
2.3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM SEDE DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS SANCIONATÓRIAS .....	52
<b>3 PODERES ADMINISTRATIVOS DO ESTADO EM SEDE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR</b> .....	<b>58</b>
3.1 O PODER SANCIONATÓRIO ADMINISTRATIVO EM SEDE DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR MILITAR .....	64
3.2 CONTROLE JURISDICIONAL DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR.....	70
3.3 AS FALHAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DETECTADAS NAS SANSÕES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARES QUE FUNDAMENTARAM A ANULAÇÃO JUDICIAL DO ATO.....	77

<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>90</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo geral a análise do ato administrativo sancionador, na ótica militar, em especial, no que consiste a possibilidade e os limites do controle jurisdicional sobre tais atos.

Dentre os poderes conferidos à Administração Pública para a conservação e para a garantia do interesse público, acima da coletividade de interesses privados, notadamente se manifesta o Poder Disciplinar, que confere à Administração a prerrogativa de apurar e fazer aplicar sanções disciplinares sobre seus administrados, em especial, aqueles com algum nível de relação mais estreita com o Estado – mas que não se confunde com o poder punitivo penal do Estado.

Em contrapartida, pelo princípio da tripartição dos poderes, é possível se garantir a limitação do poder do Administrador para que se contenham possíveis arbitrariedades, exercendo o Poder Judiciário o controle sobre os atos emanados pelo executivo, sem, no entanto, sub-rogar-se de suas atribuições e prerrogativas. Ressalte-se que se exclui aqui o controle realizado pela própria Administração sobre seus atos (autotutela) e o exercido pelo Legislativo, como, por exemplo, aquele realizado pelos Tribunais de Contas.

Especificamente os atos administrativos sancionadores emanados por autoridades militares nascem do chamado poder-dever da Administração Pública em face do militar que transgrida o conjunto de obrigações e deveres inerentes a sua atividade, decorrentes do fiel atendimento aos pilares axiológicos da atividade militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina.

Com efeito, este conjunto de obrigações e deveres do militar reflete no ordenamento jurídico, submetendo o militar a um tratamento desigual em relação aos demais administrados, como notadamente a restrição expressa do art. 142, §2º da CRFB, que, para fins de exemplo, excepciona aos militares o direito fundamental de, preventivamente ou repressivamente, relaxar prisão administrativa ordenada por superior hierárquico, quando em cumprimento de sanção disciplinar restritiva de liberdade, por meio da impetração de habeas corpus.

Nesse cenário, tem-se submetido ao Judiciário inúmeros atos administrativos disciplinares com fundamento em vícios de legalidade quanto à falta de motivo para a emanação de tais atos, o que decorre diretamente de vício de argumentação

jurídica ao não conseguir demonstrar a autoridade disciplinar, as razões de sua decisão e, sobretudo, a relação entre as razões de fato que justifiquem a sanção e a subsunção destas à norma disciplinar.

Além disso, constata-se também a desproporcionalidade e irrazoabilidade dos atos sancionatórios, até mesmo o tratamento desigual quando há mais de um acusado, caracterizando ainda a violação do princípio da isonomia e da impessoalidade.

É nessa direção as decisões prolatas pelos tribunais pátrios que, corriqueiramente, têm anulado os atos administrativos sancionatórios por considerarem que a autoridade, em sua argumentação, não demonstrou o motivo justificador da sanção imposta aos administrados ou mesmo a sua razoabilidade.

O presente estudo, portanto, visa debater a inobservância de critérios argumentativos para legitimação de uma sanção administrativa disciplinar, ou melhor, apontar algumas falhas detectadas nos atos anulados judicialmente.

A delimitação à esfera militar justifica-se, como dito, pela resistência dos administradores militares em aplicar as normas, ainda que tipicamente militares, em consonância com o ordenamento constitucional vigente, de modo que dogmaticamente há a inter-relação e, por que não, a subordinação das normas militares ao direito constitucional e às normas gerais de direito administrativo. Comportamento que fica demonstrado pela numerosa incidência de reformas ou anulações de atos administrativos disciplinares militares pelo Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade dos atos administrativos.

Para chegar a tais conclusões, buscou-se aplicar as teorias do processo administrativo, do ato administrativo e da argumentação jurídica à realidade das sanções disciplinares, motivo pelo qual se optou pela distribuição do trabalho em três capítulos, abordando a natureza e a deontologia da função militar, a teoria geral do processo administrativo e os elementos da argumentação jurídica aplicáveis em tais atos, o que se alcançou com a pesquisa na doutrina e na jurisprudência dominante nos tribunais do Brasil.

No primeiro capítulo, serão analisados os principais pontos inerentes ao Estado, demonstrando sua evolução, o que vem a ser o estado social, bem como a importância do respeito à dignidade da pessoa humana em sua atuação.

O segundo capítulo abordará a respeito da atuação da administração pública, que deve sempre ser voltada para a consecução do interesse público, nesse sentido

serão estudados os princípios constitucionais, que devem nortear sua atuação, além da análise dos atos administrativos sancionatórios.

Por fim, o terceiro e último capítulo discorrerá acerca das limitações dos poderes administrativos, especialmente, no que consiste a aplicabilidade dos atos administrativos sancionatórios aos agentes militares, visando demonstrar até que ponto se pode dar a atuação do Poder Judiciário, quando chamado a analisar possíveis irregularidades na sanção aplicada.

Em suma, este estudo teve como metodologia de pesquisa científica a dedutiva, por meio da análise de bibliografias, legislações, jurisprudências, pertinentes ao tema, a fim de demonstrar, de forma clara e concisa, como se dá o controle judicial do ato administrativo disciplinar militar.

## 1 A DELIMITAÇÃO DO VOCÁBULO “ESTADO” À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 1º que:

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 a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

Segundo Soares (2004, p.80), a melhor forma de explicar o surgimento do Estado é observar as ideias de Dalmo de Abreu Dallari (2003) que “sintetiza em três posições básicas as diversas teorias relativas ao momento do surgimento do Estado”. As referidas ideias são concebidas através de análises antropológicas, filosóficas e jurídicas.

A primeira concepção parte do entendimento de que o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu, uma vez que, desde que o homem vive na terra, este sempre se encontrou integrado a uma organização social, dotada de poder e com autoridade que determinaria o comportamento de todo o grupo (DALLARI, 2003, *apud*, SOARES, 2004).

A segunda ideia diz que a sociedade humana existiu sem o Estado, conforme as exigências de se organizarem, mas, com o passar dos tempos, o Estado foi surgindo para atender às necessidades do grupo social, desse modo, o Estado surge depois da sociedade; e não junto com ela, como na primeira ideia, sendo este o entendimento da maioria dos autores (DALLARI, 2003, *apud*, SOARES, 2004).

A terceira e última noção, segundo Schmitt, parte de ideias dos autores que admitem o Estado

[...] como sociedade política dotada de certas características bem definidas. Nesse sentido, para Schmitt, o conceito de Estado não é conceito geral válido para todos os tempos, mas conceito histórico concreto surgido quando nasceu a ideia e a prática de soberania (DALLARI, 2003, *apud*, SOARES, 2004, p. 80).

A concepção de Estado está expressa mais precisamente no conceito do autor, transcrito a seguir:

Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que se tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. E a constituição, como dissemos antes, é o conjunto de normas que organizam estes elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e fins (SILVA, 2005, p. 97).

Para se construir o conceito de Estado, há de se observar a mudança de seus paradigmas no processo histórico, promovendo-se, à luz dos direitos fundamentais, uma reflexão sobre a gênese do Estado moderno, as suas transformações, os seus elementos constitutivos e a diluição de seus conceitos clássicos (SOARES, 2004). Meirelles busca conceituar:

O Estado segundo o ângulo em que é considerado. Do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário (Jellinek); sob o aspecto político é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação de mando e coerção (Malberg); sob o prisma constitucional é pessoa jurídica territorial soberana (Biscarettidi Ruffia); na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de direito público interno (MEIRELLES, 2003, p. 44).

Ante ao exposto até aqui, tomando-se por base as lições de Dallari (2012), pode-se definir o Estado como uma ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo, situado em determinado território. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a certo povo, e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, presente na menção a determinado território.

O povo é considerado o principal elemento para a caracterização de um Estado, pois, segundo o que expressa Dallari (2003, *apud*, SOARES, 2004, p.95), “é unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e, é para ele que o Estado se forma”.

Mesmo permanecendo temporariamente no território, sem vínculo com o Estado, o cidadão é considerado população daquele território, ficando assim subordinado às ordens jurídicas deste país, enquanto permanecer neste (STRECK e MORAIS, 2000). Atualmente, o povo é visto como uma sociedade formadora de diversos atos e costumes, eis que:

[...] nas democracias atuais, o povo concebe-se como uma “grandeza pluralística”, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades decisivamente influenciadoras da formação de “opiniões”, “vontades”, “correntes” ou “sensibilidades” políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes (CANOTILHO, 2002, p. 75).

Desse modo, de acordo com Moraes (2005), pode-se ver que o povo é um dos principais elementos, pois é para ele que o Estado existe e, sem ele, não haveria Estado, sendo elemento humano dentro do Estado, estando unido ao Estado pelo vínculo jurídico da nacionalidade. Nesse sentido, segundo a concepção apresentada por Silva (2005, p. 98), “território é o limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens”.

O território teve sua concepção de elemento indispensável ao Estado reconhecida somente com o advento do Estado moderno, uma vez que, a partir desse momento, insculpiu-se o conceito de soberania, no qual o território passou a ser compreendido como a superfície terrestre, sobre a qual o Estado exerce seu poder (SOARES, 2004). Segundo Soares, (2004, p. 181), “[...] o território é o elemento que intervém intrinsecamente na configuração do aparato estatal, além de afirmar-se como espaço concebido em três dimensões, no qual o Estado exercita a sua atividade soberana”.

Por fim, o último elemento indispensável para a constituição do Estado é a soberania que consiste em:

Um poder político supremo e independente, entendendo-se por ordem supremo aquele poder que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos. É a capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Lei Magna), de tal

modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e nos termos admitidos pela própria Constituição (MORAES, 2005, p. 16).

O conceito de soberania tem sido modificado com o passar dos anos, desde a Primeira Guerra Mundial até hoje, de forma que os Estados começassem a adquirir direitos e contraíssem obrigações, criando-se organizações internacionais através de tratados internacionais. Tais organizações internacionais existem até hoje, como a Organização das Nações Unidas, (SOARES, 2001). Para compreender melhor as características do poder soberano, basta recorrer às lições de Rousseau, em “O Contrato Social”, parte transcrita a seguir:

A soberania, por ser apenas o exercício da vontade geral, não pode jamais se alienar, é que o soberano, que não é senão um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo. O poder pode ser transmitido, não a vontade. Assim, a soberania inalienável por ser o exercício da vontade geral, não podendo esta se alienar e nem ser representada por quem quer que seja, sendo também indivisível, pois a vontade só é geral se houver a participação do todo. O pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus membros, e, este poder é aquele que, dirigido pela vontade geral, leva o nome de soberania. O poder soberano completamente absoluto, sagrado e inviolável não ultrapassa e nem pode transgredir os limites das convenções gerais (SOARES, 2001, p. 158).

No constitucionalismo brasileiro, a soberania foi recepcionada em todos os textos constitucionais, sendo que na Constituição Federal de 1988, o conceito de soberania foi reconstruído, afirmando o paradigma Estado Democrático de Direito com seus princípios: da soberania popular, da independência nacional e da soberania social. Assim, a partir de 1988, a soberania no Brasil começou a se manifestar no Estado Democrático de Direito, dando origem às eleições periódicas, ao sufrágio universal e ao voto secreto. Dessa forma, os representantes do povo para o executivo e legislativo eram eleitos diretamente, através do próprio povo (SOARES, 2001).

## **1.1 A MUDANÇA DO PARADIGMA DE SÚDITO PARA CIDADANIA: A EMERGÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO**

O desenvolvimento do Estado de Direito é peça essencial para a proteção dos direitos humanos. Estado de Direito, segundo Lang (2007, p. 61), começou a ser desenvolvido na Alemanha, no século XVIII, e sua teoria contrapõe-se ao Estado-absolutista, em que o governante concentrava o poder. Americanos e franceses declararam os direitos como ruptura com a antiga autoridade. Desse modo, o Estado de Direito, em que toda atividade estatal está submetida ao Direito, busca a defesa e a efetivação dos direitos fundamentais e a separação dos poderes.

Com a evolução do Estado Inglês, a Independência dos Estados Unidos e com a Revolução Francesa, nasce a primeira fase do constitucionalismo moderno, em que o Estado deve garantir a liberdade do indivíduo e a mínima intervenção estatal (MATTÉ, 2007, p. 201).

O modelo liberal, no entanto, privilegiou a burguesia em detrimento das mulheres, idosos e crianças, como afirma Matté (2007, p. 201). Desse modo, após a Revolução Industrial, a ideia de ação do Estado na garantia de direitos tornou-se central, já que a liberdade sem controle gera desigualdade social. Após esse momento, a teoria marxista ganha força. Segundo o marxismo, o homem deve ser visto como parte da sociedade.

Kant (2010) assinala que todo homem tem dignidade e não preço, ou seja, não pode ser substituível, não é uma coisa. Contudo, conforme Comparato (2001, p. 23), os atos nazistas despersonalizaram os seres humanos, esvaziando o próprio ser. Analogamente, mas não de forma tão trágica, o capitalismo faz o mesmo processo. Enquanto o capital é personificado, o indivíduo torna-se apenas mercadoria no processo de produção.

Os dois tipos de Estados já citados não foram suficientes, pois o modelo liberal criou as desigualdades, e o social não conseguiu materializar os direitos sociais, até mesmo sufocou as liberdades dos indivíduos por vezes, como alega Matté (2007, p. 202). Dessa forma, institui-se o Estado Democrático de Direito, o qual procura conciliar os dois antigos modelos. Esse modelo ampara não só o indivíduo ou a sociedade, mas também os grupos de indivíduos, como as mulheres e as crianças.

Quando se fala de Estado de Direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Vale acrescentar, ainda, que Hans Kelsen (2002), o precursor máximo do positivismo jurídico, defende que o Direito é um sistema de normas jurídicas, postas pelo Estado, num escalonamento de autoridade legal hierárquica, em que a Constituição de um Estado se encontra na camada jurídico-positiva mais alta.

Portanto, denota-se que o Estado de direito é aquele em que vigora o chamado "império da lei", porém este termo engloba alguns aspectos significados. O primeiro aspecto é o de que, neste tipo de Estado, as leis são criadas pelo próprio Estado, através de seus representantes politicamente constituídos. O segundo aspecto é que, uma vez criadas pelo Estado, as leis passam a ser eficazes, isto é, aplicáveis, o próprio Estado fica adstrito ao cumprimento das regras e dos limites por ele mesmo impostos. O terceiro aspecto, que se liga diretamente ao segundo, é a característica de que, no Estado de Direito, o poder estatal é limitado pela lei, não sendo absoluto, e o controle dessa limitação se dá através do acesso de todos ao Poder Judiciário, que deve possuir autoridade e autonomia para garantir que as leis existentes cumpram o seu papel de impor regras e limites ao exercício do poder estatal. (SILVA, 2007)

Na origem, o Estado de Direito tinha um conceito tipicamente liberal, daí falar-se Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: a) a submissão ao império da lei, lei essa emanada do Poder Legislativo, composto por representantes do povo; b) a divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, judiciário e executivo; c) um enunciado de direitos fundamentais (SILVA, 2007).

Daí a importância do chamado Estado de Direito, pois após os movimentos liberalistas, o Estado revestiu-se de outras características marcadas principalmente pela divisão dos poderes, como técnica que assegure a produção das leis ao Legislativo e a independência e a imparcialidade do Judiciário em face aos demais poderes e dos interesses particulares de toda sociedade (SILVA, 2007). Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu magistério, esclarece que:

[...] a locução Estado de Direito foi cunhada na Alemanha: é o Rechtsstaat. Aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e Rechtsstaat. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde Stahl Ihe deram a feição definitiva (FERREIRA FILHO, 2004, p. 56).

Segundo ensinamentos de José Afonso da Silva:

[...] a superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a Sociedade Democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega agora o „Estado Democrático de Direito” que a constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de „Estado Democrático de Direito” da Constituição da República Portuguesa (art. 2º) e do „Estado Social e Democrático de Direito da Constituição Espanhola” (art. 10º) (SILVA, 2007, p. 113).

O conceito de “Estado de Direito” foi ganhando “sinônimos” com o tempo e muitos desses foram concepções deformadoras. Com a superação do liberalismo, a expressão “Estado de Direito”, que inicialmente convertia os súditos em cidadãos livres, tornou-se insuficiente. Dessa maneira, segundo Carl Schmitt: “Estado de Direito pode ter tantos significados distintos como a própria palavra „Direito” e designar tantas organizações quanto as que se aplica à palavra „Estado”” (SILVA, 2007). Assim, acrescenta ele: há um Estado de Direito feudal, outro burguês, outro nacional, além de outros conformes com o Direito natural, com o Direito racional e com o Direito histórico (SILVA, 2007).

Entende-se, portanto, que o Estado de Direito é sinônimo de Estado de Justiça que, por sua vez, nada tem a ver com o estado submetido ao poder judiciário, sendo este apenas um elemento que compõe o Estado de Direito. Estado submetido ao juiz é Estado cujos atos legislativos, administrativos e também judiciais ficam sujeitos ao controle jurisdicional no que tange à legitimidade constitucional e legal (SILVA, 2007).

Na concepção jurídica de Hans Kelsen (2002), o conceito de “Estado de Direito” também é “deformado”. Para ele, Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito. Como, na sua concepção, só é Direito o Direito positivo,

como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, tem-se uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito que serve também a interesses ditatoriais. Pois, se o Direito acaba se confundindo com o mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica e ideológica, todo Estado acaba sendo Estado de Direito. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] os três grandes princípios encontráveis num Estado submetido ao Direito são: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade e o princípio da justicialidade. O princípio da legalidade, que contém a afirmação da liberdade do indivíduo como regra geral, seria a fonte única de todas as obrigações dentro de um Estado de Direito. A lei vincula o Poder Executivo, que não pode exigir condutas que não estejam previstas em lei, submete a função do Judiciário, que não pode impor sanção sem que esta esteja definida em lei, e embasa a atuação do Legislativo, que nada pode prescrever senão por meio de uma lei. A igualdade é princípio informador do conceito de lei no Estado de Direito, posto que suas formulações legais devem ser iguais para todos, proibindo o arbítrio, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desiguam. A justicialidade, vista como princípio também, é o controle dos atos do Estado de Direito, que deve conter um procedimento contencioso para decidir os litígios, sejam estes entre as autoridades superiores do Estado, ou entre autoridades e particulares, ou, num Estado federal, entre a Federação e um Estado-membro, ou entre Estados-membros etc. (FERREIRA FILHO, 2004, p. 23).

