

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ/SR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES DA PMPB

ADELE CRISTINA LOPES DE ALCANTARA PAIVA

SANTA RITA - PB

2020

ADELE CRISTINA LOPES DE ALCANTARA PAIVA

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES DA PMPB

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial
da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Alessandra Danielle
Carneiro dos Santos Hilário

Santa Rita – PB

2020

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

P149d Paiva, Adele Cristina Lopes de Alcantara.

A discricionariedade administrativa em face de conceitos jurídicos indeterminados nas transgressões disciplinares militares da PMPB / Adele Cristina Lopes de Alcantara Paiva. - Santa Rita, 2020.
45 f.

Orientação: Alessandra Danielle Carneiro dos Santos Hilário.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Discricionariedade. 2. Conceitos jurídicos indeterminados. 3. Regulamento Disciplinar da Polícia Militar Paraíba. I. Hilário, Alessandra Danielle Carneiro dos Santos. II. Título.

UFPB/Biblioteca Setorial do DCJ

CDU 34

ADELE CRISTINA LOPES DE ALCANTARA PAIVA

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS NAS TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES MILITARES DA PMPB

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, como exigência parcial
da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Alessandra Danielle
Carneiro dos Santos Hilário

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 02 de dezembro de 2020.

Prof^a. Dr^a. Alessandra Danielle Carneiro dos Santos Hilário (Orientadora)

Prof. Me. Demétrius Almeida Leão (Examinador)

Prof. Me. Alex Taveira dos Santos (Examinador)

RESUMO

Em função da relação estabelecida entre a Administração Pública e os seus servidores decorre o surgimento do direito punitivo funcional, tendo como finalidade preservar a disciplina dentro da organização administrativa. Nesse contexto, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba (RDPM) traz tipificadas algumas transgressões disciplinares, ainda que fazendo uso de conceitos jurídicos indeterminados, como também outras transgressões em um enunciado genérico, permeado de conceitos imprecisos. Atentos a esse fato, despertou especial interesse em compreender qual a possibilidade de conceitos jurídicos indeterminados atribuírem alguma atuação discricionária à Administração Pública, especificamente quando da interpretação de normas proibitivas de condutas atentatórias ao regime disciplinar militar, positivado no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba (RDPM). A abordagem do tema proposto tem como base metodológica uma pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e jurisprudenciais. Conclui-se que as infrações disciplinares são caracterizadas por uma flexibilidade da legalidade permeada por competências discricionárias, favorecidas pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados. Contudo, exige-se a observância do princípio da taxatividade aliada a uma correta e adequada especificação do conteúdo da norma proibitiva, de modo a reduzir a possibilidade do excesso de subjetivismo e arbítrio, características que não podem coexistir com a mentalidade de concretização e manutenção dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chaves: Discricionariedade. Conceitos jurídicos indeterminados. Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	10
2.1 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE	10
2.2 FONTES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	12
2.3 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE	14
2.4 A ESTRUTURA LÓGICO-NORMATIVA DA DISCRICIONARIEDADE.....	15
2.5 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE.....	17
3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	19
3.1 TEORIA GERAL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	21
3.2 DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE	22
4 NORMAS PROIBITIVAS DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DA PARAÍBA	26
4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	26
4.2 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO	29
4.3 REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DA PARAÍBA	32
5 FUNCIONALIDADE DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NAS NORMAS PROIBITIVAS DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PMPB	36
5.1 DISCRICIONARIEDADE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	36
5.2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A TIPICIDADE ABERTA DOS TIPOS DE CONDUTAS PROIBIDAS	37
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

Durante o período do Iluminismo acreditou-se que as normas jurídicas seriam capazes de estabelecer uma clareza e segurança jurídica absoluta, garantindo uma univocidade a todas as decisões judiciais e atos administrativos. Acreditava-se que tal atributo era possível a partir da vinculação dos interpretes à lei. Todavia, no decurso do século XIX, começou-se a considerar impraticável esse postulado da estrita vinculação do juiz à lei, passando a dispor de liberdade de decisão em virtude da pluralidade de fatos e de sua imprevisibilidade.

Atualmente, a atuação dos juízes e das autoridades administrativas é vinculada à lei, mas de maneira não tão rígida quanto no período iluminista, existindo uma autonomia em face da lei, de forma que esta comporta-se como um limite decorrente do princípio da legalidade presente em nossa Constituição. Porém, diante das diversas e intensas situações contemporâneas que exigem a atuação daquelas autoridades, o legislador, por meio da técnica legislativa de uso de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, cria e faculta ao agente estatal o uso dessas ferramentas jurídicas, proporcionando uma liberdade decisória, diante da insuficiência da justiça ideal e abstrata.