Portanto, o reconhecimento e a institucionalização do Estado de Direito tendem a produzir, de forma geral, a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, a submissão do poder ao império do direito e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, que são, em última análise, a materialização de uma ideia de justiça presente na constituição de um Estado (FERREIRA FILHO, 2004). Por isso, podemos afirmar que o Estado de direito possui várias dimensões essenciais. A primeira dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado subordinado ao direito. Isso significa, mais concretamente, três coisas: a) o Estado está sujeito ao direito, em especial a uma Constituição (por isso, que constituição é, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1995), o estatuto jurídico do político); b) o Estado atua através do direito; c) o Estado está sujeito a uma ideia de justiça.

As demais dimensões essenciais são, resumidamente, que o Estado de Direito é um Estado de direitos fundamentais, ou seja, com um conjunto de normas constitucionais superiores, que obrigam o legislador a respeitá-las, observando o

seu núcleo fundamental, sob pena de nulidade das próprias leis e da declaração de sua inconstitucionalidade. Além disso, deve observar o princípio da razoabilidade, ou seja, é um Estado de justa medida porque se estrutura em torno do princípio material normalmente chamado de princípio da proibição de excesso (CANOTILHO, 1995).

Além disso, destacamos que o Estado de Direito é um Estado que designa o princípio da legalidade da administração pública, isto é, um Estado que determina a ideia de subordinação à lei dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes do Estado que responde pelos seus atos, ou seja, é um Estado que civilmente é responsável por danos incidentes na esfera jurídica dos particulares. O Estado de Direito é um Estado que garante a via judiciária, ou seja, o acesso ao poder judiciário no caso de ameaça ou de lesão de direito. Esse princípio é complementado, entre outros pressupostos, pela garantia de um juízo regular e independente, pela observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, pela institucionalização do direito de escolher um defensor e pelo reconhecimento do cidadão ter a assistência obrigatória de um advogado quando processado pelo Estado (CANOTILHO, 1995).

Outro ponto fundamental e essencial do Estado de Direito é um Estado estruturado a partir da divisão de poderes, isto é, do fracionamento do Poder do Estado e da independência de seus três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Nesse sentido, o Estado de Direito é também, como regra, um Estado descentralizado, mesmo quando se configura como um Estado unitário.

## **1.2 A ATUAÇÃO INTERVENTIVA DO ESTADO EM PROL DOS DESASSISTIDOS: A INSTITUIÇÃO DO ESTADO SOCIAL OU WELFARE STATE**

O Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State* organiza fundamentalmente o conjunto de políticas sociais e de assistência aos cidadãos que garante padrões mínimos de qualidade de vida para determinada sociedade. Esses tipos de serviços assistenciais são de caráter público e reconhecidos como direitos sociais. A construção de um Estado do Bem-Estar Social requer, geralmente, a existência prévia de períodos de desenvolvimento econômico (GUERREIRO, 2010).

No caso específico de países em desenvolvimento, a escolha pública ocorre de forma que o Estado participa no processo de desenvolvimento de maneira ativa,

configurando-se como um Estado Desenvolvimentista. A aprovação e implementação das propostas constitucionais brasileiras de universalização, inclusão social e expansão das políticas públicas sociais, foi preciso ir na contramão o conservadorismo (GUERREIRO, 2010).

Os estudos sobre o *Welfare State* encontram-se em constante evolução e é sempre um ponto de extrema importância para a Gestão Pública. Na teoria, a democracia favorece a implementação do *Welfare State*, pois todos terão direitos sociais. Porém, historicamente, os países democráticos demoraram para implantá-lo, especialmente aqueles que permaneciam essencialmente agrários, dominados por pequenos proprietários que conseguiam ganhar o voto em troca de menos impostos. Outros países, ainda que não democráticos, através de tributos elevados, conseguiram mobilizar recursos para promover políticas públicas sociais (GUERREIRO, 2010).

A teoria da mobilização de classe supõe que o *Welfare State* vai além de aliviar os males causados pelo sistema capitalista, pois um *Welfare State* “socialdemocrata” fortalece o movimento dos trabalhadores, estabelecendo fontes de poder, diminuindo o poder capitalista. Avaliaremos no presente capítulo o conceito histórico de Estado de Bem-Estar Social (GUERREIRO, 2010).

Inicialmente, cabe indicar que o Estado de Bem-Estar Social é uma construção histórica, um processo com avanços e recuos em pleno desenvolvimento, mas caracterizado, de forma geral, pela ampliação do campo dos direitos sociais aos cidadãos e responsabilização do Estado pela garantia desses direitos através de ações e políticas públicas (GUERREIRO, 2010).

O *Welfare State* passou por diversas mudanças e aperfeiçoamentos para se adaptar às necessidades e especificidades dos diferentes países. Seu surgimento ocorreu após a segunda guerra mundial e passou por diversas mudanças. (ARRETCHE, 1995). Através da literatura sobre o tema, percebe-se que muitos autores tentaram explicar sua origem por correntes que dão maior peso à natureza econômica do fenômeno. Passando também por diversos conflitos para se desenvolver. Esses conflitos estão ligados ao campo de escolha para a redistribuição dos produtos do trabalho social e o acesso da população à proteção contra riscos essenciais à vida social com direito de cidadania.

Segundo Esping-Andersen (1991), existem três tipos de *Welfare State* que são: regime socialdemocrata, regime ou modelo conservador e regime ou modelo

liberal. Esses três tipos são divergentes entre si, pelo fato de cada país tentar solucionar os problemas sociais de algum modo.

Segundo Arretche, (1995), a explicativa central para a emergência e desenvolvimento do *Welfare State*, caracteriza-se pelo papel das burocracias estatais e dos reformadores sociais. Assim, as variáveis explicativas ali propostas são um desdobramento desta premissa:

1. As burocracias públicas jogam um papel central nas reformas sociais, um papel de liderança. O conteúdo de sua ação é explicado pela avaliação que estas mesmas burocracias têm das políticas anteriormente estabelecidas. A aprendizagem social de tais políticas ocorre no âmbito da opinião pública e dos partidos políticos, mas é avaliada de uma determinada forma pelos formuladores das políticas, condicionando o conteúdo das políticas públicas propostas. O conceito de policyfeedback diz respeito a este efeito de retorno das políticas prévias sobre as políticas futuras; 2. As capacidades estatais são uma pré-condição para a emergência de modernos sistemas de proteção social. São medidas pelo grau de burocratização e centralização do Estado, mais especificamente ainda, pelo grau de bureaucratic insulation, que diz respeito à capacidade das burocracias formularem e implementarem políticas públicas, de forma mais ou menos autônoma às pressões sociais; 3. Os recursos de poder das burocracias são, derivados da formação do Estado, pela consolidação de estruturas burocráticas previamente à plena liberalização e democratização dos sistemas políticos nacionais. A sequência histórica democratização/burocratização é fundamental na análise proposta pelos neo-institucionalistas, dado que ela condiciona a natureza das burocracias públicas (ARRETCHÉ, 1995, p. 54-55).

-

É na formação do Estado nacional que se definem as capacidades estatais, e o grau de autonomia do Estado condiciona fatores de ordem externa, relativos à posição do país no sistema de relações internacionais, o que inclui relações geopolíticas, ameaças de guerra, necessidade de competição econômica; por outro lado, a formação do Estado é dependente de fatores de ordem interna, tais como a burocratização/democratização, o interesse das elites e dos setores populares na democracia e o grau de comercialização da economia (ARRETCHÉ, 1995).

O Estado brasileiro, por meio das orientações e tendências internacionais, começou a seguir sistemas mais liberais em algumas das suas imputações que se encontram previstas na Constituição. Para beneficiar as contas governamentais, diminuindo os gastos públicos, tornou-se um dos principais objetivos dos nossos

governantes, que começaram trocando propostas universalistas, por diversas políticas de oportunidades, direitos e inclusão social (ARRETCHE, 1995).

Sob o olhar de Esping-Andersen (1991), os três modelos do *Welfare State* mostram que: quando os mercados tomarem formas universais, ocorrerá a mercadorização dos trabalhadores, ou seja, o bem-estar desses indivíduos passa a depender inteiramente das relações monetárias (mercado); a previdência social estatal e compulsória com direitos depende muito da forma de elegibilidade e das leis que regem seus benefícios, os quais dependem quase inteiramente das contribuições, logo de trabalho e emprego; o modelo de Beveridge, que a princípio aparenta ser o mais “desmercadorizante”, oferece benefícios básicos e iguais para todos, independente de ganhos, contribuições ou atuação anterior no mercado (ZIMMERMAM, 2009).

Sucedeu também um processo de desmercantilização nas políticas sociais, e elas surgiram pelo fato de que, nas palavras de Zimmermam (2009, p.52), “as políticas sociais devem, portanto, ser concebidas pelos Estados de Bem-Estar, que regulam a oferta e a demanda de trabalho”. O autor, também, cita as três formas existentes de sistema de proteção social que foram descritas por Esping-Andersen (1990, p.48), cujo conteúdo mostra a relação da desmercantilização das relações sociais mais detalhadamente:

a) Liberal – Um regime, historicamente predominante nos países anglo-saxões, que concebe os direitos sociais através da comprovação de pobreza e da condição de indigência. Esse tipo de sistema social está ancorado na antiga “Lei dos pobres”, já que a provisão de benefícios sociais depende da aplicação de testes de meios (comprovação da pobreza), os quais apresentam graus variados de rigidez. Esse sistema não estende plenamente os direitos de cidadania. O que conta, no modelo liberal, é caráter restritivo dos testes de meios e a moderação dos benefícios. Os benefícios são modestos, pois se objetiva não causar falta de incentivos ao trabalho, valorizando-se, conseqüentemente, a ética do trabalho. Assim, quanto mais restritivos os testes de comprovação da pobreza, menor o grau de desmercantilização. Os países protótipos desse regime são os Estados Unidos da América, Inglaterra e Austrália. b) Conservador – Esse sistema de proteção social estende benefícios com base no desempenho do trabalho. Essa variante tem suas raízes na tradição do seguro social, que foi desenvolvida primeiramente na Alemanha e, posteriormente, se alastrou pelo continente europeu. Os direitos sociais são concebidos de forma condicional, mesclando trabalho-mercado com contribuições financeiras. Normalmente, o acesso a benefícios obedece à lógica do cálculo, ou seja, à concepção de que o indivíduo

tem um benefício pessoal em virtude de cumprir um contrato. O grau de oportunidades oferecidas nesse sistema em relação à desmercantilização depende, em grande medida, das exigências da base de cálculo. Em outros termos, calcula-se o tempo durante o qual um indivíduo tem de trabalhar para ter acesso aos benefícios. Quanto maior o tempo de trabalho para garantir o acesso a benefícios, menor o grau de desmercantilização. Os países protótipos desse regime são Alemanha, França e Itália. c) Socialdemocrata ou socialista – O terceiro sistema de acesso a benefícios originou-se do princípio universal de direitos de cidadania, concebido com base no relatório de Beveridge (1942) (ZIMMERMAM, 2009, p. 353).

Ainda, segundo as ideias de Zimmermam, o aspecto inovador de tal sistema diz respeito ao fato de:

O acesso aos direitos sociais não depende da comprovação da pobreza ou do desempenho no trabalho. A elegibilidade resulta apenas do fato de ser cidadão ou residir num determinado país. Os programas sociais são construídos pelo princípio de distribuição de benefícios, cujos valores são unitários e independem de contribuição anterior. Em virtude disso, esse regime de proteção social possui um grande potencial de desmercantilização, aliás o maior grau em relação aos anteriores. O sistema de proteção social universal é mais forte nos países escandinavos, um princípio há muito tempo existente na tradição socialista de política social. Os países protótipos desse tipo de regime são Suécia, Noruega e Dinamarca (ZIMMERMAM, 2009, p. 353-354.)

Historicamente, a construção do *Welfare State* dependeu da edificação de coalizões políticas, que se trata de uma política de classe muito mais decisiva que as fontes de poder de qualquer classe tomada isoladamente, (ESPING-ANDERSEN, 1991).

Nas palavras de Arretche, (1995), existem algumas teorias explicativas para a emergência e o desenvolvimento do *Welfare State*:

(...) argumentos acentuam o *Welfare State* como um campo de escolhas, de solução de conflitos no interior de sociedades (capitalistas avançadas), conflitos nos quais se decide a redistribuição dos frutos do trabalho social e o acesso da população à proteção contra riscos inerentes à vida social, proteção concebida como um direito de cidadania. (ARRETICHE, 1995, p. 63).

O surgimento de programas sociais seria um desdobramento necessário de intenções mais gerais postas na jornada pela industrialização. A industrialização tem

efeitos sobre a estrutura da população, da estratificação social, da renda e da distribuição do poder, mecanismos através dos quais se realizará a socialização, mudanças radicais que exigiriam novas formas de integração social. (ARRETCHE, 1995)

Para alcançar uma abordagem do sistema estruturalista, Esping-Andersen relata:

Uma variante começa com uma teoria de sociedade industrial e afirma que a industrialização torna a política social tanto necessária quanto possível. Necessária, porque modos de produção pré-industriais como a família, a igreja, a *noblesse oblige* e a solidariedade corporativa são destruídos pelas forças ligadas à modernização, como a mobilidade social, a urbanização, o individualismo e a dependência do mercado. O x da questão é que o mercado não é um substituto adequado, pois abastece apenas os que conseguem atuar dentro dele. Por isso a “função de bem-estar social” é apropriada ao Estado nação (ESPING-ANDERSEN, 2009, p. 91).

Para se investir em um *Welfare State* não dogmático é necessário que o Estado realize transferências monetárias e de serviços, invariavelmente redistributivas (KERSTENETZKY, 2011). Ainda de acordo com Kerstenetzky, (2011), a literatura sobre o desenvolvimento econômico registra os primórdios de um bem-estar desenvolvimentista, uma espécie de inscrição da política social.

O Estado de bem-estar social é um fenômeno histórico moderno através do qual as instituições políticas sociais acompanharam o processo de desenvolvimento e modernização capitalistas em sentido preciso. O desenvolvimento recente das teorias sobre tipos e regimes de Estado de bem-estar possibilita resgatar os traços específicos com que emergem as modernas instituições da proteção social, gerando também um fértil terreno que permite capturar as características específicas e as variações históricas que se desenvolvem e mudam esses sistemas (KERSTENETZKY, 2011).

Ainda há muito a se fazer para conquistarmos o Estado de Bem-Estar Social que o Brasil precisa para erradicar os problemas existentes principalmente na saúde e na educação. Apesar das tentativas e avanços rumo à universalização dos direitos sociais, tais políticas sociais ainda necessitam de aperfeiçoamento para que o Brasil se compare aos outros países que alcançaram o *Welfare State*, cujo modelo continua sendo os países Escandinavos. (KERSTENETZKY, 2011)

De acordo com Zimmermann, (2009): “(...) políticas sociais com maior grau de desmercantilização implicam a garantia de um padrão de vida aceitável, tendo em vista a autonomia e a liberdade dos cidadãos no que concerne aos ditames e imposições do mercado”.

A trajetória do *Welfare State* no Brasil teve um papel redistributivo nas políticas sociais. Utilizando políticas sociais como método de legitimação de ordem política e social e fornecimento de mão de obra assalariada à indústria. (ZIMMERMANN, 2009)

De acordo com Benevides (2011), é possível perceber que as três formas de regime do *Welfare State* concebem de modo diverso as responsabilidades da proteção social, que condizem com a divisão entre mercado, família e Estado.

Na concepção conservadora, o Estado deve entrar em cena quando a família e o mercado falham para garantir um padrão digno de sobrevivência. Os socialdemocratas, por outro lado, são os defensores das soluções coletivas e reconhecem que o mercado e a família são canais insuficientes de proteção social, sendo os principais causadores das desigualdades sociais. Já os liberais têm como propósito garantir a capacidade individual de inserção no mercado, mesmo que isso implique uma maior desigualdade social, defendendo maior desmercantilização, igualdade e segurança social contra riscos. Os conservadores, por sua vez, baseiam-se no princípio da subsidiaridade do Estado, cabendo à família um papel central na proteção social (BENEVIDES, 2011, p. 31).

Alguns aspectos o *Welfare State* no país serviu para esconder sua realidade desigual quando comparado a outros países, mas sua universalização gerou uma redistribuição que pode ser considerada relevante (BENEVIDES, 2011).

### **1.3 POR UM PARADIGMA EM PROL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EM ANÁLISE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O termo “Estado Democrático de Direito”, conquanto venha sendo largamente utilizado atualmente, ainda é pouco compreendido, sendo sua conceituação difícil, em face das múltiplas facetas que ele encerra. No Estado contemporâneo, em virtude da maximização do papel do poder público, que se encontra presente em praticamente todas as áreas das relações humanas, a expressão “Estado

Democrático de Direito” ganha uma extensão quase que ilimitada, mas, conseqüente e paradoxalmente, perde muito em compreensão. O fato de esse termo ter sido incluído em nosso atual texto constitucional, no seu primeiro artigo, adjetivando a República Federativa do Brasil, torna obrigatório a sua interpretação, com todas as conseqüências que dela podem e devem advir (MORAES, 2007).

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se pelo Direito e por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, adotou, igualmente em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (MORAES, 2007, p. 165).

A designação "Estado Democrático de Direito" conjuga dois conceitos distintos que, juntos, definem a forma de mecanismos tipicamente assumidos pelo Estado de inspiração ocidental. Cada um desses termos possui sua própria definição técnica, mas, neste contexto, referem-se especificamente a parâmetros de funcionamento do Estado Ocidental Moderno (MORAES, 2007).

Em sua origem grega, "democracia" quer dizer "governo do povo". No sistema moderno, no entanto, não é possível que o povo governe propriamente (o que significaria uma democracia direta). Assim, os atos de governo são exercidos por membros do povo ditos "politicamente constituídos", por meio de eleição. No Estado Democrático Brasileiro as funções típicas e indelegáveis do Estado são exercidas por indivíduos eleitos pelo povo para tanto, de acordo com regras pré-estabelecidas que regerão o pleito eleitoral (SILVA, 2007).

O aspecto da expressão "de Direito" refere-se a que tipo de direito exercerá o papel de limitar o exercício do poder estatal. No Estado democrático de direito, apenas o direito positivo (isto é, aquele que foi codificado e aprovado pelos órgãos estatais competentes, como o Poder Legislativo) poderá limitar a ação estatal, e somente ele poderá ser invocado nos tribunais para garantir o chamado "império da lei". Todas as outras fontes de direito, como o Direito Canônico ou o Direito Natural, ficam excluídas, a não ser que o direito positivo lhes atribua esta eficácia, e apenas nos limites estabelecidos pelo último (SILVA, 2007).

Nesse contexto, destaca-se o papel exercido pela Constituição. Nela delineiam-se os limites e as regras para o exercício do poder estatal (onde se

inscrevem os chamados "Direitos e Garantias fundamentais"), e, a partir dela, e sempre a tendo como baliza, redige-se o restante do chamado "ordenamento jurídico", isto é, o conjunto das leis que regem uma sociedade. O Estado democrático de direito não pode prescindir da existência de uma Constituição (MORAES, 2007).

No entanto, toda a conceitualização não deverá restringir o elemento democrático à limitação do poder estatal e a democracia ao instituto da representação política. Esta, em virtude de seus inúmeros defeitos, não pode fundamentar o Estado Democrático de Direito, pelo menos não como ele deveria ser, já que o princípio democrático não se reduz a um método de escolha dos governantes pelos governados (MORAES, 2007).

O Estado Democrático envolve, necessariamente, a soberania popular. Conforme expõe José Afonso da Silva,

o Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular que „impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento (SILVA, 2007, p. 66).

Assim, a substância da soberania popular deve ser representada pela autêntica, efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal (SILVA, 2007).

Friedrich Müller apregoa que,

a ideia fundamental da democracia é a determinação normativa de um tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o autogoverno na prática quase inexecutável, pretende-se ter ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político (MULLER, 1998, p. 57).

Para José Joaquim Gomes Canotilho,

o esquema racional da estadualidade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional

Democrático, porque ele é conformado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática (CANOTILHO, 1995, p. 43).

O Estado Democrático deve ser transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna para o homem. Este Estado age como fomentador da participação pública em vários seguimentos. O Estado deve sempre ter presente a ideia de que a democracia implica necessariamente a questão da solução do problema das condições materiais de existência. Portanto, foi criado para ultrapassar a ideia utópica de transformação social, assumindo o objetivo da igualdade, a lei aparece como instrumento de reestruturação social, não devendo atrelar-se a outros fins como à sanção ou à promoção (CANOTILHO, 1995).

A democracia como realização de valores de convivência humana de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa é conceito mais abrangente do que “Estado Democrático de Direito” que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal (CANOTILHO, 1995).

Além disso, é certo que o Estado Democrático deve aparecer com a função de reduzir antíteses econômicas e sociais e isto se torna possível com a devida aplicação da Constituição Federal (colocada no ápice de uma pirâmide jurídica escalonada), que representa o interesse da maioria (CANOTILHO, 1995).

Em suma, segundo Barroso (2003), pode-se elencar os elementos essenciais no Estado Democrático de Direito, sendo o seu fundamento e principal aspecto a soberania popular: 1 - A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo; 2 – Ser um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo; 3 - A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida; 4 - A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões; 5 - Realização da democracia com a consequente promoção da justiça social; 6 - Observância do princípio da igualdade; 7 - existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado.

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem é indispensável para se compor um Estado Democrático de Direito, firma-se a problemática de que se

deve repelir toda violação àquele. Em decorrência disso que tais direitos são positivados para ensejar e possibilitar que seja efetivamente observado pela humanidade (BARROSO, 2003).

A força jurídica normativa dos princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana é ressaltado por Sarlet (2002), ao afirmar que a:

qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, da nossa Lei Fundamental, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas, acima de tudo, constitui norma jurídico-positiva, dotada, em sua plenitude, de „status” constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotada de eficácia (SARLET, 2002, p. 68).

Sobre o princípio em tela, aponta José Afonso da Silva:

Em conclusão, a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza (SILVA, 2007, p. 94).

Segundo o autor Peter Häberle (2005), a dignidade constitui valor jurídico mais elevado no ordenamento constitucional, pois é um valor jurídico supremo. A denotação pré-positiva da dignidade da pessoa humana é invocada para caracterizar o “fim supremo de todo o Direito” ou para determinar a não violação a esse princípio, o qual é visto como respaldo jurídico de todo o arcabouço dos direitos fundamentais.

A sociedade livre, justa e solidária concatenada na Constituição Federal de 1988, a qual é regida por preceitos democráticos, somente é oportunizada quando se elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento deste Estado, fato que priorizou o avanço da personalidade das pessoas que compõem a sociedade. A teor dessa importância vê-se que, ao longo do texto constitucional, está presente a dignidade da pessoa humana de diferentes formas, como estabelecer o escopo da ordem econômica no sentido de destacar a existência digna (artigo 170, *caput*, CF); planejamento familiar calcado neste princípio (artigo 226, § 6º, CF); a dignidade da criança e do adolescente (artigo 227, *caput*, CF). (SILVA, 2007)

Confira-se:

Uma Constituição que parte da dignidade humana e de sua proteção deve preocupar-se com que essa dignidade (incluindo suas vinculações) seja vista com um objetivo pedagógico – desde as escolas até a regulamentação da atividade de radiodifusão –, mesmo onde a dignidade não esteja textualmente como constituindo objetivo pedagógico. Da previsão textual da dignidade deriva sua condição do objetivo pedagógico e educativo. A Constituição assume este compromisso perante si própria (HÄBERLE, 2005, p. 93).

Igual sentido, manifesta-se Paulo Bonavides:

Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houve reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia de normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados (BONAVIDES, 2004, p. 75).

Assim, verifica-se o reconhecimento jurídico e moral do princípio da dignidade da pessoa frente aos direitos fundamentais do homem. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana disponibiliza uma área de integridade moral a ser resguardada a toda e qualquer pessoa, simplesmente pelo fato de existir no mundo, fato que permite inferir que é um valor que se confere elevada importância jurídica e que deve sempre ser observado em todo Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2003).

## **2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998: REPENSAR PRINCIPIOLOGICAMENTE A TEMÁTICA**

Historicamente, a estrutura política do Brasil sempre usou nomeações plenipotenciárias para manter seu modelo de governo patrilíneo/convidado,

colocando as relações pessoais em um estado que não é favorável às necessidades sociais, e essa tradição continua até hoje (FERREIRA, 2014).

A origem remonta ao Brasil-Colônia, cujo sistema de Capitânicas Hereditárias permitiu que os portugueses proprietários de terras, conhecidos como donatários, tivessem poderes – estes conferidos pela Coroa Portuguesa – para nomear pessoas de seu interesse a fim de exercer funções públicas no Brasil. Com o insucesso do sistema de Capitânicas Hereditárias, dado a dificuldade em convencer alguns donatários a virem e permanecerem no Brasil surge o Governo-Geral, com o fito de centralizar o poder que antes era exercido em absoluto por cada um dos donatários portugueses, visto que uma capitania não possuía vínculo com outras. Da mesma forma que o sistema anterior, os titulares do poder nomeavam, ao seu livre arbítrio, indivíduos que deveriam exercer funções públicas (FERREIRA, 2014, p. 2).

Essa posição hereditária não terminou no final do período colonial e imperial brasileiro e foi mantida durante todo o período republicano. A “Constituição Federal” de 1988 estabeleceu as normas legais que regulamentam o país, que visa regulamentar a administração pública brasileira. Foi promulgada após um longo período de ditadura militar para reconstruir a democracia e o Estado de Direito; sua estrutura organizacional é baseada em temas privilegiados, como princípios básicos, direitos pessoais e políticos, garantias de Estado e posicionamento de poder, e defesa de instituições (FERREIRA, 2014).

Com a Proclamação da República, influenciada pela elite agrária que passou a enxergar a monarquia como uma forma de atraso ao desenvolvimento econômico do país, a Constituição Republicana de 1891 continuava prevendo a possibilidade de livre nomeação para cargos públicos, mas agora com duas diferenças: eles deveriam estar previstos em lei e cada Poder nomearia os seus próprios funcionários. A necessidade de concurso público e as garantias do cargo foram previstas pela primeira vez na Constituição de 1934 e se estenderam até hoje, com exceção do período ditatorial que, apesar de ainda prever a necessidade de concurso público para o acesso aos cargos no governo, extirpou da sociedade todo e qualquer tipo de garantia ou direito fundamental. Somente na Constituição de 1946 foi prevista oficialmente a possibilidade de livre nomeação para cargos públicos em razão da confiança, com demissão ad nutum. Tal exceção em relação à regra dos concursos públicos permanece em vigor nos dias atuais, prevista no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (FERREIRA, 2014, p. 2).

Nesse caso, o Capítulo 7 do Título III da atual Constituição da República Federativa do Brasil concentra-se exclusivamente na estrutura da administração pública. O artigo 37 estabelece, em seus princípios básicos, que a administração deve seguir os requisitos originais estabelecidos como base de qualquer ação pública (BRASIL, 1988).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (BRASIL, 1988).

Encontra-se também no artigo 37, em seu inciso V, a regulamentação acerca das funções gratificadas e dos cargos em comissão:

V - As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (BRASIL, 1988).

Os cargos remunerados são ocupados por funcionários públicos efetivamente vinculados ao poder público, enquanto os cargos de confiança (funções de confiança) referem-se a cargos públicos em que os funcionários estão temporariamente vinculados ao poder público. Essas nomeações são adquiridas e reservadas aos três principais países e seu governo. As funções que retêm liderança, liderança e consultoria são caracterizadas por fatores de confiança (BORGES, 2012).

A criação de cargos em comissão deve atender aos princípios da administração pública, em especial ao da razoabilidade, sob pena de burla ao concurso público, já que os cargos em comissão, por comando constitucional, são de livre nomeação, na forma do inciso II do art. 37, atendendo-se aos demais requisitos, tais como atribuições de chefia ou assessoramento, sob pena de ser maculada inconstitucionalidade a lei instituidora de referidos cargos (BORGES, 2012, p. 49).

Após muitas emendas constitucionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda apresenta lacunas jurídicas que prejudicam o conteúdo definido nos princípios da administração pública no Brasil. A mídia brasileira afirmou publicamente em diferentes momentos que os cargos livremente nomeados são

usados pelo governo como moeda de troca de apoio político, dando prioridade aos direitos de cargos livremente nomeados e funções remuneradas garantidos pela constituição, ao invés de dar atenção às capacidades técnicas. dessas posições. Assumir vagas ou seu compromisso com o interesse público (BORGES, 2012).

Nesse sentido, Fernando Henrique Cardoso (2006), em seu livro *A arte da política*, afirma que:

[...] Se o governo não dispuser dos recursos políticos e de informação para preservar os setores do Executivo que considerar essenciais à realização de seus projetos, ao “fechar” alianças e entregar partes do mando a pessoas e partidos que não necessariamente comungam de visão e valores comuns, começa a vender a alma ao diabo sem chances de recompra. [...] O governo tem que fazer compromissos aceitando a participação de pessoas e setores partidários que se sabia, de antemão, não comungavam de propósitos idênticos: o pragmatismo com objetivos definidos implica um cálculo e uma aposta. O cálculo diz respeito aos apoios necessários à sustentação geral da política governamental, mesmo quando em detrimento de objetivos específicos, e a aposta tem a ver com a crença de quem conduz de que é capaz de induzir (ou, no limite, forçar) os aliados, inclusive os de última hora, a aceitarem os objetivos que pretende alcançar (CARDOSO, 2006, p. 234-235).

Portanto, de acordo com Cardoso (2006), cargos públicos são usados em troca de apoio partidário há muito tempo. Desta vez, a "Carta da República" de 1988 tornou-se um marco na democratização da administração pública.

## **2.1 DELIMITAÇÃO DA CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL-ADMINISTRATIVA DE “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”**

Segundo Canotilho (1995, p. 29): “Administração pública é todo equipamento do Estado, destinado ao desempenho de suas funções de serviço e ao atendimento de necessidades coletivas”. Para Silva (2007, p. 18), “A administração pública é um conjunto de instituições, recursos materiais, financeiros e humanos necessários à organização e execução das decisões políticas”.

De acordo com o conceito proposto pelo autor, verifica-se que a administração pública nada mais é que um instrumento do Estado para o alcance de seus objetivos, sendo esse instrumento produzido pela tomada de decisão política

(SILVA, 2007). Em seu art. 3º, a Constituição Federal do Brasil destaca seus objetivos fundamentais:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

A partir da descrição dos objetivos transcritos na Constituição Federal, é óbvio que o país representado pela República Federativa do Brasil, neste exemplo, é uma entidade criada pela sociedade brasileira que tem como objetivo gerar bem-estar social por meio da utilização de normas (SILVA, 2007). Segundo Castro (2010), o estado deve possuir três elementos principais. São eles: povo, território e soberania.

O povo é apenas um grupo de pessoas pertencentes a um determinado país, destacando-se a diferença entre o povo e a população, pois o primeiro está sistematicamente e continuamente vinculado a um determinado governo, e a população como indígena é apenas um fator quantitativo para os estrangeiros (CASTRO, 2010).

O território é um elemento espacial porque é todo o espaço geográfico de um determinado governo, incluindo o espaço terrestre, marítimo e aéreo (CASTRO, 2010). Por outro lado, a soberania é um elemento de poder, pois se trata de independência e capacidade de autogestão, é baseada na vontade do povo e no seu território (CASTRO, 2010).

Acerca de como se divide a estrutura da administração pública, a própria Constituição Federal, nos seus artigos 1º e 2º aborda os níveis e os poderes públicos:

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:  
I - a soberania;  
II - a cidadania  
III - a dignidade da pessoa humana;  
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

Nesse caso, existem três níveis: municipal, estadual e federal com três poderes: legislativo, executivo e judiciário. Os três poderes associados a esses três níveis correspondem à gestão pública direta (CASTRO, 2010).

Segundo o portal brasileiro (BRASIL, 2009), o poder legislativo tem a função de legislar, ou seja, formular as leis ou regulamentos que regem o país, subdivididos em emendas constitucionais, leis complementares, leis comuns, leis de autorização, medidas provisórias, legislativas, decretos e resoluções. Com o auxílio do Tribunal Administrativo Federal, o poder legislativo fica sob o controle externo do órgão administrativo de fiscalização (FERREIRA, 2014).

Na esfera federal, o poder legislativo é representado pela Assembleia Nacional, que se divide em Senado Federal composto por Senadores e Câmara dos Deputados composta por Deputados Federais. Nas esferas estadual e municipal, representam o poder legislativo composto por deputados estaduais, assembleia legislativa e a comissão municipal (FERREIRA, 2014).

O Poder Executivo tem a função de administrar as instituições públicas, colocando em prática todas as regras previstas na legislação brasileira. Dessa forma, tanto em termos de pessoal como de despesas, o poder de execução pertence ao poder que tem maior valor (FERREIRA, 2014).

Segundo o Portal Brasil (BRASIL, 2009, p.1) "A função do Poder Judiciário é garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado. Para isso, tem autonomia administrativa e financeira garantidas pela Constituição Federal".

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do sistema judiciário brasileiro e seu entusiasmo pela Constituição Federal é sua principal função. A seguir está o Supremo Tribunal Federal (STJ) responsável pela interpretação da legislação federal. No Brasil, as instituições judiciais são divididas em quatro tipos: tribunais ordinários, tribunais militares, tribunais do trabalho e tribunais eleitorais, sendo estes dois últimos divididos em tribunais superiores e tribunais distritais, ambos órgãos federais. Na Justiça do Trabalho, há números do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Tribunal Distrital do Trabalho (TRT) e, na Justiça Eleitoral, há

números do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Tribunal Regional Eleitoral (TRE). No sistema judiciário comum, ao contrário dos tribunais trabalhistas e eleitorais, existe um órgão judicial federal comum responsável por processar e julgar casos em que envolvam a união, autarquias ou empresas públicas federais, enquanto cada estado estabelece e organiza suas próprias instituições judiciais. Será responsável por qualquer caso que não envolva assuntos comuns de justiça federal, trabalhista, eleitoral e militar (CASTRO, 2010).

Esses três poderes, para além das suas funções normais, também são responsáveis pelo seu próprio controlo interno. Com exceção dos senadores de 8 (oito) anos, todos os demais cargos do Legislativo têm mandato de 4 (quatro) anos (CASTRO, 2010).

Na manutenção da lei e da ordem e na defesa da democracia, a administração pública é uma das instituições mais importantes. Possui independência funcional e administrativa o Ministério Público da União (MPU) e Ministério Público do Estado (MPE). O artigo 9º da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 estipula as funções do setor público (CASTRO, 2010).

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
- IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, 1988).

Segundo Kohama (2003, p. 35), administração pública indireta “é uma atividade administrativa caracterizada por um serviço público ou de interesse público, que é transferida ou transferida do Estado para aqueles por ele criados ou por ele autorizados. Atividades administrativas de outra entidade”.

As entidades que compõem a administração pública indireta incluem: Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas (KOHAMA, 2003). O Decreto nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, conforme alterado pelo Decreto nº 900 de 29 de setembro de 1969, considera os seguintes conceitos:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969).

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987) (BRASIL, 1967).

Embora as Autarquias não pertençam ao departamento administrativo, elas são, na verdade, uma extensão da administração pública direta porque realizam atividades típicas da administração pública. Os municípios devem se reportar aos seus respectivos departamentos de governo de acordo com o seu ramo de atividade. Exemplos de Autarquias são as Universidades Federais e os Conselhos de Classe Profissionais (BORGES, 2012).

As empresas listadas estão sujeitas à regulamentação comercial, mas utilizam capital público gerado pela necessidade do poder público, pois não existe no mercado uma empresa privada que atenda a essa demanda. Exemplos de empresas listadas são o Federal Reserve Bank (Caixa Econômica Federal) e os Correios (BORGES, 2012).

As empresas de economia mista mais conhecidas do Brasil são a Petrobras e o Banco do Brasil. Essas duas empresas são pioneiras em suas respectivas áreas de negócios e têm as características desse tipo de entidade porque não existiam quando foram estabelecidas. Mercados estruturados (BORGES, 2012).

## **2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPLÍCITOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Entrando na questão dos princípios e sua interpretação, podemos perceber que, segundo Cretella Junior (2003, p.03), princípio é “todo ponto de referência de uma série de proposições, corolários da primeira proposição, premissa primeira do sistema”, princípios são valores que contêm diretrizes.

Esses princípios são práticos e eficazes e podem ser usados como uma bússola para ajudar aqueles que interpretam a lei como um todo. Segundo o eminente doutrinador Mello (2000, p.748), a violação de princípio é um assunto gravíssimo porque viola todo o sistema de comando como um todo, veja-se:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico andamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2000, p. 748).

Importante é para as leis infraconstitucionais a observância da base principiológica constitucional, ao passo que a Constituição de 1988 trouxe uma inovação frente às constituições anteriores, pois traz em seu Título III um capítulo voltado para a organização da administração pública que expressamente prevê os princípios norteadores desta. Pode-se aqui destacar o artigo 37, posto que nele

estão expressamente elencados os princípios básicos que irão nortear a administração pública direta e indireta (MORAES, 2008, p. 319).