Ciente de que esse contexto está presente em diversos ramos do direito, direcionamos nosso estudo para a aplicabilidade desses conceitos vagos no Direito Administrativo, posto que sua utilização está se tornando cada vez mais usual e necessária. Somando-se ao fato que a relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa tem desencadeado inúmeras controvérsias, em virtude de sua natureza.

E considerando que em função da relação estabelecida entre a Administração Pública e os seus servidores, decorre o surgimento do direito punitivo funcional, tendo como finalidade preservar a disciplina dentro da organização administrativa, torna-se imperioso analisarmos a repercussão da utilização de conceitos jurídicos indeterminados em normas proibitivas de condutas contrárias aos deveres e obrigações administrativos.

Especificamente no contexto da relação estabelecida entre o Estado e os policiais militares, doutrinariamente tida como uma relação especial de sujeição, temos restrição de algumas garantias fundamentais sob o argumento de que aquela classe encontra-se em uma posição diferenciada em relação ao Poder Público. E fundamentados nesse argumento, alguns doutrinadores defendem a tese de que não há necessidade de qualquer regulamentação para a estatuição de tipos disciplinares, flexibilizando, assim, a taxatividade das condutas proibidas, como também legitimando a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. Representativamente, na Polícia Militar da Paraíba, o poder disciplinar é fundamentando em regulamentos que têm por finalidade especificar e classificar as transgressões disciplinares, estabelecer normas relativas à amplitude e à aplicação das punições disciplinares, e por fim, à interposição de recursos contra a aplicação das punições. Em seu conjunto normativo está o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba (RDPM) que traz algumas transgressões disciplinares tipificadas, ainda que fazendo uso de conceitos jurídicos indeterminados, como também, outras transgressões em um enunciado genérico, permeado de conceitos imprecisos, limitando-se a motivá-los pela violação de deveres e obrigações inerentes à função policial militar. Ou seja, as transgressões disciplinares se apresentam de forma genérica, a fim de permitir o enquadramento sistemático das ações ou omissões contrárias à disciplina, ante a infinita gama de condutas irregulares possíveis de serem praticadas por um policial militar.

Atentos a esse fato, despertou-nos especial interesse em compreender qual a possibilidade de conceitos jurídicos indeterminados atribuírem alguma atuação discricionária à Administração Pública, especificamente quando da interpretação de normas proibitivas de condutas atentatórias ao regime disciplinar militar, positivado no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba?

Nessa conjuntura, encontrar caminhos seguros para uma interpretação aceitável do conceito jurídico indeterminado tem sido um grande desafio para a ciência jurídica. Pois uma norma sancionadora impregnada de conceitos jurídicos indeterminados, poderia entrar em conflito com as garantias constitucionais que impõem ao Estado o dever de identificar, com clareza e precisão, os elementos definidores do ilícito administrativo punível.

O tema objeto deste trabalho surgiu diante de diversas dúvidas quando da análise de situações concretas apresentadas durante o exercício de correição à frente da chefia da Corregedoria do 8º Batalhão de Polícia Militar do Estado da Paraíba. Durante a produção dos pareceres administrativos, percebe-se o quanto pode ser ampla a margem de interpretação de alguns tipos de transgressões disciplinares constantes no Regulamento Disciplinar, de forma a acolher as mais diversas e inimagináveis condutas em um mesmo tipo de transgressão. Tal flexibilidade pode ser conseguida a partir do próprio conceito atribuído ao termo transgressão disciplinar, como sendo o comportamento violador de valores e deveres inerentes aos policiais militares, que surgem diante dos princípios basilares da hierarquia e disciplina militar. Isso faz com que diversas condutas não taxativas possam ser enquadradas nos tipos de transgressões genéricas presentes no regulamento, garantindo a aplicação da sanção pela Administração, porém gerando a sensação de debilidade do administrado frente ao poder sancionatório. Por conseguinte, busca-se a aplicação equitativa de normas jurídicas, mesmo aquelas que apresentam conceitos jurídicos indeterminados. Negando, assim, as consequências abusivas do poder daqueles que, em última instância, são legitimados para aplicar a norma.

A abordagem do tema proposto tem como base metodológica uma pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, porquanto nos conduz ao conhecimento e análise das principais teorias relacionadas a um tema. Quanto a coleta de dados de obras que remetem ao problema da discricionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados, destacamos autores brasileiros que se dedicaram ao tema, como também alguns expoentes da doutrina portuguesa. Além da revisão bibliográfica de obras e artigos inerentes ao tema, fizemos a exposição de alguns artigos presentes no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba ante vagueza semântica de alguns de seus elementos, atribuindo-o a natureza de conceito jurídico indeterminado.