Define-se aqui a administração pública como sendo atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve. Para Tavares (1992, p. 21) “é o conjunto das pessoas coletivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a atividade ou função administrativa”.

Portanto, conforme regra de definição da amplitude da administração pública, artigo 37 da Constituição Federal, os princípios norteadores ali elencados devem ser “obrigatoriamente aplicados à administração dos Estados, Distrito Federal e Municípios”, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação direta de Inconstitucionalidade nº 248-I/RJ em abril de 1994, que teve como relator o ministro Celso de Mello (MORAES, 2008).

Em decorrência desse entendimento, a conduta do administrador público, fundamental para o perfeito funcionamento da máquina pública, não pode ser desregrada, mas deve estar de acordo com princípios da Administração Pública, sem os quais o ato do administrador se tornará nulo ou anulável (MORAES, 2008).

Desse modo, o gestor público deve se ater aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, pois deverá observar os referidos princípios a fim de que seja presumida a legitimidade ou veracidade de sua conduta (BRASIL, 1988).

Para melhor compreensão dos princípios elencados do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, e análise das obrigações inerentes à função de administrador público, discorre-se aqui acerca de cada um dos princípios acima descritos.

### **2.2.1 Princípio da Legalidade**

O princípio de maior destaque, segundo Di Pietro (2011), do qual derivam os demais, sendo a base para qualquer julgamento acerca dos atos do administrador público. Além do artigo 37 da Constituição, encontra-se o princípio ora discutido

também elencado no artigo 5º, inciso II, XXXV e 84, inciso IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

O princípio da Legalidade é aplicável em geral; todavia, na Administração Pública, este é aplicado com maior rigor e especialidade. Por esse princípio todo administrador Público só poderá fazer algo se encontrar respaldo legal. Segundo os ensinamentos trazidos pela doutrinadora Di Pietro (2011, p. 64) “este Princípio, juntamente com o controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”.

Por conseguinte, conforme Moraes (2008), verifica-se que a vontade administrativa é a que decorre da lei, portanto não deverá ser aplicada a vontade subjetiva do administrador público, diferentemente do que ocorre na esfera particular, onde a vontade do administrador prevalecerá (autonomia da vontade) quando não houver proibição legal. O princípio da legalidade coaduna-se com a função administrativa em si, “de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica” (MORAES, 2008, p. 320).

Conforme o mesmo autor, o princípio da legalidade é uma das principais seguranças e garantia de respeito aos direitos individuais, posto que a lei limita a execução de atividades, tendo em vistas que seu objetivo é a coletividade (MORAES, 2008). Portanto, segundo Di Pietro (2011), verifica-se que há uma condição singular, posto que a administração pública está condicionada a este princípio da legalidade e, portanto, para tomar qualquer ato/atitude, depende diretamente da expressa condição legal de fazê-lo.

Para Meirelles (2003, p. 86), “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Assim, em decorrência lógica desse princípio, o gestor Público fica condicionado a seguir a lei para tomar qualquer decisão, não podendo por simples ato administrativo conceder, impor ou obrigar os administrados senão estiver pautado na lei (MEIRELLES, 2003).

Entretanto, ensina Di Pietro (2011) que, caso o administrador venha a agir em desacordo com a lei, seu ato poderá ser considerado nulo e até mesmo ser

compelido a ressarcir os cofres públicos de eventual desfalque oriundo deste ato eivado de vício.

Para Gasparini (2011, p. 7-8), “qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e se expõe a anulação”. No mesmo entendimento, Alexandrino e Paulo (2011, p. 190) ensinam que “os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os haja editado (autotutela jurídica) ou Poder Judiciário”.

Todas essas garantias oriundas do princípio da legalidade visam, de modo geral, proteger o patrimônio público coibindo atitudes que lesem ou causem danos ao erário (GASPARINI, 2011). Contudo, há exceções na aplicação do princípio da legalidade. Conforme a própria Constituição Federal de 1988, o princípio poderá ser ignorado somente nos casos elencados no artigo 62, *caput* e parágrafo único, da Constituição Federal (Medida Provisória), artigo 136 da Constituição Federal (Estado de Defesa) e dos artigos 137 a 139 da Constituição Federal (Estado de Sítio) (BRASIL, 1988) (GASPARINI, 2011).

Isso ocorre devido à extraordinariedade da situação, ou seja, sua natureza emergencial, conforme ensina Mello:

isso sucede em hipóteses nas quais a Constituição faculta ao Presidente da República que adote procedências incomuns e proceda na conformidade delas para enfrentar contingências anômalas, excepcionais, exigentes de atuação sumamente expedita, ou eventos gravíssimos que requerem a atuação particularmente enérgica (MELLO, 2000, p. 76).

Portanto, conclui-se aqui que o administrador é compelido a respeitar o princípio da legalidade, sob pena do ato ser declarado nulo ou anulável; todavia, poderá ignorar o princípio ora discutido, quando se tratar das exceções elencadas na presente Constituição Federal, ante o seu caráter emergencial e extraordinário (MELLO, 2000).

### **2.2.2 Princípio da Impessoalidade**

O princípio da impessoalidade também é conhecido como princípio da finalidade administrativa, pois, segundo Meirelles (1995, p. 82), o administrador

público somente poderá praticar um ato quando o seu fim for legal, ou seja, aquele expresso em lei, veja-se:

o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art.37, *caput*) nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual se impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma do direito indica expressa ou virtualmente como objeto do ato, de forma impessoal (MEIRELLES, 1995, p. 82).

Assim, para Paulo e Alexandrino (2011), a atuação do Administrador Público deve ser impessoal e deve ter como principal objetivo atender os anseios da coletividade. Para isso, deve o Administrador Público deixar de lado as aspirações pessoais e atuar em prol dos interesses do administrado, pois o administrador público é um executor do ato, que reflete a manifestação da vontade do Estado.

Segundo esclarece Paulo e Alexandrino (2011, p. 200), o princípio da Impessoalidade administrativa deve ter como objetivo impedir a promoção pessoal: “A impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência”.

Já, segundo elucida Silva (2003, p. 647), “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”.

Oportuno é citar a existência da Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Em seus artigos 18 a 21, esta discorre acerca de impedimento e suspeição de exercer o cargo. Nesse sentido complementa a explanação Di Pietro (2011, p. 69) “se inserem também como aplicação do princípio da impessoalidade e do princípio da moralidade”.

Desse modo, verifica-se que, segundo Di Pietro (2011), para o princípio da impessoalidade o que deve prevalecer não é a vontade nem a figura de uma só pessoa, e sim da administração pública como um todo, assim esse princípio é um condicionante, visto que impõe que a atividade do administrador seja igual para todos.

### 2.2.3 Princípio da Moralidade

Para o Princípio da Moralidade, o Administrador Público deverá ser probo e ético em sua conduta a fim de se evitar abusos e desvios de recursos públicos, pois segundo Di Pietro (2011, p. 77), “nem todos os autores aceitam a existência deste princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade”.

Conforme Brandão (RDA n.º 25, 1975, p. 454, *apud*, DI PIETRO, 2011, p. 77), Hauriou foi o primeiro a estudar o assunto, tendo sua colocação definitiva na *Précis de Droit administratif* em sua 10ª edição, sendo que, para Hauriou, moralidade administrativa é o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração”.

Pode-se dizer que para a aplicação deste princípio, conforme Moraes (2008), não bastará ao administrador público somente cumprir a legalidade dos atos, mas também respeitar os princípios éticos da justiça e razoabilidade, posto que a moralidade, a partir da Constituição Federal de 1988, constitui pressuposto de validade de todo o ato da Administração Pública.

Nesse sentido, conforme Meirelles (1996, p. 82), “não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.

Di Pietro, afirma que há necessidade de existir uma proporcionalidade entre os meios e os fins, veja-se:

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos (DI PIETRO, 1999, p. 111).

Pode-se auferir, portanto, conforme Di Pietro (1999), que os atos tomados pelo gestor público devem pautar-se em princípios morais ditos como lealdade e boa-fé. Portanto, o referido princípio está intensamente ligado à ideia de probidade,

que é inerente ao administrador público. Assim, pode-se dizer que a imoralidade administrativa qualificada configura ato de improbidade e não somente um ato imoral, posto que probidade administrativa está intimamente ligada ao princípio ora exposto.

Conclui-se com base nesses autores que a Administração Pública e aqueles que com ela se relacionam não poderão distanciar-se da moral e dos princípios éticos, da boa-fé, da lealdade, e a atividade administrativa não poderá contrariar, além da lei, a moral e a honestidade sob pena da violação da própria lei (DI PIETRO, 1999).

#### **2.2.4 Princípio da Publicidade**

O Princípio da Publicidade, segundo Moraes (2008), obriga que todos os atos públicos, ou seja, os atos realizados pelo administrador, devem ter publicidade, ou seja, a atividade pública deve ser transparente a fim de se evitar fraudes. Assim, o modo de realizar a publicidade para que ela produza os efeitos desejados pela Constituição Federal deve ser da seguinte maneira:

A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias (MORAES, 2008, p. 323).

Então, conforme o mesmo autor, a divulgação impede que a não publicação dos atos públicos gere arbitrariedades, sendo que o princípio da publicidade garante a eficácia dos atos administrativos através do controle da administração, dando ao administrado ciência dos atos, podendo este impugná-los, tanto interna como externamente (MORAES, 2008).

Conforme ensina Medauar (2002, p. 155), a publicidade está intimamente ligada à democracia administrativa, pois “o tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da autuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa”. Assim, o princípio ora exposto, visa dar publicidade, conhecimento, ciência do ato ou da atividade da

administração para os administrados, facilitando-se, assim, a conferência, fiscalização e controle da execução (MEDAUAR, 2002).

Todavia, este princípio não é absoluto, segundo Di Pietro (2011), há exceções, sendo que este poderá ser restringido quando estiver em jogo a segurança da sociedade ou do Estado, ou, ainda, quando o conteúdo da informação for protegido por sigilo.

Assim, a publicidade é imprescindível para a defesa de direitos. Conforme Silva (2003, p.129), no que tange à restrição da publicidade é que a “segurança do Estado é a garantia de sua inviolabilidade especialmente em face de Estados estrangeiros: questões militares, questões de relações externas que envolvam interesses externos e o bom relacionamento do Brasil com os outros povos”.

Importante frisar o que relata Di Pietro (2011, p. 74) “o que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública”.

Conclui-se, assim, que a publicidade é obrigatória posto que sua existência confere eficácia à atividade administrativa; todavia, poderá sofrer restrições desde que autorizado pela Constituição Federal ou, ainda, quando concorrer possível prejuízo (DI PIETRO, 2011).

### **2.2.5 Princípio da Eficiência**

O Princípio da Eficiência está inserido na Constituição Federal por força da Emenda Constitucional de número 19/98 que acrescentou expressamente aos princípios da Administração Pública o referido princípio. O Princípio da Eficiência é também encontrado no artigo 2<sup>a</sup> da lei n.º 9.787/99 (Lei de medicamentos genéricos) (MORAES, 2008).

Por este princípio, segundo Moraes (2008), o administrador público deve ser eficiente, ou seja, ele deve agir de modo a obter o resultado prático no menor tempo e com a maior qualidade possível. Assim, este deve buscar padrões modernos que facilitem e viabilizem o desempenho das funções públicas.

Para Meirelles, o Princípio da Eficiência é uma obrigação, dever e imposição do administrador público, veja-se:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (...) esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao „dever de boa administração” da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do executivo ao controle de resultado (art.13 e 25,V), fortalece o sistema de mérito (art.25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art.26,III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (MEIRELLES, 2003, p.102).

Portanto, para Di Pietro (2011), o resultado das atribuições do administrador público medirá sua eficiência na função. O dito princípio da eficiência é utilizado tanto para o desempenho do administrador público quanto para a maneira de se estruturar, disciplinar e organizar a administração pública, com o desígnio de conseguir melhores resultados na prestação do serviço à coletividade.

Nesse sentido, os ensinamentos de França (2000, p.128) versam “o princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrativa deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo”.

Assim, a eficiência de um administrador público é medida pelos resultados obtidos. Todavia, os princípios da Legalidade e eficiência distam-se e, conforme esclarece do autor Villa (1995, p. 637), os referidos princípios são distintos, veja-se:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que

possa ser elogiado nos termos de pura eficiência (VILLA, 1995, p. 637).

Assim, o administrador público deverá respeitar ambos os princípios por se tratar da administração da coisa pública (VILLA, 1995).

Relevante destacar que a eficiência é princípio que complementa os demais, todavia, segundo Di Pietro (2011), não poderá este se sobrepor a nenhum deles, em especial o da legalidade. Eles deverão ser respeitados de forma a coexistirem em harmonia. Verifica-se, assim, que o mencionado princípio da eficiência tem direta afetação no serviço público posto que, por meio dele, exige-se da administração pública a efetividade dos serviços prestados, respeitados os demais princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal (DI PIETRO, 2011).

Importante salientar que o princípio da eficiência, segundo Moraes (2008, p.328) “compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, desburocratização e busca da qualidade”.

Assim, vê-se que o princípio da eficiência é essencial para a administração Pública como um todo, pois, por meio dele, a população tem a garantia de uma prestação do serviço público de melhor qualidade em menos tempo (MORAES, 2008).

Por fim, conclui-se que os princípios constitucionais norteadores da administração devem ser observados pelo administrador público, ainda mais quando este tem como objetivo que o Estado seja eficiente (MORAES, 2008).

### **2.3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM SEDE DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS SANCIONATÓRIAS**

Di Pietro (2011) inicia o assunto afirmando que este princípio guia o legislador, pois se encontra presente tanto na elaboração da lei quanto no instante de sua execução no caso concreto.

A supremacia é garantida pelo fato de os interesses públicos terem preeminência sobre os individuais, sempre se considerando uma razoabilidade. Gasparini (2011) acrescenta:

A aplicabilidade desse princípio, por certo, não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, a coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Lei Maior da República (art. 5º, XXXVI) (GASPARINI, 2011 p. 74).

O princípio da supremacia do interesse público está expresso no art. 2º da Lei 7984/99 em seu parágrafo único, inciso II, exigindo-se “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (GASPARINI, 2011 p.74).

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é um dos pilares da Administração Pública, inerente a qualquer sociedade. Tal princípio justifica a existência do Estado, vez que este legitima o interesse da coletividade, colocando-o em patamar superior ao interesse individual e punindo pela sua defesa constante. É o pressuposto de uma ordem social estável (DI PIETRO, 2011).

Embora não esteja literalmente previsto na Carta Maior de 1988, o princípio da supremacia do interesse público infere-se tanto dos princípios que regem a Constituição de maneira geral, quanto dos que norteiam os atos emanados da administração pública, presentes também na legislação infraconstitucional (DI PIETRO, 2011).

É o que se depreende da análise do artigo 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Quanto à legislação infraconstitucional, observa-se evidências do princípio em análise no artigo 2º, *caput* da Lei nº. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Senão, vejamos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) II – atendimento a fim de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (BRASIL, 1999).

E ainda no artigo 3º, *caput* da Lei nº. 8.666/93, a chamada Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (BRASIL, 1993).

Dessa forma, nota-se que o papel do citado fundamento na administração pública é fazer com que o interesse da coletividade se sobreponha ao do particular isoladamente, garantindo assim que o interesse público não sucumba em um eventual choque de valores, mantendo seu caráter de indisponível (DI PIETRO, 2011).

O princípio da finalidade pública está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação (DI PIETRO, 2011).

E é justamente no âmbito do direito público que o fundamento em análise tem sua principal atuação, especialmente no Direito Constitucional e no Administrativo (MELLO, 2009).

Em estreita ligação com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado está o da indisponibilidade do interesse público que:

(...) significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por impróprios. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis (MELLO, 2009, p. 64).

Dessa forma, conclui-se que os agentes administrativos não podem dispor dos interesses públicos que lhes estão confiados. Pelo contrário, devem guardá-los e aplicá-los sempre que possível, possuindo caráter instrumental. A disponibilidade de tal princípio restringe-se tão somente às mãos do Estado que, através de sua manifestação legislativa, aplica-o adequadamente (MELLO, 2009).

É conferida à Administração Pública uma posição de preponderância ao se relacionar com os particulares, configurando-se tal relação em uma situação de autoridade, de verdadeiro comando, de que se revestem os órgãos do Poder Público, como condição indispensável para gerir os interesses públicos postos em confronto. Dessa forma, depreende-se que os poderes atribuídos à administração pública possuem aspecto de poder-dever, não podendo ser esquecidos ou negligenciados, conforme a oportunidade e conveniência da administração. Cada vez que a administração negligencia esse poder-dever no exercício de seus poderes, negligencia diretamente o interesse público (ÁVILA, 2007).

Ainda de acordo com Bandeira de Mello (1999, p.99), o princípio em epígrafe “trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.

Segundo Humberto Ávila:

Decorreria desse “princípio” a posição privilegiada do órgão administrativo nas relações com os particulares, malgrado sua limitação pelo ordenamento jurídico. No bojo desse “princípio” – descrito como um “princípio de supremacia” – está a ligação das normas administrativas ao interesse público que visam a preservar, bem como o exercício da função administrativa pelos órgãos administrativos, aos quais é defeso representar interesses meramente pessoais, senão que devem atuar sob o influxo da finalidade pública instituída pela lei. É também a partir desse “princípio” que se procura descrever e explicar a indisponibilidade do interesse público e a exigibilidade dos atos administrativos, assim também a posição de supremacia da administração e os seus privilégios frente aos particulares, especialmente os prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial e a presunção de validade dos atos administrativos (ÁVILA, 2007, p. 172).

Já para Carvalho Filho:

Não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. (...) O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 32).

No que consiste o Direito Administrativo disciplinar, tal princípio deve basear a conduta da Administração Pública, pois a aplicação de sanções é feita com alta frequência, na tentativa de evitar ou repudiar atitudes que destoem dos padrões delineados pelo ordenamento jurídico (CANETTI, 2018).

Com efeito, as clássicas medidas de sancionamento administrativo têm muitas vezes se apresentado como obsoletas diante das complexas e dinâmicas situações de infração a normas legais e administrativas que são geradas na contemporaneidade. Para muitas delas, a ameaça de imposição de sanções como censura ou advertência parece demasiadamente tênue, descaracterizando sua função. De outro lado, a dosimetria das sanções pecuniárias é sempre tema sensível, por não poderem ser baixas demais a ponto de não representarem repressão eficiente ao ilícito, nem altas demais a ponto de impor um encargo desproporcional ao apenado, prejudicando-o em outras atividades. E mesmo quando aplicadas, ainda há de se considerar os inconvenientes inerentes à sua execução (CANETTI, 2018).

Via de regra, os efeitos pretendidos com a sanção administrativa são: (i) a repressão do infrator; (ii) a recomposição da legalidade; (iii) prevenção de infrações através do efeito simbólico geral; (iv) afirmação da autoridade da Administração perante os cidadãos (PALMA, 2015).

Segundo Palma (2015, p.290) “todos esses efeitos podem, igualmente, serem atingidos pelo Estado através, não apenas da imposição unilateral de sanções, mas também por meio de uma decisão negociada com o infrator, constituindo a principal finalidade do interesse público”. Assim, estar-se-ia atuando a fim de recuperar o infrator, para que este não venha a atuar mais contra a sociedade, bem como, economizando gastos com despesas procedimentais, afinal:

não faria qualquer sentido insistir em um procedimento administrativo moroso e custoso, por mero capricho em levá-lo a cabo e em proferir

decisão terminativa, se é possível a sua terminação abreviada por meio de soluções que, ademais, apresentam ganhos de qualidade e de aderência dos envolvidos. Certamente não é esse o comando exarado do princípio da supremacia do interesse público (MARQUES NETO; CYMBALISTA, 2010, p.35).

Deve-se, portanto, “deslocar o foco da atuação sancionatória do sujeito do processo sancionador para o problema colocado no caso concreto” (PALMA, 2015, p.300), entendendo que a sanção é apenas um instrumento à disposição da Administração e que, como tal, a medida repressiva pode não ser a mais adequada ao atingimento das finalidades legais a serem observadas naquele caso concreto.

Por outro lado, a discricionariedade da autoridade administrativa, no que diz respeito à possibilidade de negociação, também é reduzida, especialmente, quando a Administração já possui as informações necessárias à persecução das infrações administrativas, ou ao menos dispõe de condições para obter tais informações. Nesse caso, o Estado não está autorizado a atenuar a sanção aplicável a um dos infratores em troca da simples obtenção dessas mesmas informações (SANTOS, 2018).

Se o fizesse, aí sim seria verificada uma disposição do interesse público, pois a Administração estaria deixando de aplicar as sanções nos termos estritamente previstos na legislação, sem, todavia, obter contrapartida que justifique tal atitude (SANTOS, 2018).

O Direito Administrativo sancionador brasileiro é tradicionalmente marcado por condutas repressivas, resultado do processo histórico de centralização do exercício da autoridade estatal na Administração Pública, da compreensão de que a imposição de sanções é um dever dos agentes públicos quando se depararem com casos de transgressões legais, da valorização do efeito punitivo que a sanção causa ao indivíduo infrator e da demanda de adoção de posturas repressivas que advém não apenas internamente da Administração, mas também dos órgãos de controle (PALMA, 2015).

Por conta dessa cultura repressiva, é possível que “embora exista autorização normativa para terminação consensual do processo sancionador, o Poder Público poderá adotar um comportamento de desprezo para com os mecanismos concertados, deixando de aplicá-los nos casos concretos quando cabíveis” (PALMA, 2015, p.299).

Ou seja, não basta a mera previsão na lei ou em atos administrativos de autorização de realização de acordos. Faz-se necessária uma verdadeira transformação na forma de pensar que pauta a atuação dos agentes públicos, que devem compreender que o acordo não é simplesmente uma benesse concedida ao infrator, mas, sim, um instrumento que, se bem utilizado, pode contribuir com a própria atividade sancionatória da Administração (SANTOS, 2018).

Assim, se por um lado é indiscutível a importância de haver previsões adequadas no ordenamento jurídico sobre instrumentos consensuais voltados a garantir uma atuação administrativa consensual eficiente, negocial e alheia a capturas, também a superação da cultura repressiva assume importância primeira na afirmação da consensualidade como prática legítima para que o Poder Público busque as finalidades públicas (PALMA, 2015, p. 301).

### **3 PODERES ADMINISTRATIVOS DO ESTADO EM SEDE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR**

O superior hierárquico responsável pela aplicação da sanção disciplinar, assim como em qualquer outra atividade administrativa, deve se pautar nos princípios da Administração Pública e nos princípios específicos do direito administrativo sancionador, sob pena do ato ser anulado pelo Poder Judiciário, segundo preconiza o ordenamento jurídico brasileiro (PALMA, 2015).

O aplicador da sanção disciplinar atuando como um agente administrativo possui os poderes próprios da Administração, dentre eles o poder discricionário, no entanto, só pode utilizar esses poderes de forma legal, não podendo causar excessos e ultrapassar limites. Se isso vier a ocorrer estará configurado o chamado abuso de autoridade ou desvio de finalidades, que são tipos de ilegalidades previstos no nosso ordenamento jurídico (PALMA, 2015).

Pelo Princípio da Legalidade, a Administração Pública pode fazer somente aquilo que está previsto e autorizado em lei. A norma para aplicação das sanções disciplinares está no bojo dos regulamentos disciplinares militares e, como vimos,

gira em torno do conceito de transgressão disciplinar, que por sua vez, baseia-se em conceitos indeterminados, plurissignificativos (MARINELA, 2007).

A Administração pública busca sempre preservar o interesse público, ou seja, os interesses da coletividade. Para tanto se utiliza de instrumentos previstos no ordenamento jurídico, conhecidos como poderes da Administração, eles são um poder-dever do Estado, somente através deles o ente administrativo consegue preservar o interesse da sociedade como um todo (MARINELA, 2007).

Nesse sentido, Fernanda Marinela (2007, p. 151) ensina que:

Dentre as prerrogativas estabelecidas para a Administração Pública, encontram-se os poderes administrativos, elementos indispensáveis para a persecução do interesse público. Surgem como instrumentos ou mecanismos por meio dos quais o Poder Público deve perseguir esse interesse. São servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Portanto, é possível conceituá-los como o conjunto de prerrogativas ou de competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de permitir a aplicação do interesse público e a realização do bem comum (MARINELA, 2007, p. 151).

São poderes instrumentais, o que de acordo com Hely Lopes Meirelles (2003, p. 119) “são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas”. Existem diversos Poderes Administrativos, porém, é interessante para esse trabalho que se conheça um pouco mais sobre o Poder Vinculado e o Poder Discricionário.

Sobre o assunto, Diógenes Gasparini, em sua obra, pontua da seguinte forma:

Ao examinarmos as várias classificações dos atos administrativos, vimos que os agrupa em vinculados e discricionários, em razão da maior ou menor liberdade que tem a Administração Pública para decidir. Pode-se então, afirmar que discricionária ou vinculada é a competência, não os atos dela decorrentes (GASPARINI, 2011, p. 148).

Há atividades administrativas cuja execução fica inteiramente definida em lei. Segundo Meirelles (2003, p.102): “Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”.

Ao praticar atos vinculados, o agente limita-se a reproduzir os elementos da lei que os compõe, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e oportunidade da conduta (MEIRELLES, 2003).

Sobre o tema Di Pietro (2011, p. 90-91) tem um dos conceitos mais completos sobre Poder Vinculado, para ela:

O chamado “poder vinculado”, na realidade, não encerra “prerrogativa” do Poder Público, mas ao contrário, dá a ideia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita a lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-los, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos previamente valorados pelo legislador (DI PIETRO, 2011, p. 90-91).

No entanto, segundo Meirelles:

difícilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, porque haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização. Mas o que caracteriza o ato vinculado é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração (MEIRELLES, 2003, p.103).

Analisando-se esses conceitos, chega-se ao entendimento de que o Poder vinculado é aquele em que o administrador está totalmente algemado ao que prevê a lei, ou melhor, em situações concretas, há ausência de juízo de valor, não se podendo emitir um juízo de conveniência e oportunidade, assim, deve-se adotar, unicamente, o que a lei estabelece (MEIRELLES, 2003).

Deixando de atender o que a lei determina, o ato será inválido, podendo ser declarado pela própria Administração ou pelo Judiciário, já que a vinculação é matéria de legalidade (MEIRELLES, 2003).

Já no exercício do poder discricionário, o administrador público, diante das soluções possíveis, todas válidas perante o direito, tem o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal (MEIRELLES, 2003). Celso Antônio Bandeira De Mello (2014, p. 15) afirma que há na verdade um dever discricionário:

Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz “função administrativa”), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que o que há é um dever discricionário, antes que um “poder discricionário”. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que habitualmente se tem (MELLO, 2014, p.15).

Havendo uma margem decisória, o agente público decide baseado em critérios de conveniência e oportunidade, selecionando entre várias hipóteses legais, aquela que for mais vantajosa para a Administração Pública, este poder que lhe é conferido pela lei é o que chamamos Poder Discricionário (MELLO, 2014).

Sobre o exercício do poder discricionário pondera França que:

O administrador tem o poder discricionário na medida do disposto em lei, restrito naqueles elementos deixados livres pela mesma. A administração pública está incondicionalmente a ela subordinado, devendo observar no exercício do poder discricionário o mínimo de juridicidade, e o interesse público. As prerrogativas discricionárias estão sujeitas à mensuração imposta pela lei”. (...) “O exercício do poder discricionário pressupõe a severa obediência aos parâmetros legais e a correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e, danoso ao ordenamento jurídico, para a administração pública (FRANÇA, 2000, p.125).

A discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, “nesta o poder público exorbita a esfera de sua competência e utiliza-se de instrumentos proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo, ignora-a seguindo finalidades estranhas ao interesse público” (FRANÇA, 2000, p. 102).

Segundo José Dos Santos Carvalho Filho (2014, p.55) “a arbitrariedade seria uma conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade que ocorre quando o agente público, sob o pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta”.

A arbitrariedade, então, pode residir, quer nos atos vinculados, exatamente, às vezes sob o argumento de se estar cumprindo a literalidade da lei, quanto pode se verificar nas chamadas condutas discricionárias (FRANÇA, 2000).

É exatamente quando o comportamento não se acha plenamente dirigido e que, portanto, pode se referir a uma ação discricionária, o momento mais vulnerável para inocular-se na ação administrativa o viés da arbitrariedade (DI PIETRO, 2011).

O ato administrativo só será válido se observar o relevante motivo e se o objeto for determinado de maneira harmoniosa com a finalidade da Administração Pública. Quando o ato discricionário não observar essas características, torna-se um ato arbitrário. Pode-se dizer que houve um desencaminhamento de poder, já que a Administração Pública estará se apartando dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da supremacia do interesse público, dentre outros e, principalmente, será arbitrário se não vier atrelado a um traço de razoabilidade e proporcionalidade, cuja presença são o aval absoluto e indispensável de sua legitimidade (DI PIETRO, 2011).

A grande dificuldade é delimitar onde deverão estar presentes os limites da proporcionalidade e da razoabilidade no Direito Disciplinar Militar. Se nos regulamentos ou no arbítrio do juiz quando a questão é judicializada (DI PIETRO, 2011).

Percebemos, então, que a linha entre a discricionariedade, arbitrariedade e o abuso de poder é tênue. Determinar uma margem de arbítrio do agente público sem que esse enverede para a ilegalidade de suas decisões, o que acabaria por configurar-se em abuso de poder, é uma tarefa difícil dentro da Administração Pública e ainda mais difícil na aplicação das sanções disciplinares (DI PIETRO, 2011).

Segundo Araújo:

Nos atos discricionários, há maior liberdade no modo e momento de sua prática, porém essa característica não fornece ao agente público o direito de agir arbitrariamente, seja atuando além de sua competência, seja atuando contrariamente a princípios administrativos, porquanto, nesses casos, está caracterizado o abuso de poder (Araújo, 2013, p. 17).

Acerca da discricionariedade, e, já entrando na seara de definir o limite deste poder, Di Pietro discorre:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses

casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo os critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial à competência, forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se diz que discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei (DI PIETRO, 2011, p. 221),

O abuso de poder ocorre sempre que a norma for usada com desvio de finalidade ou com excesso do poder atribuído. Há uma zona cinzenta que ocorre em razão de que, da simples análise de uma decisão administrativa, não há como saber quais foram os reais motivos que levaram a autoridade optar por aquela linha de ação (DI PIETRO, 2011).

Nesse sentido, Justen Filho (2012, p. 449) conceitua:

Dá-se o abuso de poder quando um sujeito se vale da competência de que é titular para além dos limites necessários, atuando de modo a lesar interesses alheios sem que tal corresponda a algum benefício para as necessidades coletivas. O abuso de poder corresponde à infração do princípio da proporcionalidade (JUSTEN FILHO, 2012, p. 449),

Gabba Velloso define o abuso de poder da seguinte maneira:

Abuso de poder é o ato ou efeito de impor a vontade de um sobre a de outro, tendo por base o exercício do poder, sem considerar as leis vigentes. Desta maneira é evidente que a palavra „abuso“ já se encontra determinada por uma forma mais sutil de poder, o poder de definir a própria definição. Assim que o abuso só é possível quando as relações de poder assim o determinam. A democracia direta é um sistema que se opõe a este tipo de atitude. O abuso de poder pode se dar em diversos níveis de poder, desde o doméstico entre os membros de uma mesma família, até aos níveis mais abrangentes. O poder exercido pode ser o econômico, político ou qualquer outra forma a partir da qual um indivíduo ou coletividade têm influência direta sobre outros. O abuso caracteriza-se pelo uso ilegal ou coercivo deste poder para atingir um determinado fim. O expoente máximo do abuso do poder é a submissão de outrem às diversas formas de escravidão (VELLOSO, 2007, p. 48).

Daí a importância do Princípio da Motivação das Decisões Sancionadoras. Princípio este, intimamente vinculado ao princípio da razoabilidade e extraído do art.

5º, LIV e LV, da CF/88, como uma forma de controle dos atos decisórios sancionadores (MELLO, 2014).

Inclusive, a motivação é inerente ao princípio da legalidade e do devido processo legal, sendo que os motivos devem ficar documentados de algum modo, de sorte que seja possível a sua apreciação. A ausência de motivação no plano legal é causa de nulidade do ato administrativo, conforme estabelece o art. 2º, parágrafo único, alínea c da Lei 4.717/65, e a motivação inexata pode ser entendida como desvio de poder (MELLO, 2014).

Sobre a relevância da motivação para o Direito Administrativo Sancionador, assim entende Fábio Medina Osório:

No direito Administrativo Sancionador, a motivação assume especial relevância, visto que, aqui, o ato administrativo priva alguém de seus direitos, restringe liberdades, limita movimentos. É fundamental que esses atos sejam devidamente motivados, sob pena de configurar-se a intolerável arbitrariedade (OSÓRIO, 2009, p. 420).

Em razão disso, identificar e classificar se uma decisão proferida por uma autoridade militar no uso de suas atribuições constituiu ou não abuso de poder é uma tarefa extremamente complicada, vez que, para a manutenção da hierarquia e disciplina, muitas dessas decisões, embora ocorridas dentro da legalidade, podem causar estranheza aos que desconhecem as rotinas diárias que a vida castrense impõe (OSÓRIO, 2009).

Essa legalidade é um ponto extremamente sensível dentro do direito administrativo sancionador, uma vez que a vida castrense possui leis e regulamentos próprios. No entanto, não podemos esquecer que as organizações militares estão subordinadas em última instância à Constituição Federal e aos seus princípios (OSÓRIO, 2009).

Além disso, estão inseridas no Estado Democrático de Direito e, dessa forma, para se conceber a discricionariedade como legítima, torna-se necessário perquirir a concreção de uma gama de princípios e valores democrático-constitucionais (OSÓRIO, 2009).

Não basta apenas o cumprimento dos pressupostos legais. Então, no lugar da legalidade formal ou estrita, passa-se a compreender uma dimensão mais alargada do princípio da legalidade, para que alcance um “status” de juridicidade, mais compatível com a concepção de legitimidade da atuação estatal. Desse modo, será

legítima a atuação discricionária, não se apenas estiver respaldada em uma norma, mas, se também foi guardada obediência aos princípios republicanos democráticos implícitos e expressos no ordenamento jurídico, desde o nascedouro do processo decisório até o resultado concreto. Essa é a nova concepção da legalidade da atividade administrativa no Estado Democrático de direito. Essa é a compreensão da juridicidade como instrumento de aferição da legitimidade da atividade da Administração (OSÓRIO, 2009).

### **3.1 O PODER SANCIONATÓRIO ADMINISTRATIVO EM SEDE DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR MILITAR**

Primeiramente, para que seja possível a compreensão a respeito do poder sancionatório administrativo, faz-se de suma relevância a conceituação do que vem a ser uma infração e sanção administrativa. Conceitua Bandeira de Mello (2014, p.86) que “[...] infração administrativa é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para a qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício da função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera”.

A natureza administrativa de uma infração é definida pela sanção que lhe corresponde e, por sua vez, a natureza da sanção pela autoridade investida da competência para aplicá-la, não havendo como enunciar uma distinção substancial entre infração e sanção administrativa e infração e sanção penal, senão pela autoridade competente para processar, julgar e impor sanção pelos desvios de conduta apurados (MELLO, 2014).

Sanção administrativa, por seu turno, “[...] é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração” (MELLO, 2014, p.88). A sanção administrativa, como uma espécie de ato administrativo, também possui elementos essenciais para a sua validade, os quais são relacionados por Fábio Medina Osório (2009) como: autoridade sancionadora (elemento subjetivo); efeito aflitivo da sanção (elemento objetivo); finalidade (elemento teleológico).

O direito administrativo sancionador, como não poderia deixar de ser, acompanha a origem do direito administrativo na França, após a Revolução

Francesa, com a instituição da divisão dos poderes do Estado. Naquela ocasião, com a adoção da ideia de polícia do Estado, nasceu o Direito Penal Administrativo, o qual se evoluiu para o que se conhece atualmente como Direito Administrativo Sancionador (VERZOLA, 2011).

Nesse ramo do direito administrativo, no qual se insere o direito administrativo disciplinar, além dos princípios já citados, também há outros, próprios e peculiares, que devem ser observados para que um ato sancionatório seja válido. Bandeira de Mello (2014, p.90) assim os classifica:

**Princípio da legalidade**, que, com já dissertado, impõe a subordinação da Administração à lei;

**Princípio da anterioridade**, originário do direito penal, pelo qual não haverá infração administrativa sem lei anterior que a defina;

**Princípio da tipicidade**, a previsão legal da infração deve ser clara para não deixar dúvida sobre o comportamento ou conduta reprovável;

**Princípio da exigência de voluntariedade** para a incursão na infração. Não se trata de dolo ou culpa, mas da necessidade de que o acusado tenha conhecimento da tipicidade da conduta e mesmo assim voluntariamente a pratique. A falta de voluntariedade pode ser caracterizada ainda pelos institutos da força maior, caso fortuito, estado de necessidade, legítima defesa, doença mental, fato de terceiro, coação irresistível, erro, e obediência hierárquica;

**Princípio da proporcionalidade**, garantindo ao infrator que ele terá uma reprimenda proporcional a sua infração;

**Princípio do devido processo legal**, já debatido anteriormente, o qual constitui uma garantia de ampla defesa e contraditório; Princípio da motivação, que exige que todas as decisões sejam motivadas, com a descrição do fato (motivo), a subsunção à norma e a proporcionalidade da sanção à gravidade da falta (MELLO, 2014, p.90, grifo nosso).