Neste trabalho, investigamos em que medida a utilização de conceitos jurídicos indeterminados podem ensejar atuação discricionária quando da interpretação de normas proibitivas constante no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba. Para tanto, no primeiro capítulo abordamos o tema da discricionariedade administrativa,

com foco na diferenciação em relação à vinculação e estabelecimento de sua função, fundamentos e estrutura lógico-jurídica. No segundo capítulo, buscamos compreender o significado de conceitos jurídicos indeterminados, bem como instituir uma comparação com a discricionariedade. Logo a seguir, no terceiro capítulo estudamos alguns pontos do direito administrativo sancionador na Polícia Militar da Paraíba sob a perspectiva do princípio da legalidade, das relações especiais de sujeição, com foco no seu regulamento disciplinar.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade administrativa encontra razão e justificativa na multiplicidade e complexidade de situações postas ao Poder Público que exigem uma tomada de decisão para solucioná-las, diante da impossibilidade da lei prever todas as soluções, ou, ao menos, a mais útil para cada caso. Ainda que o exercício da competência discricionária não seja a regra no direito administrativo, ele abrange diversas áreas, inclusive está presente no contexto disciplinar.

Em tal contexto, caracterizado por afetar direitos fundamentais das pessoas, torna-se premente reconhecer limites a essa técnica de atuação, mesmo que se admita como recurso inafastável da gestão pública hodierna.

2.1 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Considerando que o poder administrativo sancionador representa o ponto máximo da intervenção estatal, frente à liberdade e à propriedade do administrado, salvaguardado pelo devido processo legal, garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. LIV, da CF/88, que diz “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é imperioso analisarmos em qual categoria podemos alocar os atos decorrentes do poder administrativo sancionador.

No Estado de Direito, os poderes da Administração são limitados pela lei, a fim de impedir abusos e arbitrariedades por parte dos administradores públicos. Quando esse regramento atinge vários aspectos de uma atividade administrativa, não deixando margem de liberdade de decisão ante um caso concreto, podemos dizer que a Administração exerce um poder vinculado. Em contrapartida, quando a autoridade pode escolher uma dentre várias soluções possíveis e válidas para o direito, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei, ela está no exercício do poder discricionário.

Dentre as diversas definições doutrinárias para a discricionariedade, trazemos à baila aquela proposta por Mello, devido a sua amplitude e proeminência entre os estudiosos do tema, expondo como

A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. (MELLO, 2015, p. 440)

Mas, considerando a natureza dos atos vinculados e discricionários, seria possível vislumbrar uma oposição de ideias? Para Krell (2004, p.184) os atos inerentes a esses poderes não são categorias antagônicas. O referido autor afirma que a diferença entre o ato administrativo vinculado e o discricionário está no grau de liberdade de decisão conferido pelo legislador sob a perspectiva quantitativa, mas não qualitativa, daí possuírem a mesma natureza. Por conseguinte, a diferença nuclear entre ambos residiria que, nos primeiros, a Administração não dispõe de liberdade alguma, dado que a lei já regulou preliminarmente de forma completa o comportamento a ser adotado, ao passo que, nos atos discricionários, a lei proporciona ao administrador certa liberdade para decidir conforme as circunstâncias concretas do caso, “impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar” (MELLO, 2015, p. 439).

De acordo com Mello (2015, p. 438), nos atos vinculados por existir prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento possível de ser adotado pela Administração, esta não pode interferir por meio de apreciações subjetivas. Ao passo que, quanto aos atos discricionários, a Administração os pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

Dentro dessa perspectiva, Carvalho Filho (2020, p. 184) diverge de boa parte da doutrina, ao afirmar que a avaliação conferida ao administrador para aplicar punição não constitui discricionariedade, e por isso não há propriamente juízo de conveniência e de oportunidade, devendo sua convicção ser formada com base nos elementos do processo administrativo, ou seja, está vinculada a seus elementos.

Como bem exposto, a discricionariedade não implica em total liberdade, posto que a lei impõem limitações. Nesse ponto de vista, Di Pietro (2019, p. 482) robustece que a “discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei”. A

doutrina¹ nos informa que os atos administrativos apresentam em sua estrutura elementos que podem ser necessariamente vinculados, tais como a competência, e outros seriam necessária ou apenas eventualmente discricionários, como o motivo, a finalidade e a forma. Mas a parte dessa discussão, o importante é ficar claro que a discricionariedade nunca é total, pois alguns aspectos são sempre vinculados à lei. Nesse sentido, também afirma Mello,

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público in concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção. (MELLO, 2015, p. 441)

Por conseguinte, está cada vez mais arrimado que o uso da discricionariedade é vinculado à realização da finalidade prevista na norma legal, visto que ela não confere liberdade ou qualquer vontade à Administração.

2.2 FONTES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Superior Tribunal de Justiça² já se pronunciou colocando-se em posição contrária a existência de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesta ocasião, o referido tribunal evidenciou que a discricionariedade flui do juízo de conveniência e oportunidade. Mas, seria essa a única fonte da discricionariedade? De onde mais ela poderia surgir?