No que consiste a punição disciplinar militar, faz-se importante distinguir esta do crime militar e transgressão disciplinar. A primeira distinção, é claro, está na intensidade danosa da infração, mas essa simples distinção não é a suficiente. O crime militar é configurado por uma conduta que se subsuma a qualquer tipo do Código Penal Militar, a qual pode constituir um crime militar típico, quando for imputado somente aos militares, ou atípico, quando a mesma conduta delituosa estiver também prevista no Código Penal e a ela sujeitar-se qualquer cidadão civil. A transgressão disciplinar, por sua vez, configura-se pela violação das obrigações, deveres e valores policiais-militares, a qual, ainda que de forma controversa,

autoriza a penalização com base em condutas totalmente subjetivas, tais como atos atentatórios à moral, ao pundonor militar (MELLO, 2014).

O Regime Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Lei Estadual Complementar nº 893/2001, no artigo 12, define expressamente que “transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento” e que transgressão disciplinar compreende toda ação ou omissão que violem os valores e deveres policiais-militares, a qual será classificada como grave quando for atentatória às instituições ou ao Estado, aos direitos humanos fundamentais e de natureza desonrosa (CHAVES, 2002).

Observa-se que a honra, por sua natureza, contém uma expressiva carga axiológica, pois está relacionada a um sentimento baseado em virtudes e qualidades almeçadas pela instituição militar e que se projeta na honra de seus integrantes, sendo ela subjetiva - relacionada à dignidade (valor que o militar atribui a si mesmo e à sua missão) e ao decoro (reconhecimento que o militar espera ter da comunidade; e objetiva - relacionada à reputação social e profissional (que pode ser considerada a imagem que o indivíduo possui em seu círculo social e profissional). A honra militar pode então ser considerada a conjunção desses três elementos (a dignidade, o decoro e a reputação), que se exteriorizam pelos atos e manifestações dos militares, em consonância com os valores culturais da instituição a que está incorporado, conducentes ao cumprimento dos seus deveres (DI PIETRO, 2011).

Portanto, na esfera militar, ainda que não esteja tipificada como crime, se a conduta exteriorizada pelo militar, através de uma ação ou omissão, afrontar os valores e deveres policiais-militares, o militar estará sujeito a sanção administrativa disciplinar, aplicada por meio de procedimentos disciplinares sumários previstos nos respectivos regulamentos disciplinares (CHAVES, 2002).

O procedimento disciplinar constitui um verdadeiro mecanismo pelo qual a instituição promove a depuração de seu quadro, corrigindo eventuais desvios de conduta, os quais são puníveis gradualmente, de acordo com a gravidade da falta, com uma simples advertência para faltas leves, até a expulsão para faltas graves atentatórias à segurança das instituições ou decorrentes de atos desonrosos ou ofensivos ao decoro profissional. Tudo isso em âmbito administrativo, submetido à autoridade competente de acordo com os preceitos do regulamento e com total independência com as demais esferas do direito (DI PIETRO, 2011).

Diante do relevo da função policial-militar junto à sociedade e da sua missão inexorável de preservação da ordem pública, de defesa da vida, da integridade física e da dignidade da pessoa humana, se o militar não cultivar os nobres valores institucionais, não atuará em favor da coletividade e, por conseguinte, resultará na sua incompatibilidade com a missão constitucional atribuída às forças militares. Desse modo, em razão do direito de poder mandar e as suas responsabilidades pelo cumprimento da missão, o superior tem, no âmbito de suas atribuições, total liberdade para fiscalizar, revisar, dirimir controvérsias, avocar e aplicar punições, tudo com estrita observância aos limites impostos pelos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência e da proporcionalidade e razoabilidade (DI PIETRO, 2011).

Para tutelar toda essa celeuma, com questões tão peculiares quanto excepcionais, há o Direito Militar, que pode ser compreendido como o conjunto de normas voltado à organização e funcionamento das instituições militares do país (Forças Armadas e Forças Auxiliares do Exército) e regulação das relações hierárquicas existentes em seus quadros. Para a plena interpretação desse corpo de normas é necessário entender a estrutura, a organização e o funcionamento das instituições militares, com seus usos e costumes (MELLO, 2014).

O Direito Militar não fica adstrito ao Direito Penal Militar. Há também que se considerar o Direito Administrativo Disciplinar e mais especificamente o Direito Disciplinar Militar, ou Direito Administrativo Disciplinar Militar como uma disciplina autônoma, decorrente do *modus vivendi* próprio das instituições militares, mas que não é isolado, pelo contrário, relaciona-se com vários ramos do direito, tais como Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal Militar, absorvendo princípios que permitam a manutenção da hierarquia e da disciplina das organizações militares em harmonia, ou pelo menos sem violação de outros direitos e garantias individuais igualmente instituídos pela Constituição Federal. Dessa maneira, nem todo ilícito disciplinar configura um delito, mas todo delito pressupõe a existência de uma transgressão de ordem administrativa disciplinar, pois o direito penal tutela bens jurídicos, enquanto o disciplinar regula a infração de um dever especial decorrente de uma relação de hierarquia em determinado regime jurídico. A ordem administrativa não se concretiza somente no texto constitucional, mas também na legislação ordinária que institui os Estatutos e Regulamentos Disciplinares das forças armadas e forças auxiliares estaduais (MELLO, 2014).

Ainda que não seja possível a aplicação de maneira isolada em relação a outros ramos do direito, é possível estabelecer a autonomia do Direito Administrativo Militar e, inserido neste, a do Direito Disciplinar Militar, que pode ser entendido como a intervenção do Estado na delimitação de conduta dos integrantes das instituições militares voltada para a maior eficiência na consecução das missões constitucionalmente fixadas (MELLO, 2014).

Jorge César de Assis destaca a existência de três ramos do direito, os quais, segundo ele, estão em ordem decrescente, contidos uns nos outros, a saber:

- a) um DIREITO MILITAR, composto por toda a legislação material que se refere à organização e ao funcionamento das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, seja de natureza administrativa, civil ou penal militar;
- b) um DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR, que pode ser definido como o conjunto harmônico de princípios jurídicos próprios e peculiares que regem as instituições militares, seus integrantes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado e fixados na Constituição Federal: a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública; e
- c) um DIREITO DISCIPLINAR MILITAR, que é aquele que se ocupa com as relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o qual pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores militares (conferido por lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhes são subordinados, relação essa tutelada pelos regulamentos disciplinares quando prevê as infrações disciplinares e suas respectivas punições, e controlada pelo Poder Judiciário quando julga ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares (ASSIS, 2009, p.75).

Essa autonomia de certa forma foi confirmada com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, quando ampliou a competência da Justiça Militar Estadual. Até dezembro de 2004, antes da vigência da referida emenda, a Justiça Castrense dos Estados era essencialmente penal, restringindo-se ao julgamento de crimes militares, a partir das competentes ações penais militares. A partir de então, os Tribunais Militares Estaduais passaram a exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares, por meio do conhecimento de ações judiciais cíveis propostas contra atos disciplinares militares. Com isso, a Justiça Militar Estadual passou a ser competente para conhecer as ações de toda a sorte contra atos – não só punições – disciplinares militares, processados sob os preceitos do Código de Processo Civil, Código Civil, normas administrativas e disciplinares aplicáveis aos casos concretos,

leis ordinárias que regulamentam ações constitucionais, por exemplo, a Lei Federal nº 12.016/09, que disciplina o Mandado de Segurança (GUIMARÃES, 2016).

As hipóteses são inúmeras, desde a simples anulação de uma punição disciplinar até um pedido de reintegração do militar expulso por suposta incompatibilidade com a função, seja por meio de um mandado de segurança (quando provado o direito líquido e certo e os outros requisitos para esta ação de rito especial) ou por ação comum de conhecimento pelo rito ordinário; ou qualquer medida contra a autoridade disciplinar no curso de processos administrativos disciplinares em trâmite nos quartéis, quando da ocorrência de vícios de legalidade, por exemplo, mandado de segurança em face de autoridade que cercear a defesa do militar, ou, por que não, habeas corpus, até mesmo preventivo, quando demonstrado o abuso ou a ilegalidade de determinada sanção decorrente de transgressão disciplinar (GUIMARÃES, 2016).

Esse deslocamento da jurisdição cível à Justiça Militar, todavia, ficou restrito aos tribunais estaduais, ou seja, à Justiça Militar Estadual. A ampliação da competência da Justiça Militar da União ainda depende da aprovação do texto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358/05, que trata da segunda etapa da reforma do judiciário e aguarda tramitação no Congresso Nacional. Assim, a Justiça Militar da União continua sendo competente para julgar exclusivamente os crimes militares e qualquer medida judicial de natureza cível contra atos disciplinares militares deve ser proposto perante o Juízo Federal ordinário (GUIMARÃES, 2016).

A Justiça Militar da União é regulada pela Lei 8.457/92. Seu órgão maior é o Superior Tribunal Militar, que acaba exercendo o papel de segunda instância, pois tem a competência de conhecer os recursos das Auditorias Militares. As Auditorias Militares são os órgãos de primeira instância da Justiça Militar da União composta por juízes militares e estão divididas em doze Circunscrições Judiciárias Militares. As circunscrições não exercem função jurisdicional, são meramente administrativas, por isso, os recursos contra decisões das auditorias são remetidos diretamente ao STM, o qual tem a competência para julgá-los nos termos do art. 6º, II, da Lei 8.457/92 (GUIMARÃES, 2016).

No Estado Democrático de Direito, de nada adiantaria a Administração Pública, civil ou militar, estar sujeita ao princípio da legalidade, se os seus atos ficassem imunes de serem controlados por órgão dotado de garantias de imparcialidade que possibilitam a apreciação isenta e com poder para invalidar atos

ilícitos praticados pelos agentes públicos. Por essa razão é que existem limites e requisitos para que os atos administrativos sejam válidos e legítimos (GUIMARÃES, 2016), conforme será debatido no tópico seguinte, ao tratar do controle judicial da punição disciplinar administrativa.

### **3.2 CONTROLE JURISDISCIONAL DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR**

O papel do judiciário está bem consolidado quando chamado para examinar o ato administrativo. Cumpre-lhe somente o conhecimento e análise da legalidade ou legitimidade do ato, ou seja, se afronta texto expresso de lei, se foi editado em desalinho com os requisitos administrativos formais ou princípios do Direito, enfim, se há vício que o torne suscetível de revisão e consequente nulidade (CRETELLA JÚNIOR, 2010).

No exame da legalidade, cumpre ao poder judiciário examinar o ato administrativo em todos os seus aspectos, “[...] a partir de seu nascimento, passando depois por todos seus elementos integrantes, sem descuidar, entretanto, de aprofundar a investigação e perscrutar-lhe as entranhas, ou seja, a finalidade visada” (CRETELLA JÚNIOR, 2010, p.133).

Estas são algumas das ocorrências que autorizam o reexame jurisdicional do ato administrativo. Com total liberdade para apreciar a legalidade do ato administrativo, ao judiciário é vedado, porém, adentrar na análise do mérito, que fica totalmente fora de seu alcance, pois decorre da conveniência e oportunidade. Não estão sujeitos à revisão judicial também o ato exclusivamente político e a ordem de prisão disciplinar na esfera militar, por força de exceção expressa no artigo 142, § 2º, da Constituição Federal (CHAVES, 2012).

O fundamento da imunidade jurisdicional, nesse caso, é evidente, porque “[...] tem por finalidade a disciplina nas Forças Armadas, fortalecendo a hierarquia e impedindo o não cumprimento de ordens superiores pelos de categoria inferior.” Este configura um “[...] exemplo de lesão de direitos públicos subjetivos fora do abrigo da proteção jurisdicional, mas plenamente justificado pelos altos interesses públicos em jogo” (CRETELLA JÚNIOR, 2010, p.134).

Todavia, a vedação do artigo 142, § 2º, da Constituição Federal, que afasta a punição disciplinar militar da proteção do habeas corpus, deve ser analisada com

ressalvas, pois tal vedação é relativa e aplica-se somente ao mérito do ato. A legalidade da sanção não está imune de controle, inclusive jurisdicional, ainda via de habeas corpus quando presentes os requisitos do art. 5º LXVIII, em respeito aos princípios da dignidade humana, da legalidade, da disponibilidade ou do amplo acesso ao poder judiciário, garantindo ao cidadão que nenhuma pretensão será excluída da apreciação do poder judiciário ou que terá dificultado seu acesso (CRETELLA JÚNIOR, 2010).

Diante da ressalva do teor do art. 5º, LXI, e da vedação expressa do art. 142, § 2º, da CF, a aplicabilidade de Habeas Corpus nas sanções disciplinares é objeto de grande divergência na doutrina, sendo possível estabelecer atualmente três correntes. A primeira e mais rígida que defende ser absolutamente inaplicável pela disposição expressa do texto constitucional; a segunda que perfilha o entendimento de que a vedação está restrita apenas ao mérito do ato disciplinar, não havendo óbice para exame da legalidade da punição, uma vez que não se pode afastar do poder Judiciário a apreciação de ilegalidade, seja de que espécie for, quando violar ou ameaçar direito (art. 5º, XXXV, CF); e a terceira, mais liberal, que admite ser cabível o habeas corpus não só na análise dos aspectos legais do ato disciplinar, mas também para atacar o próprio mérito do ato disciplinar essencialmente militar. Os tribunais brasileiros, inclusive STF, têm se filiado à segunda corrente (CANOTILHO, 2013).

O princípio da legalidade está expresso no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988 e abrange duas vertentes: a supremacia da lei, a qual impõe submissão total e irrestrita aos mandamentos constitucionais, delimitando os parâmetros materiais para criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, ou seja, toda matéria inovadora deve estar em consonância com a disciplina prevista na ordem jurídico-constitucional; e reserva legal é a exigência de que algumas matérias devem ser invariavelmente tratadas por meio de lei. Esse princípio, “[...] na sua dimensão negativa, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da lei. Na sua dimensão positiva, admite que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições” (CANOTILHO, 2013, p. 246).

Para Carnelutti (2011) pode-se entender legalidade como o exame da adequação do ato ao texto legal por meio da técnica que ensina os caminhos para que um ato seja adequado à sua finalidade.

A conformidade do ato às regras técnicas é o que se chama sua conveniência. Quando é conveniente, um ato favorece a economia; nisso está a utilidade. Justiça do ato é, por outra parte, sua conformidade às regras éticas. Quando é justo, um ato ajuda a paz; nisso está a bondade. Para garantir tanto a conveniência quanto a justiça do ato, o direito faz suas certas regras técnicas ou certas regras éticas, prescrevendo sua observância mediante seus mandados; assim as regras técnicas ou as regras éticas se convertem em regras jurídicas. A conformidade do ato às regras jurídicas constitui sua legalidade (CARNELUTTI, 2011, p. 113).

Nesse sentido, em consonância com a regra apresentada, para a demonstração dessa conformação do ato com as regras jurídicas é utilizada a fundamentação por meio de argumentação jurídica adequada. E nesse exame de conformação o poder judiciário pode intervir e reexaminar o ato editado (CARNELLUTI, 2011).

A divisão dos Poderes da República no Brasil está bem delimitada e parte de disposição expressa no artigo 2º da Constituição Federal, integrando os princípios do Estado Democrático de Direito. Chiovenda (2013) não destoou de outros juristas quanto à origem francesa da divisão dos Poderes. Acrescentou que foi adotada em sentido rígido, de forma que a cada um dos Poderes deveria corresponder uma só função, sendo-lhe terminantemente vedado interferir na atividade do outro, sequer para sindicá-la ou corrigi-la, o que considerava um exagero, pois não seria possível conceber a separação concreta das funções do Estado como uma separação absoluta de poderes, vez que seria imprescindível aos órgãos da Administração o desempenho de funções legislativas na edição de decretos-leis, decretos legislativos, regulamentos, portarias, medidas provisórias, etc.; e funções judiciárias, na condução de processos e elaboração de atos disciplinares. Frente aos órgãos administrativos,

[...] a sindicância judiciária é considerada, pela tendência moderna, como o meio mais eficaz para manter a atividade administrativa nos confins da lei. Pode essa sindicância ser indireta, como quando o juiz criminal examina se uma ordem da autoridade administrativa foi legalmente expedida, para punir ou não o contraventor; ou direta, como quando se impugna diretamente perante a autoridade judiciária a legitimidade do ato administrativo (CHIOVENDA, 2013, p.2018).

Compreende-se, atualmente, que a separação não é propriamente do poder político-jurídico – este considerado uno e indivisível – mas sim das funções do

Estado. O princípio da separação dos poderes baseia-se na concepção de discricionariedade, na qual um Poder está proibido de adentrar na discricionariedade dos outros, visando manter o equilíbrio do Estado e a preservação da democracia. É possível constatar que a compreensão do juízo discricionário passa por profundas mudanças, conseqüentemente o conceito e abrangência dessa separação dos poderes, reconhecendo-se a possibilidade de o Judiciário syndicar matérias há pouco terminantemente proibidas, mas que na atualidade entende-se compor a legalidade de um ato, tais como a proporcionalidade e a motivação (CANOTILHO, 2013).

É por isso que a distinção entre atos discricionários e atos vinculados é primordial quando se trata do controle que o Poder Judiciário exerce sobre eles. No tocante aos atos vinculados, não há que se falar em restrição, vez que seus elementos estão definidos em lei e a autoridade não tem outra possibilidade para direcionar a sua atuação. Caberá ao Judiciário examinar, em todos os aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Quanto aos discricionários, o controle judicial é possível, respeitando-se a toda evidência, a discricionariedade administrativa nos limites assegurados pelas normas positivadas (CRETELLA JÚNIOR, 2010).

Nesse diapasão, considera-se, em regra, que ao Judiciário é dada a prerrogativa de analisar o ato discricionário para conhecer apenas os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Quando constatado que a autoridade administrativa extrapolou o campo da discricionariedade e invadiu, por conseqüência, o campo da legalidade, o Judiciário pode invalidar o ato (CRETELLA JÚNIOR, 2010).

Di Pietro (2011) aponta algumas teorias que têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. São elas:

Teoria do Desvio de Poder - Ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Nesse caso, fica o Poder Judiciário autorizado a declarar a nulidade do ato em razão de a Administração ter-se valido indevidamente da discricionariedade para desviar-se dos fins de interesse público definido em lei. Ou seja, a autoridade age de acordo com a permissão legal, mas por motivos e fins estranhos aos ditames normativos. Já no campo do abuso ou excesso de poder, a autoridade não se limita a fazer o que a lei lhe permite, ou seja, extrapola os limites de suas prerrogativas (CAVALCANTI, 2018).

Teoria dos Motivos Determinantes - Ocorre quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou, ainda que existentes, se não foram verdadeiros, anulará o ato (DI PIETRO, 2011).

Teoria das Noções Imprecisas - A limitação mais acentuada à discricionariedade administrativa está na verificação de noções imprecisas empregadas na legislação para designar o motivo ou a finalidade do ato – interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc. Nesse caso, não haverá discricionariedade se elementos objetivos permitirem a delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito (DI PIETRO, 2011).

Sendo assim, considera-se que haverá interpretação do sentido da norma, o que não se confunde com a discricionariedade. Por exemplo, se a lei prevê o afastamento compulsório de um agente incapacitado, a autoridade deve buscar auxílio de perito que atestem que há incapacidade de fato. Logo, não poderá decidir por critérios subjetivos. Quando houver apreciação subjetiva de valoração, haverá discricionariedade. Exemplo é a transferência de um agente para atender necessidades do serviço. No primeiro caso poderá haver controle judicial porque ele é vinculado a elementos objetivos. No segundo, não pode adentrar no exame dos critérios subjetivos, pois é privativo da discricionariedade e enseja usurpação dos poderes. Todavia, “neste caso, alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei” (DI PIETRO, 2011, p.55).

Outro exemplo que poderia ser citado é o conceito de notável saber jurídico que pode transitar tanto no critério objetivo, quando o currículo de determinada pessoa for notório e admirável, ou subjetivo, quando os trabalhos de determinado profissional tiverem que ser justificados (DI PIETRO, 2011).

A repressão disciplinar pode ser feita por três sistemas: I) sistema hierárquico, no qual o poder disciplinar é exercido exclusivamente pelo superior hierárquico, que apura a falta e aplica a sanção; II) sistema de jurisdição completa, no qual a falta e a

penalidade são estritamente determinadas em lei e a decisão será sempre de órgão jurisdicional. Esse sistema não existe no ordenamento jurídico brasileiro; e III) sistema misto ou de jurisdição moderada, em que há intervenção de órgãos administrativos, em regra de função opinativo, e a sanção é aplicada pelo superior hierárquico com a competência definida em lei, que reserva o poder discricionário para conhecer os fatos e decidir pela pena aplicável (DI PIETRO, 2011).

Esse ato, porém, não é imune ao controle judicial. Este é o sistema adotado no Brasil para os processos administrativos disciplinares. A nossa Constituição Federal adotou o regime democrático de direito que garante a supremacia da lei e a consequente intervenção do poder judiciário, a fim de resguardar todos os direitos individuais praticados pelo poder executivo e pela administração em geral, estabelecendo o regime da unidade da jurisdição, mesmo naquela esfera reservada anteriormente à competência dos tribunais administrativos (CAVALCANTI, 2018).

A nova ordem jurídica e social exige novos modelos de comportamento, por isso é descabido aos comandantes tentar impor aos seus comandados uma ordem disciplinar incompatível com o Estado de Direito vigente. Esse moderno padrão de conduta social deve pautar inclusive as relações de subordinação e exige cada vez mais preparação profissional para que os Administradores, comandantes, chefes, enfim, superiores hierárquicos tomem decisões cada vez mais técnicas do ponto de vista jurídico, com respeito à legalidade – na qual se inclui o motivo e a motivação – proporcionalidade e razoabilidade (CAVALCANTI, 2018).

Themistocles Brandão Cavalcanti (2018) sinaliza para a tendência do direito ao ampliar o exercício da faculdade discricionária, pela delegação de poder a quem cabia cumprir e executar a lei. Mas asseverava que tão importante quanto a extensão dessas medidas é a maneira de agir da autoridade na sua execução. Por essa razão, mesmo que revestidas de caráter discricionário, as ações dos administradores não precisariam estar previstas em lei, vez que estariam limitadas pelos direitos e garantias asseguradas expressamente pela legislação.

Ivan Barbosa Rigolin (2011) lembra que a constituição instituiu verdadeira revolução no âmbito da Administração Pública, como a disciplina dos servidores públicos e a inclusão de quatro princípios de direito, e de organização, no artigo 37, até então frutos apenas de construção doutrinária. Todavia, não é possível admitir que a administração fique desobrigada de observar outros princípios simplesmente por não estarem elencados expressamente na Constituição, vez que não se trata de

um rol taxativo e porque os demais princípios são inerentes à atividade estatal. Qualquer administrado, agente público ou não, que demonstrar que foi prejudicado pela Administração em razão de inobservância de qualquer destes princípios pode socorrer-se da tutela jurisdicional para desfazer, anular ou reparar os injustos resultados do ato vulnerado pela inconstitucionalidade decorrente do desrespeito aos princípios constitucionais norteadores da atividade Estatal.

É objetivo de um Estado de Direito a inexistência da injustiça, a proteção ao direito e a reparação pelo direito lesado. Inclui-se, e porque não está vinculado a este objetivo, a Administração Pública, considerando-a a materialização do Estado. Nesse diapasão é inquestionável também o interesse de afastar do serviço público os agentes com uma conduta incompatível com o serviço público, mas tudo na estrita observância do princípio da legalidade (DI PIETRO, 2011).

### **3.3 AS FALHAS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DETECTADAS NAS SANÇÕES DISCIPLINARES E QUE FUNDAMENTARAM A ANULAÇÃO JUDICIAL DO ATO**

As falhas argumentativas nas sanções administrativas disciplinares militares concentram-se no motivo, com a inobservância dos critérios de justificação interna que demonstram o resultado lógico de causa e consequência e de justificação externa empregada para aferir a correção das premissas de justificação interna (CRETELLA JÚNIOR, 2010).

Nas palavras de Eliezer Pereira Martins (2016), embora a hierarquia e a disciplina constituam valores positivados, ambos devem ser cumpridos rigorosamente, pois o controle hierárquico possui condicionantes. Destaca que a primeira delas é a material ou sociológica, pois a hierarquia e a disciplina não podem atravessar a realidade social e política vigente, de sorte a gerar nos quartéis uma realidade artificial divorciada da vida em sociedade. Acrescenta que há um grave descompasso entre a ordem jurídica democrática em vigor e a natureza do autoritarismo dos regulamentos disciplinares das instituições militares. A segunda condicionante seria a formal ou legal, pela qual o sistema disciplinar militar está em absoluta consonância com o direito positivo vigente no país. Condicionante, portanto, fundada na supremacia da Constituição Federal, postada no vértice do sistema jurídico, segundo a pirâmide Kelsiana, a qual vincula todas as demais normas infraconstitucionais que devem buscar validade na própria Constituição.

Na prática, contudo, verifica-se grande resistência dos aplicadores do sistema disciplinar militar em admitir que as normas disciplinares estão inseridas em uma Ordem Constitucional e, por isso, devem submeter-se a preceitos que lhe são externos, tais como limites de restrição à liberdade individual, direito e garantias individuais, princípios norteadores da Administração Pública, dentre outros. Utilizar o sistema disciplinar como um instrumento de comando, para viabilizar a ordem disciplinar pressupõe um quadro de absoluto desmando. “Os regulamentos disciplinares constituem instrumentos de Justiça e não da administração, nada obstante estarem à disposição desta última” (MARTINS, 2016, p.32).

Dentro dessa condicionante legal, pode-se inserir a argumentação jurídica, entendendo-se que ela deve estar presente no motivo e na motivação do ato administrativo, haja vista que a autoridade disciplinar deve impor sanções com critérios claros, objetivando a reeducação e a penalidade proporcional à falta cometida, alcançando o fortalecimento dos laços de disciplina e da credibilidade do comando. Nesse prisma, mesmo não tratando como argumentação, o citado autor destaca que talvez o melhor critério para apontar a Justiça de uma reprimenda administrativa seja a adesão do punido à sua motivação. Em outras palavras, a punição é justa quando o acusado compreende a finalidade, as razões que plasmaram e dispõe-se a mudar por conta da reprimenda, o que se vê na maioria das vezes quando a punição é justa (ÁVILA, 2014).

Fábio Medina Osório (2009, p. 419) assevera que motivar é demonstrar os motivos do ato, suas bases, as circunstâncias que o justificam, e, ao mesmo tempo, “[...] significa formar o próprio raciocínio, em um complexo processo de justificação externa e interna.” Falta de motivação ou sua incongruência com a decisão pode ser sinal indicativo de imoralidade administrativa, com todos os seus consectários legais e constitucionais.

Gerfran Carneiro Moreira (2011) fez uma clara reflexão sobre a proporcionalidade da atuação Administrativa e a necessidade de que isso seja demonstrado por meio de argumentos, elucidando que o sacrifício de um direito privado deve ser o suficiente para a satisfação do coletivo e que essa situação somente pode ser verificada por meio da exposição dos motivos que levaram a administração a tomar uma determinada decisão.

Desse modo, é possível que tanto os beneficiários da decisão quanto aqueles que sofreram a restrição de direitos em razão dela possam bem compreender o seu

sentido. Nessa moldura, fica fácil entender que é indispensável que a Administração justifique todos os seus atos, especialmente num Estado Democrático de Direito, no qual a participação dos administrados exige que todos sejam conhecedores dos motivos que ensejam as ações administrativas. Somente a ciência dos motivos dos atos administrativos permite ao administrador controlar a adequação necessária entre seus motivos e sua finalidade (MOREIRA, 2011, p.111).

Inicialmente, será feita a análise de julgado, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que versa a respeito da demissão de policial que, em tese, teria liberado motorista não habilitado para seguir viagem em troca de vantagem econômica. O Judiciário anulou o ato por insubsistência dos motivos sobre os quais se apoia a decisão. Destacou que o policial foi acusado de duas infrações: liberar motorista sem habilitação e auferir vantagem econômica (TJMSP/2010).

A segunda acusação, contudo, sequer foi mencionada na decisão, por ter ficado comprovado durante a instrução que o dinheiro encontrado com o acusado era objeto de um saque que ele tinha feito em sua própria conta bancária. Ou seja, os argumentos favoráveis ao acusado foram ignorados na decisão administrativa. A primeira acusação, motivo para a demissão, não ficou provada, pois o reconhecimento dos ocupantes do veículo liberado não foi capaz de indicar o acusado de forma inequívoca, ou porque o ângulo de visão não permitia ver o rosto do policial ou porque estava de quepe e, além disso, havia outros policiais no local com as mesmas características (TJMSP/2010).

O próprio condutor liberado foi contraditório e vago em seu depoimento e no reconhecimento. Mesmo assim, a autoridade administrativa apoiou-se em tais motivos para aplicar a demissão. A falha argumentativa está presente mais uma vez na inobservância das regras de justificação interna, com a indicação de motivo falso para justificar a sanção extrema, assim como da regra de argumentação empírica (justificação externa), pois a autoridade desconsiderou o auto de reconhecimento inconcluso e favorável ao acusado, para aplicar-lhe a sanção (TJMSP/2010).

Policial militar – Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Liminar concedida e confirmada na r. sentença - Conjunto probatório frágil - Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a demissão aplicada – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Teoria dos motivos determinantes – Nulidade do ato – Recurso da Fazenda Pública do Estado e remessa necessária

improvidos (Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo apelação cível nº 1.159/2007 – 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível, Data do Julgamento: 16/09/2010).

O julgado que segue, do mesmo Tribunal em questão, aborda a respeito de um policial militar que teria sido autor de agressão física e disparo de arma de fogo. Contudo, o laudo pericial realizado na mesma data dos fatos (apreensão da arma para realização de exame pericial para constatação de disparo recente e exame residuográfico) não foi capaz de atestar que os disparos tivessem sido realizados pelo acusado; e a agressão física, que poderia também ser constatada por exame pericial (corpo de delito), alicerçou-se apenas no depoimento da suposta vítima. Mesmo assim, a sua demissão foi imposta (TJMSP/2010).

POLICIAL MILITAR - Apelo recíproco - Pedido de anulação de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Sentença procedente que anulou a punição – Conjunto probatório frágil – Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a demissão aplicada – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Teoria dos motivos determinantes – Nulidade do ato – Inexistência de óbice à adoção do valor da condenação como parâmetro para a fixação de honorários advocatícios em porcentagem - Apelo da Fazenda Pública e remessa necessária não providos – Possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que estejam presentes e sejam demonstrados seus pressupostos autorizadores, nos termos do art. 273 do CPC - Não preenchimento dos pressupostos previstos no art. 273, I e 273, § 2º, do CPC – Apelo do autor também improvido – Mantida, “in totum”, a r. sentença (Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo apelação cível nº 1.097/2007- 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível, Data do Julgamento: 18/11/2010).

Assim, o Judiciário mais uma vez anulou o ato disciplinar por falta de provas capazes de configurar o motivo. Novamente evidencia-se a falha na argumentação pela inobservância das regras de justificação interna, já que o motivo não justifica o resultado (TJMSP/2010).

Apelação Cível - Policial Militar – Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Liminar concedida e confirmada na r. sentença - Conjunto probatório frágil – Inexistência de prova idônea e suficiente a sustentar a demissão aplicada – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário - Teoria dos motivos determinantes - Nulidade do ato - Recurso não provido (Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo APELAÇÃO CÍVEL nº 1.003/2006 - 1ª Vara Cumulativa

da Comarca de Espírito Santo do Pinhal/SP - Data do Julgamento: 08/04/2009).

O processo ora analisado consiste na imputação de prevaricação a três policiais militares que teriam deixado de cumprir mandado de prisão (ordem judicial) ao deslocar até a residência do destinatário da ordem e, mesmo localizando-o, terem deixado de conduzi-lo (TJMSP/2009).

A prova do processo administrativo limitou-se ao depoimento de testemunhas inidôneas, já que possuíam notório desafeto com algum dos acusados, por elas próprias, ou algum familiar, já ter sido preso por um deles, ao passo que os fatos se deram em cidade pequena com o efetivo de policiais reduzido. Pelo mesmo fato de ser um município pouco habitado, onde geralmente os moradores se conhecem, as testemunhas de defesa foram taxativas em afirmar que os policiais foram atendidos por uma terceira pessoa e que o destinatário da ordem estava viajando naquela ocasião. Mesmo assim, a demissão foi imposta. O Judiciário mais uma vez anulou o ato disciplinar por falta de provas capazes de configurar o motivo. Asseverou o acórdão:

Enquanto um dos cinco elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da Administração, o motivo nada mais é do que o pressuposto de fato e de direito que serve para fundamentar o ato administrativo. A motivação, enquanto exposição dos motivos, ou seja, demonstração por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram, constitui garantia de legalidade, que atende tanto ao interessado quanto à própria Administração Pública. [...]. Portanto, havendo dúvidas contundentes acerca da veracidade do pressuposto de fato, o ato demissório nele baseado é ilegal e juridicamente inadequado, devendo ser revisto, sem que isso implique qualquer juízo de valor a respeito do mérito do ato demissório, ou seja, de justiça da decisão (Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo APELAÇÃO CÍVEL nº 1.003/2006 – 1ª Vara Cumulativa da Comarca de Espírito Santo do Pinhal/SP - Data do Julgamento: 08/04/2009).

Mais uma vez fica demonstrada a falha de argumentação pela inobservância das regras de justificação interna e externa. Interna pela falta de motivo que justifique o resultado e externa pela desconsideração da análise empírica das circunstâncias do caso concreto (TJMSP/2009).

POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo - Tutela antecipada concedida e

confirmada na r. sentença – Inexistência de motivo suficiente a sustentar a demissão aplicada - Dependência química - Resolução SSP-444 - Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário - Teoria dos motivos determinantes - Nulidade do ato - Recurso não provido (Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo apelação cível nº 581/2005 - Data do Julgamento: 22/10/2009).

Nesse caso, o motivo da demissão foi a constatação de que o policial militar era dependente químico, usuário de cocaína. A dependência teve início em 1998 após ter participado de uma ocorrência que lhe causou graves sequelas emocionais. Procurou ajuda nos departamentos competentes da PM com o aval de seu comandante. Por motivos não esclarecidos, deixou de se submeter ao tratamento psicológico e, em 1999, houve denúncia anônima de que ele fazia uso de cocaína. Concluiu-se, então, que a PM sabia de seu quadro de dependência (TJMSP/2009).

No mais, o policial havia iniciado o tratamento médico e psicológico proporcionado pela própria PM, nos termos da Resolução SSP-444, três anos antes da sua demissão. Além disso, ainda que com restrições, estava no exercício de suas funções. Por fim, o julgado ressalta o parecer do Procurador de Justiça que a dependência química não é motivo de exclusão e sim de tratamento. Como o ato demissório não apresentou qualquer outro motivo, tampouco grave, para justificar a sanção, o Judiciário anulou a demissão pela inexistência de motivo idôneo, configurando a falha de argumentação pela inobservância das regras de justificação interna e externa. Interna pela falta de motivo que justifique o resultado e externa pela inobservância da regra de hermenêutica jurídica (TJMSP/2009).

POLICIAL MILITAR – Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário – Teoria dos motivos determinantes – Motivação equivocada que não se ajusta à prova colhida no procedimento apuratório – Nulidade do ato – Recurso provido (Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo Apelação Cível nº 115/2005, Data do Julgamento: 04/12/2008).

O julgado trata de uma demissão por suposta conduta de corrupção passiva. O policial foi acusado de ter participado do ilícito, anuindo e concordando com o seu companheiro de trabalho que efetivamente solicitou vantagem indevida. Todavia, a testemunha, que teria concordado em pagar a vantagem, afirmou que o acusado não participou em momento algum do delito. O tribunal reconheceu mais uma vez a

falta de motivo para a emanção do ato, bem como a motivação equivocada que não ajusta à prova colhida no procedimento apuratório. Ora, por tal assertiva sobre a motivação já fica clara a inobservância do critério argumentativo de justificação interna, pois os fatos balizadores do ato não correspondem à realidade do que ocorreu (TJMSP/2008).

POLICIAL MILITAR - Demissão - Reintegração em 1º grau - Apelo Fazendário - Absolvição Criminal por legítima defesa - Repercussão na esfera administrativa - Teoria dos Motivos Determinantes - Ato Discricionário e Ato Arbitrário - Vício de Motivação - Confirmação da Sentença - Prescrição afastada - Inteligência do art. 200 do Código Civil - Provimento negado. Ante à absolvição penal pela reconhecida legítima defesa, e inexistente falta residual a permitir punição disciplinar, aplica-se o art. 138, § 3º da Constituição Bandeirante. Existente vício de motivação, permitida e necessária a rediscussão do ato administrativo na esfera judicial (Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo Apelação Cível nº 1.594/2008 - 2ª Auditoria, Data do Julgamento: 20/01/2011).