Mello (2015, p. 442) elenca quatro situações das quais a discricionariedade administrativa poderá decorrer, quais sejam: (i) lacuna da norma jurídica quanto aos

1 Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, cit., p. 466; José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 230; Odete Medauar. *Direito Administrativo moderno*, cit., p. 135.

2 Informativo de jurisprudência nº 342 no MS 12.927-DF, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12/12/2007. “Não há discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. O que se faz é dar efetividade a comandos constitucionais e infraconstitucionais (vide o art. 128 da Lei n. 8.112/1990). Essa conclusão decorre da própria análise do regime jurídico disciplinar, principalmente dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade que lhe são associados. Essa inexistência de discricionariedade tem por conseqüência a constatação de que o controle jurisdicional, nesses casos, é amplo, não se restringe aos aspectos meramente formais [...]”

critérios de ação do administrador público, ou seja, não há uma descrição antecipada da situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo; (ii) utilização de conceitos jurídicos indeterminados, consequentemente irredutíveis a objetividade total; (iii) conferência expressa pelo comando normativo de liberdade decisória, que envolve exame de conveniência e de oportunidade; (iv) objetivo legal descrito de forma apenas genérica ou, em sendo específica, contempla conceito padecente de certa imprecisão, certa indeterminação objetiva.

Quanto a primeira situação, Queiró (1969, p. 4) já defendia essa tese quando afirmava que “frequentemente, o legislador enuncia, com mais ou menos clareza, as circunstâncias que, uma vez verificadas na realidade, impõem o exercício de um certo poder discricionário”. Cabendo ao órgão competente só exercer a competência discricionária se e quando, na realidade, verificar as circunstâncias previstas na lei como legitimadoras do exercício dela.

Dentro dessa perspectiva, Mello (2015, p. 992) afirma que a discricionariedade “só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal”. Em outros termos, quando houver mais de uma solução adequada para o caso e que atenda os propósitos da lei. Nesse âmbito, o referido autor levanta a hipótese de que a discricionariedade não existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto, podendo haver situações em que a discricionariedade seja eliminada, pois “a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade” (MELLO, 2015, p. 991).

Seguindo dentro desse contexto, Krell (2004, p. 180) expõem seu ponto de vista, informando-nos que “há razões de ordem material para a existência da discricionariedade, que resulta de uma ‘abertura normativa’, quando a lei confere ao administrador uma margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto”. Essas razões corresponderiam a impossibilidade da Administração prever e regulamentar todos os casos que exigem uma atuação célere e eficaz. Fazendo surgir uma margem de liberdade quando as circunstâncias da realidade, que devem ser

regulamentadas, exigem uma decisão correta no caso concreto, porém dependem de conhecimentos específicos da Administração.

Atuando sob essa perspectiva, deve-se verificar se a presença de norma proporcionadora de liberdade administrativa é suficiente para concluir-se que exista discrição na prática de um determinado ato, isto significa que a existência ou não de discricionariedade deve ser analisada no caso concreto. Isto se deve ao fato que, por vezes, mesmo diante de normas com conceitos vagos, imprecisos, isso não representa que estamos diante de discricionariedade, pois no caso concreto a aplicabilidade desses conceitos é unívoca, clara, não deixando margem para apreciações subjetivas, portanto, não propiciando o surgimento da discricionariedade. Concluindo com Mello (2015, p. 445), “discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar discrição em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta”.

2.3 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

Alguns autores defendem a ideia que no direito punitivo funcional não há um sistema de rígida tipicidade, devido à impossibilidade de prevê-se todas as situações passíveis de sanção, de forma a considerar ilícito administrativo toda violação a direitos e obrigações funcionais. Levando em consideração essa conjuntura, seria possível definir os fundamentos para a concessão de liberdade administrativa baseada na utilização de valorações subjetivas diante de situações concretas?

Entre reconhecidos autores que tratam do tema, Mello (2015, p. 993) informa-nos que alguns estudiosos utilizam os seguintes fundamentos para discricionariedade: (i) no intento legal de conferir à Administração certa liberdade para decidir-se no caso concreto, por encontrar-se em uma posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei; (ii) na impossibilidade material de o legislador prever todas as situações, levando a socorrer-se por fórmulas flexíveis; (iii) na inviabilidade jurídica, visto que, em regime de poder tripartido, ao evitar o uso da discricionariedade, o legislador afastar-se-ia da abstração própria das leis, conduzindo-o ao campo da individualização, que lhe é

proibido, por ser área administrativa; e (iv) na impossibilidade lógica de obstá-la, uma vez que ao fazer uso de conceitos, não pode desprezar aqueles plurissignificativos. E ao final de sua análise, chega à seguinte conclusão:

Registrados nosso entendimento de que o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a institui) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos. (MELLO, 2015, p. 996).