No aresto acima, o policial foi demitido pelo cometimento de infração penal. Como o processo administrativo é mais célere que o judicial, a sua demissão ocorreu antes mesmo do trânsito em julgado da ação penal. Todavia, o próprio Ministério Público requereu o reconhecimento da legítima defesa própria, afirmado pelo Conselho de Sentença, configurando-se assim causa de excludente de ilicitude (TJMSP/2011).

Como os motivos do processo administrativo eram exatamente os mesmos da ação penal, guardando estrita relação entre um e outro, a absolvição pelo Juízo Criminal elidiu os motivos que fundamentavam o ato demissional. Ademais, o órgão judicial ainda reconheceu que a autoridade disciplinar agiu com arbitrariedade – excedendo a discricionariedade – e desproporcionalidade – ao aplicar a pena exclusiva – vez que, se o acusado foi absolvido na esfera penal, pode-se concluir que já no processo administrativo existiam – ou poderiam ser colhidos – elementos da legítima defesa (TJMSP/2011).

Portanto, além da falha de argumentação no tocante às regras de justificação interna, pois os motivos da demissão não estariam presentes, uma vez que o acusado agiu em legítima defesa, a autoridade deixou de observar também os critérios de justificação externa para averiguação da correção das premissas de justificação interna, vale dizer, hermenêutica jurídica, na interpretação da norma

quanto à presença dos requisitos da legítima defesa; argumentação empírica, já que a autoridade também é policial militar e sabe das peculiaridades, dos riscos e das imprevisibilidades que um policial pode enfrentar em seu trabalho (TJMSP/2011).

Esclarece-se que a pesquisa de jurisprudência se deu pelo critério do resultado dos processos. Ou seja, foram selecionadas apenas as decisões que anularam os atos disciplinares com base em vícios de legalidade que poderiam configurar uma falha argumentativa. Por conseguinte, não foi levantada uma estatística sobre a proporção de ações visando anular atos administrativos disciplinares que foram arguidos.

De todo modo, inúmeros julgados no mesmo sentido foram encontrados em outras Cortes do país: Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais: Apelação/Processo nº 0002009-20.2014.9.13.0002, julgado em 17/12/2016, policial acusado de ter usado linha telefônica paga pela Prefeitura em caráter particular; Apelação/Processo nº 0006006- 79.2012.9.13.0002, julgado 16/07/2014, policial acusado de ter se ausentado do local da ocorrência sem autorização; Apelação/Processo nº 0012461-91.2011.9.13.0003, julgado 15/04/2014, policial acusado de manter contato telefônico com criminosos com vistas a participar de delito que não se materializou (TJMMG/2016).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação Cível nº 0347472-38.2008.8.19.0001, julgado 29/09/2015, policial acusado de dispensar inferior hierárquico de cumprir o seu turno de trabalho sem comunicar a quem de direito (TJMRJ/2016).

Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Apelação/Reexame necessário nº 5056511-13.2012.404.7000/PR, julgado 15/04/2015, militar temporário acusado de ter participação no evento apagão aéreo com base em inquérito que resultou em arquivamento (TRF4/2016).

Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Apelação/Processo nº CNJ: 0025505-82.2004.4.02.5101, julgado 29/04/2014, militar temporário desincorporado (licenciado) por conveniência do serviço, por imputação de crimes e transgressões disciplinares. Entretanto, verificou-se que ele sofria de esquizofrenia residual e, por isso, absolutamente incapaz, não compreendendo o caráter ilícito de suas ações. Tribunal anulou o licenciamento e determinou a reforma ex officio pela impossibilidade de reintegração; Apelação Cível nº 273307 (2001.02.01.039816-8), julgado 16/04/2008, militar temporário desligado por, supostamente não ter pedido

prorrogação no prazo regulamentar. Licença anulada por falta de motivo, pois ficou comprovado que a prorrogação havia sido pedida e inclusive deferida pela autoridade competente (TRF2/2016).

Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas: Processo/Reexame Necessário nº 0005743-45.2009.8.02.0001, julgado 25/07/2013, militar punido por ter faltado a ato de serviço, do qual se comprovou que ele estava presente no local para o qual havia sido escalado. Ato anulado por inexistência de motivo (TJAL/2016).

Tribunal Regional Federal da 5ª Região: Apelação Cível nº 314438-PE (2003.05.00.003260-0), julgado 24/11/2005, militar licenciado ex officio por incapacidade para o trabalho decorrente de transtornos de personalidade adquiridos após bater a cabeça durante o serviço na Marinha. Portaria de licenciamento anulada judicialmente por prescindir de motivo para o licenciamento, vez que o laudo médico atestou que a enfermidade do militar é leve e não o incapacita para as atividades militares não intelectuais, determinando a sua reintegração. A decisão da autoridade não tem o condão de tornar verdadeiros os fatos nos quais se fundou para decidir, simplesmente, pelos seus critérios subjetivos. Se uma decisão se baseou em fatos falsos ou inexistentes, a decisão continuará sendo injusta mesmo depois de escoado todos os prazos para a sua impugnação, o que sobreleva a importância da argumentação para descrever as premissas psicológicas do julgador relacionando os fatos com a necessidade e razoabilidade da sanção. Não se pode admitir que a coisa julgada transforme um juízo de verossimilhança – uma correção, de acordo com a argumentação jurídica – em juízo de verdade (TRF5/2016).

Os efeitos da coisa julgada recaem sobre as relações jurídicas, não sobre os fatos. “Os fatos, mesmo depois da sentença, continuam sendo o que eram: pese ao antigo aforismo, mesmo depois do passo em coisa julgada, o branco continua sendo branco e o quadrado não se faz redondo” (CALAMANDRE, 2015, p.273).

A coisa julgada só cria a irrevogabilidade jurídica do provimento jurisdicional, pois a realidade dos fatos, objeto da decisão, sempre poderá ser questionada e desvendada (CALAMANDRE, 2015).

## CONCLUSÃO

O regime jurídico de especial sujeição estatal a que se submetem os militares brasileiros das Forças Armadas, no exercício da função militar, está consubstanciado no art. 142, *caput*, da Carta Magna, tendo, notadamente, por função precípua a defesa externa e, subsidiariamente, a manutenção da Lei e da Ordem, sob determinação de qualquer dos Poderes. O texto constitucional ainda prevê a integração funcional das Forças Armadas ao Ministério da Defesa, sob a autoridade suprema do Presidente da República, que atualmente concentra sobre si atribuições para alterações de parcela do regime jurídico próprio dos militares.

Para o regular funcionamento dessa sistemática, a Constituição Federal instituiu, como fundamentos da função militar, os princípios da hierarquia e da disciplina, irradiando-se a toda organização, exercício e desenvolvimento da função militar. Assumindo caráter axiológico de norma, a hierarquia e a disciplina impõem ao militar subordinado o dever de obediência e, em decorrência disso, se estruturou, de forma preventivo-repressiva, um sistema punitivo penal – o Código Penal Militar – e administrativo sancionador - Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas - em face da violação desse dever.

Nesse condão, quanto às penas disciplinares administrativas e aos ilícitos que dão ensejo a sua aplicação, é a autorização legal do artigo 47 da Lei 6880/80 que reserva aos Regulamentos Disciplinares, instituídos pelas próprias Forças Armadas e regulados pelo Executivo, através de Decretos, a classificação das transgressões e contravenções, bem como da amplitude de aplicação das penas disciplinares.

E é sobre essa questão que se trava um embate doutrinário sobre o conflito entre a norma do dispositivo legal e a reserva legal do art. 5º, inciso LXI, que determina a vedação da prisão por transgressão disciplinar não prevista em lei. A hipótese aparente é de não recepção do artigo em comento, sob a luz da nova Constituição Federal, não sendo entretanto o entendimento adotado pela jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do Supremo Tribunal Federal. Ainda, os Tribunais Superiores, conforme amplamente demonstrado, entendem, ainda, pela recepção dos decretos, que tornaram vigentes os Regulamentos Disciplinares da Marinha (Decreto nº 88.545/1983) e da Aeronáutica (Decreto nº

76.322/195), bem como da constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346/2002).

Nesse contexto, foi realizada a análise dos requisitos e dos atributos do ato administrativo comum, identificando de que forma se manifestam na espécie sanção disciplinar militar. Neste estudo, em específico, constatou-se que o ato sancionador militar possui entre seus elementos vinculados a competência para exercício do ato; a forma, em geral prevista nos respectivos Regulamentos Disciplinares; bem como a sua finalidade, que transcende a satisfação do interesse público, abrangendo também a manutenção da observância da hierarquia e da disciplina.

Dentre os atributos do ato sancionador que coincidem com o ato administrativo comum, observou-se a incidência da autoexecutoriedade do ato, de modo que as punições têm sua aplicação independente do controle de outro órgão e imperatividade, sendo executada de forma desassociada da concordância do militar punido. A presunção de legitimidade do ato, cumpre destacar, na condição de atributo do ato administrativo disciplinar, encontra maior amplitude de incidência nessa espécie, presumindo-se com maior intensidade a existência do ilícito – a transgressão disciplinar – e a regularidade da aplicação da sanção.

Ao adentrarmos o estudo da discricionariedade do ato, observamos que os seus elementos discricionários, qual sejam o objeto e a motivação, conforme o entendimento da doutrina especializada, e em que pese, trata-se a sanção disciplinar militar de ato notadamente discricionário, este encontra sua amplitude de possibilidade de atuação da autoridade competente com grande grau de vinculação ao resultado lógico, razoável e proporcional, que se extrai do procedimento disciplinar que o antecede.

Desse modo, além de observar a forma do ato, requisitos externos que lhe garantem a legalidade, o julgador também deve, quanto ao mérito, mesmo que sob o manto da discricionariedade, fundamentar racionalmente a sua decisão, absolvendo ou sancionando o agente increpado, por meio de um discurso lógico, claro e objetivo, capaz de demonstrar a proporcionalidade e a justiça dos fundamentos adotados para a sua decisão. Pois, mesmo que não exista apenas um único resultado correto, permite excluir argumentos irracionais, ou logicamente impossíveis, por serem incompatíveis com as regras aplicadas ao discurso.

Enfim, a racionalidade, a igualdade e a universalidade no discurso proporcionam a legitimidade da legislação e a eficiência no controle das decisões

judiciais e dos atos administrativos, o que favorece a imparcialidade do discurso, todos integrantes indissociáveis para consolidação da democracia e do Estado Democrático de Direito, pois a justiça é alcançada quando os destinatários do discurso compreendem o motivo e a proporção da sanção proferida. Não é o cárcere ou a demissão que atende aos anseios da sociedade, mas a proporcionalidade da medida aplicada. A sociedade precisa entender e aceitar que uma suspensão do trabalho ou outra reprimenda corretiva não é necessariamente injusta ou branda quando atende aos princípios imanentes e materializadores do valor fundante do ordenamento jurídico que embasa o ato, no caso da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Não são apenas os administrados – ouvintes no discurso – que precisam ter essa consciência. Como se viu na análise dos julgados, as autoridades disciplinares militares – falantes do discurso – também precisam incorporar essa consciência de que a pena justa não é necessariamente a mais rigorosa, mas a mais proporcional possível à gravidade da infração, assim como a consciência de que não é agindo arbitrariamente, com desvio ou excesso de poder, que se alcançará a justiça de uma decisão.

A proporcionalidade deve ser apurada pelos critérios legais e de acordo com o censo comum da sociedade e não por critérios pessoais e subjetivos da autoridade que emana a decisão. A discricionariedade, por sua vez, é a possibilidade de agir estritamente nos limites da norma. O ato que viola a norma ou excede o limite legal imposto passa a ser arbitrário e será inevitavelmente inválido e ilegítimo.

Qualquer arbitrariedade ou abuso, portanto, estará sujeita a intervenção jurisdicional para revisar a legalidade do ato, inclusive a sua motivação, que é a via percorrida pela autoridade disciplinar para demonstrar, por meio de elementos de argumentação jurídica, que os pressupostos de fato, ou seja, os motivos ensejadores da decisão realmente existiram e são verdadeiros, e também para demonstrar que a sanção ou absolvição é justa, ou seja, que a solução dada ao conflito de interesses está proporcional e em conformidade com a gravidade do motivo inspirador do ato disciplinar. A argumentação jurídica e o discurso racional constituem, para tanto, a operação ou o procedimento do julgador para estabelecer a relação entre o fato e a norma, a causa e sua consequência justa.

O discurso, portanto, pode ser considerado uma ferramenta útil para que a autoridade disciplinar demonstre a presença de todos os elementos e requisitos do

ato, bem como o cumprimento dos princípios que o regem. É o meio para concretização da teoria dos motivos determinantes. Por meio do discurso é possível provar que os princípios constitucionais foram alcançados, pois permite demonstrar que a decisão atendeu a proporcionalidade, a isonomia de tratamento, a legalidade e, por conseguinte, a dignidade, culminando numa decisão juridicamente correta, ou seja, justa e aceitável.

## REFERÊNCIAS

- ALAGOAS. **Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas: consulta de Jurisprudência**. Maceió, 2016. Disponível em: <http://www2.tjal.jus.br/>. Acesso em: 19/04/2021.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- ARAÚJO, Alexandre. **Carvalho de. Controle jurisdicional do Ato Administrativo Disciplinar Militar**. 2013. 48 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) - Departamento de Estudos da Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro: ESG, 2013.
- ARRETCHE, Marta T. S. **Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: teorias explicativas**. BIB, Rio de Janeiro, n.39, 1 semestre 1995.
- ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **“Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular” – in “Interesses Públicos versus Interesses Privados: - Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público” – Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2007.**
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. **A Nova Interpretação Constitucional dos Princípios**. In: *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BENEVIDES, Claudia do Valle. **Um Estado de Bem-Estar Social no Brasil?** São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BORGES, Maria Cecília. **Das Funções de Confiança Stricto Sensu e dos Cargos em Comissão**: abordagem constitucionalmente adequada. *Revista do TCEMG, Minas Gerais*, v. 82, n. 1, p. 45-54, jan. fev. mar. 2012. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1469.pdf>. Acesso em: 10/03/2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 10/03/2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a Organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Brasília, DF, 25 fev. 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em: 10/03/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo Apelação Cível nº 115/2005**, Data do Julgamento: 04/12/2008. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo APELAÇÃO CÍVEL nº 1.003/2006** – 1ª Vara Cumulativa da Comarca de Espírito Santo do Pinhal/SP - Data do Julgamento: 08/04/2009. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo apelação cível nº 581/2005** - Data do Julgamento: 22/10/2009. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo apelação cível nº 1.159/2007** - 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível, Data do Julgamento: 16/09/2010. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo apelação cível nº 1.097/2007**- 2ª Auditoria Militar - Divisão Cível, Data do Julgamento: 18/11/2010. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo Apelação Cível nº 1.594/2008** - 2ª Auditoria, Data do Julgamento: 20/01/2011. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região: consulta processual**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/portal/>. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região: consulta processual**. Porto Alegre, 2016. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 19/04/2021.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região: Jurisprudência**. Recife, 2016. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/>. Acesso em: 19/04/2021.

CALAMANDRE, Piero. **Direito Processual Civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 2015.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência**: fundamentos do instituto e os problemas de seu transplante ao ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A Arte da Política**. São Paulo: Civilização Brasileira, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Trad. Adrian Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público: integração das áreas do ciclo de gestão: contabilidade, orçamento e auditoria e organização dos controles internos, como suporte a governança corporativa.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 2018.
- CHAVES, Evaldo Corrêa. **Habeas Corpus na Transgressão Disciplinar Militar: possibilidade jurídica e ressarcimento de danos.** Leme: RCN, 2012.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- ESPING\_ANDERSEN, Gosta. **As Três Economias Políticas do Welfare State.** Revista Lua Nova, São Paulo, n. 24, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA, Mariana Carnaes. **O Clientelismo e os Cargos Comissionados: Impacto na Eficiência da Administração Pública.** São Paulo: 2014.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.
- FRANÇA, Vladimir Da Rocha. **Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos.** R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 222: 97-116, out./dez. 2000.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 10ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2005.
- GUERREIRO, Maria Pandolfi. **Análise dos Gastos Sociais Brasileiros na Perspectiva do Estado de Bem-Estar Social: 1988 a 2008.** Niterói, 2010.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

KANT, Immanuel, 1724-1804. **A Paz Perpetua**. Porto Alegre; São Paulo: L&PM, c1989.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito: introdução à Problemática Científica do Direito**. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. **Welfare State e Desenvolvimento**. DADOS-Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol.54, nº1, 2011.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública: teoria e prática**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LANG, João Marcelo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos**. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). **Direitos Humanos em Evolução**. Joaçaba: Unoesc, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Alagoas: V. I - 3ª Ed. Edições Jus PODIVM, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. **Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade**. Leme: LED, 2016.

MATTÉ, Mauro João. **A Inefetividade da Constituição para a Realização dos Direitos Humanos sob o Aspecto do acesso à Justiça de forma Coletiva**. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). **Direitos Humanos em Evolução**. Joaçaba: Unoesc, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6 ed. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais: Jurisprudência**. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://restrito.tjmmg.jus.br/>. Acesso em: 19/04/2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª Ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Gerfran Carneiro. **Os Princípios Constitucionais da Administração e sua Interpretação: reflexões sobre a função administrativa no Estado Democrático de Direito**. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). Devido processo legal na administração pública. São Paulo: Max Limonad, 2011.

MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A questão Fundamental da Democracia**. Tradução: Peter Naumam, revisão: Paulo Bonavides, São Paulo: Max Limonad, 1998.

OSÓRIO, F.M. **Direito Administrativo Sancionador**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O Servidor Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: consultas: Jurisprudência**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 19/04/2021.

SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo: Jurisprudência**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.tjmsp.jus.br/>. Acesso em: 19/04/2021.

SANTOS, Kleber Bispo dos. **Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Ed. Brasil: Malheiros, 2007.

TAVARES, José. **Administração Pública e Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina 1992.

VELLOSO, Gabba. **Desvio de poder: Jurisprudência e Aplicação Prática**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VERZOLA, Maysa Abrahao Tavares. **Sanção no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

VILLA, Jesús Leguina. **A Constituição Espanhola e a fuga do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo Aplicado, ano 2, n.º 6, set.1995.

ZIMMERMANN, Clóvis Roberto; SILVA, Marina da Cruz. **O Princípio da Desmercantilização nas Políticas Sociais**. Caderno CRH (UFBA.Impresso), v. 22, nº 56, p. 345-358, 2009.