Por conseguinte, a razão concretiza-se na atribuição dada ao administrador quando frente a um caso concreto encontrar uma solução adequada ao interesse público, dada a impossibilidade material de prevê-se todas as situações passíveis de acontecer. Assim como, na inevitável possibilidade de utilização de conceitos imprecisos, vagos, pois vindos do mundo sensível, por isso plurissignificativos, criando a abertura para a discricionariedade.

Por fim, Mello (2015, p. 999) acredita na ideia que a discricão só surgirá após esgotada a interpretação feita sobre o conceito, de forma que, permanecendo a zona obscura, caberá ao administrador, dentro dessa margem de liberdade, fazer uso de pensamento próprio, pessoal, do agente administrativo.

2.4 A ESTRUTURA LÓGICO-NORMATIVA DA DISCRICIONARIEDADE

Alguns doutrinadores entendem que é possível distinguir a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados a partir da análise da estrutura da norma jurídica. Então, analisando a estrutura da norma proposta por Ferraz Júnior (2018, p. 131), ela seria composta por “uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção), e que funciona como um critério para a tomada de decisão (decidibilidade)”. Então, dependendo de onde está localizado o conceito vago, impreciso, se na hipótese do fato ou na consequência, estariam caracterizados a discricionariedade ou o conceito jurídico indeterminado.

Defendendo essa posição, Barroso (2020, p. 316) diz que a estrutura binária da norma de conduta seria o suporte da distinção, de forma que os conceitos jurídicos

indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que os juízos discricionários situam-se no plano das consequências jurídicas. Divergindo em posicionamento, Engish (2001, p. 210) informa-nos que “os conceitos indeterminados podem aparecer na norma jurídica não só na chamada hipótese, como ainda na estatuição”.

Para Mello (2015, p. 996), a esfera de liberdade administrativa pode resultar da hipótese da norma jurídica, do mandamento ou de sua finalidade. A discricionariedade decorre da hipótese quando os pressupostos de fato por ela enunciados são conceitos práticos³, cabendo à Administração determinar concretamente o alcance. Tal discricionariedade ocorrerá nas chamadas zonas de incertezas, em que não é possível determinar objetivamente qual solução a ser aplicada no caso concreto. Mello (2015, p. 999) elabora o mesmo raciocínio quanto à possibilidade de discricionariedade na finalidade, concluindo que, “por força da relativa indeterminação de conceitos, irredutíveis a uma objetividade completa, alguma discrição remanesce para o administrador também no que respeita à finalidade”.

É importante compreender que a indeterminação das noções práticas presente no pressuposto ou na finalidade legal é sempre relativa. Ou seja, nunca existe imprecisão absoluta, de forma que, por mais vagas e fluidas que sejam, os conceitos são limitados pela lei. “A discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal é ineliminável” (MELLO, 2015, p. 1003).

Por fim, aponta que a discricionariedade pode defluir do mandamento da lei, nos casos em que são utilizados conceitos práticos ou teóricos na hipótese legal, quando fica facultada a realização de um comportamento ou quando há possibilidade de eleger uma entre, pelo menos, duas alternativas.

Porém, há autores que são contrários a tese que a diferença encontra-se na estrutura da norma, a exemplo de Krell que afirma

[...] uma rigorosa separação entre a hipótese e o mandamento da norma “reveia uma visão positivista e excessivamente mecanicista do processo de aplicação da norma aos fatos, como se existisse uma nítida linha divisória entre o plano jurídico e o plano dos fatos e como se o direito não resultasse de um processo interintegrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato”. (KRELL, 2004, p.193)

3 Termo cujo autor toma emprestado do Queiró.

2.5 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

É imperioso discutir quais são os limites impostos pela lei à discricionariedade, posto que constitui a linha demarcatória entre o ato discricionário e o arbitrário. Para tanto, algumas teorias foram desenvolvidas, a fim de estabelecer esses limites, possibilitando a detecção de abusos administrativos. Entre essas teorias, destacam-se: a teoria do desvio de poder e o exame dos motivos dos atos.

Laubadère (1975 *apud* MELLO, 2015, p. 1007) “diria que há desvio de poder quando um agente se utiliza de uma competência para atingir finalidade diversa daquela em vista da qual lhe foi outorgada dita competência”. Este desvio de poder pode ocorrer de duas maneiras: quando ocorre uma deturpação em relação à finalidade do ato administrativo, ou seja, há uma fuga do interesse público, animadas por motivos escusos, como o pessoal, perseguição, favorecimento, entre outros. Ou há um desvio em relação à finalidade específica do instituto jurídico utilizado, caracterizado pela utilização de uma competência para alcançar resultado alheio à finalidade dela.

Quanto à teoria dos motivos determinantes tem-se que o que se examina é a situação de fato em que se embasou a Administração para a prática do ato, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato.

Verifica-se, inicialmente, a materialidade do pressuposto de fato, isto é, se ocorreu ou não o acontecimento em que a Administração se estriba. Confere-se, ainda, se o acontecimento em questão responde ao pressuposto normativo, ou seja, se o fato objetivo subsume-se ao motivo normativo, à prefiguração hipotética contemplada na norma. Casos há em que este exame é de grande simplicidade, ao passo que, por vezes, envolve análise de refinado grau de complexidade. Com efeito, quando o pressuposto legal, o motivo legal é descriptivo de situação aferível objetivamente, porque concernente a realidades conceituais teóricas, não interfere problema de discricionariedade e tudo se resume a um confronto singelo. Quando, entretanto, o motivo legal contempla situações de definição, ou configuração imprecisa, a análise é tormentosa, posto que a predeterminação normativa, prevista na hipótese, admite enquadramento mais ou menos amplo de situações fáticas, da realidade empírica. (MELLO, 1975, p. 18).

Partindo-se desse pressuposto, quando se faz uma análise do fato e uma vez qualificado incorretamente, tal conduta vicia o ato, mesmo quando a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam sua prática.

Costa (1989, p. 41) concorda com a doutrina de Mello ao afirmar que o parâmetro da atuação discricionária reside, exatamente, no respeito ao princípio da razoabilidade da solução adotada, análise da proporcionalidade entre os fatos justificadores e o ato administrativo a ser praticado.

A partir dessas teorias, conclui-se que as limitações ao exercício da discreção administrativa são os motivos e a finalidade indicados na lei, bem como a causa do ato.

3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Nesse estudo utilizamos a denominação “conceito jurídico indeterminado”, por ser expressão presente em algumas codificações brasileiras, a exemplo do Código de Processo Civil, utilizado subsidiariamente no processo administrativo disciplinar, como o art. 489, § 1º, inc. II, que diz que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

A doutrina diferencia os elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos, classificando-os em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo Macedo (2015, p. 185), ambos são dotados de vagueza semântica, porém, o que os diferenciam é a graduação em que tal característica se apresenta, de forma que “nos conceitos jurídicos indeterminados a hipótese fática da norma é indefinida, enquanto nas cláusulas gerais tanto a hipótese fática como o consequente normativo, isto é, a eficácia atribuída ao fato jurídico gerado pela incidência da norma, são vagos”.

As discussões em torno dos conceitos jurídicos indeterminados surgem na Áustria, no século XIX, diante dos questionamentos dos juristas caso esses conceitos fossem empregados pelo legislador, seria cabível ou não o controle pelo Tribunal Administrativo.

De acordo com Sousa (1986, p. 278) o primeiro autor que se insurgiu contra a doutrina tradicional, negando que a discricionariedade e a aplicação do direito se excluíssem mutuamente como realidades opostas foi o alemão Bernatzik. Esse referido autor partiu do pressuposto que quando são utilizados conceitos jurídicos indeterminados, tais conceitos só poderiam ser afirmados após um processo interpretativo em cadeia, que ele chamou de discricionariedade técnica, e que o critério, que garantiria segurança a esse processo, seria a discricionariedade advinda desses conceitos. Portanto, para Bernatzik o poder discricionário está nos conceitos jurídicos indeterminados, agindo a autoridade administrativa como técnicos do serviço público, aplicando uma apreciação subjetiva.

Em oposição a teoria de Bernatzik e defendendo a doutrina tradicional surge Tezner, que constatou que todo conceito legal, seja determinado ou indeterminado,

quando subsumido a fatos concretos, podem conduzir a cadeias de pensamentos altamente complexas, de forma que a diferenciação entre aqueles conceitos estaria no grau de indeterminação e não na qualidade. Ou seja, “todo conceito legal indeterminado pertence ao âmbito da vinculação legal” (SOUZA, 1986, p. 279), consequentemente, sujeito ao controle judicial. E finaliza dizendo que,

Quando a interpretação deixa de orientar a conduta da administração, esta torna-se livre, mas onde a interpretação orienta a conduta da administração, então a aplicação interpretativa do direito é “limitadamente livre”, na medida da vinculação. (SOUZA, 1986, p. 280).

Nesse contexto, surgem duas teorias relacionadas aos conceitos jurídicos indeterminados: a teoria da duplicidade, com base na tese proposta por Bernatzik de forma que a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados conduzem a múltiplas decisões e soluções justas e certas, ou seja, estes conceitos atribuem discricionariedade. E em oposição, surge a teoria da unicidade, com fundamento na doutrina de Tezner que sustenta a tese que nessas situações cabem apenas uma única solução correta, obtida após a interpretação. Sendo que, segundo Sousa (1986, p. 279), “quanto melhor for feita a interpretação, tanto menor é a zona residual da livre discricionariedade”.

Baracho (1999, p. 61) segue a teoria da univocidade, posto que entende que “quando a lei condiciona o exercício do poder administrativo, mediante um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, que decorre da subjunção dos fatos na esfera significante do conceito, mediante um processo lógico-jurídico”. Consequentemente, esse processo exclui a discricionariedade, visto que esta supõe a existência de várias soluções justas, as quais a Administração pode escolher dentro dos limites impostos pela lei e para atender a interesses públicos.

Para Carvalho Filho (2020, p. 161), os conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, “que por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma”.

Seguindo esse entendimento, Neto (2016, p. 324) defende que a melhor forma de operacionalizar o conceito jurídico indeterminado é no momento de sua aplicação

em uma determinada situação fática, ou seja, “sem analisar as circunstâncias de um caso concreto, a indeterminação de um texto é potencial, especulativa”.

Se, por um lado, essa abertura semântica fortalece a Administração Pública na busca pela manutenção contínua da legalidade, por outro lado, apresenta o risco da fragilização da segurança jurídica, na medida em que, ao menos em tese, abre espaço para eventuais subjetivismos do intérprete. (JUNIOR, 2017, p. 32).

Como se vê, diante da necessidade de respeito aos direitos fundamentais e ao Estado de Direito, a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados não pode estar dissociada do princípio da segurança jurídica, para fins de reduzir a possibilidade de arbítrios e desvios de poder.

3.1 TEORIA GERAL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Dentro deste tópico analisaremos a natureza, a função e a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, que serão de fundamental importância para relacionarmos como a atividade discricionária, a fim de verificarmos quais são as hipóteses em que a utilização daqueles conceitos geram discricionariedade.

Analizando a natureza dos conceitos jurídicos indeterminados, Engish (2001, p. 208) informa-nos que são conceitos cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente. Poderíamos indagar qual a intenção do legislador ao utilizar conceitos incertos, mas de acordo com Costa (1989, p. 37) nem sempre se deve considerar a indeterminação dos conceitos jurídicos como uma imperfeição ou vício da linguagem cotidiana, mas sim, como uma de suas propriedades que permite cumprir a função de expressar e valorar condutas, relações e objetos materiais.

Quanto à estrutura, a densidade normativa dos conceitos jurídicos indeterminados estaria relacionada ao fenômeno linguístico observado no momento da interpretação, de modo que existiria as zonas de certeza positiva, que seriam aquelas onde os fatos são subsumidos na expressão do tipo legal, e as zonas de certeza negativa, onde o aplicador da lei verifica, sem maiores dificuldades, que os fatos não podem ser enquadrados na hipótese da norma. Nesses casos, os conceitos seriam determinados. Também existem as áreas de incerteza, onde haveria diferentes opiniões

diante do caso concreto, ou seja, não há certeza se os fatos se ajustam à hipótese legal abstrata, “é o próprio intérprete do conceito que deve determinar sua aplicabilidade na sua zona de incerteza, através do exercício de sua vontade” (KRELL, 2004, p. 201).

Sob essa perspectiva, Engish (2001, p. 209) remete a mente a imagem dos conceitos jurídicos indeterminados proposto por Philipp Heck, em que se pode distinguir um núcleo conceitual e um halo conceitual. Quando se tem uma noção clara do conteúdo e extensão do conceito estamos em seu núcleo, mas quando as dúvidas começam a surgir, ali também se inicia o halo conceitual.

Engish (2001, p. 210) também chega a conclusão que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser conceitos normativos (carecidos de um preenchimento valorativo⁴), como também conceitos descriptivos (que descrevem objetos perceptíveis pelos sentidos), a exemplo de morte, velocidade, intenção. Entretanto, alerta que os conceitos normativos apresentam um grau de indeterminação particularmente elevado, mostrando insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei.

3.2 DISTINÇÃO ENTRE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE

O debate que existe em torno da relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, como dito anteriormente, vem do direito austríaco, em que se destacaram os nomes de Edmund Bernazik e Friedrich Tezner. O primeiro apoiava-se na teoria da existência de uma discricionariedade técnica, em que problemas administrativos, por vezes, poderiam suscitar várias opiniões ou propostas de solução, de forma que se tornaria muito difícil dizer qual a mais acertada. Nestas situações, prevaleceria a escolha do agente administrativo à custa de seus conhecimentos técnicos-científicos sobre o tema, e consequentemente, inviabilizaria a atuação do Poder Judiciário. De outra banda, coube a Tezner estabelecer a diferenciação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade.

A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro

4 Expressão utilizada por Engish (2001, p. 213) para se referir aos conceitos normativos.

o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade (competência do agente, forma, desvio de poder, etc.), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada. (COUTO E SILVA, 1990, p. 59).

Partindo-se de uma análise comparativa entre as doutrinas dos principais autores portugueses e brasileiros, veremos que alguns acreditam que a existência da discricionariedade não decorre dos conceitos jurídicos indeterminados. A exemplo temos Queiró (1969, p. 2), para o qual o poder discricionário não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, visto que estes seriam o produto da impossibilidade prática do legislador enunciar, com toda a nitidez, as circunstâncias ou pressupostos de fato em que os órgãos da Administração hão de exercer a sua competência no futuro, assim como as finalidades a realizar, originando, para estes órgãos, o dever de fazer a interpretação, antes de exercer essa competência. Assim, por mais que essa interpretação envolva elementos subjetivos, essa liberdade administrativa não poderá confundir-se com o poder discricionário da Administração. Caracterizando assim, um ato vinculado, onde uma única solução pode-se considerar exata e legal. Enquanto que o poder discricionário consistiria numa outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, para dentro de uma série de comportamentos lícitos, escolher aquele que deve ser utilizado para realização do fim que ele deseja ver realizado. Esse poder de escolha fundamenta-se na ideia de que a administração está frequentemente em melhores condições do que o legislador para escolher o comportamento mais oportuno e conveniente à consecução do interesse público. Então, para Queiró (1969, p. 3), a diferença crucial está em quando se “interpreta conceitos indeterminados, o administrador procede como um jurista, socorrendo-se dos ensinamentos da ciência do direito, quando exerce um poder discricionário procede como um técnico, socorrendo-se da ciência da administração”.

Já de acordo com os ensinamentos de Couto e Silva (1990, p. 58), os conceitos jurídicos indeterminados estão inseridos no suporte fático legal e os problemas com eles relacionados referem-se à interpretação da regra jurídica. Enquanto que o poder discricionário se constitui em um poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico.

Nessa conjuntura, os conceitos jurídicos indeterminados seriam passíveis de apreciação judicial, dado que só existiria uma única solução correta a ser aplicada.

No direito brasileiro, a matéria dos conceitos jurídicos indeterminados foi pouco desenvolvida, destacando-se os estudos de Celso Bandeira de Mello, para quem o tema dos conceitos jurídicos indeterminados está relacionado ao tema da discricionariedade, ao afirmar que

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2015, p. 1000-1001).

Ainda segundo o referido autor, a lei se vale de conceitos vagos, imprecisos, cuja liberdade administrativa existirá em casos claramente duvidosos, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável. Nesses casos, “a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais”. (MELLO, 2015, p. 443). É que mesmo estes conceitos vagos, imprecisos possuem um núcleo significativo certo e uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Tal estrutura, segundo Mello (2015, p. 444), faz surgir três tipos de zonas, quais sejam: (i) de certeza positiva, onde não há dúvidas do cabimento da aplicação do conceito; (ii) de certeza negativa, onde é seguro dizer que não cabe a aplicação do conceito e (iii) de incerteza. E seria diante dessa zona de incerteza que cabe à Administração a escolha da solução ótima que atenda a finalidade da norma, que em sentido amplo é o interesse público. Ou seja, a liberdade administrativa é limitada à finalidade da norma, não se trata, portanto, de liberdade para a Administração decidir ao seu querer.

Já segundo os estudos de Grau (2008, p. 196), não existem conceitos indeterminados, posto que a indeterminação “não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmo-nos a termos indeterminados de conceito”. A parte dessa afirmação, o autor é contrário a tese que diz que a diferença entre discricionariedade e conceitos indeterminados situa-se no plano da quantidade de soluções justas. Passando a caracterizar a diferenciação a partir do tipo de juízo emitido, sendo que no exercício da discricionariedade o sujeito

cuida da emissão de juízos de oportunidade e na aplicação de conceitos indeterminados, há emissão de juízos de legalidade. Ou seja, quando há discricionariedade, a decisão se funda em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração, enquanto que a aplicação de conceitos indeterminados é fruto da aplicação da lei.

Para alguns autores a diferença está na estrutura lógico-jurídica da norma, a exemplo de Carvalho Filho para quem,

O conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele. (CARVALHO FILHO, 2020, p. 162)

Costa (1989, p. 47) concorda parcialmente com a teoria do espanhol Garcia de Enterría, quando este afirma que o essencial do conceito jurídico indeterminado é que a indeterminação de seu enunciado não corresponde a uma indeterminação das aplicações do termo, as quais só permitem uma unidade de solução justa em cada caso. Já quanto ao exercício do poder discricionário, acredita que este permita uma pluralidade de soluções justas, igualmente válidas para o direito. Para tanto, afirma que há “situações em que a indeterminação do conceito jurídico, por não poder ser totalmente eliminada pelo uso da interpretação, remanesça conferindo breve margem de liberdade à Administração para preencher a significação daquele” (COSTA, 1989, p. 47). Ainda segundo a referida autora, a menção a conceitos jurídicos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração, de forma que a solução à questão será obtida apenas pela análise do caso concreto.

Partindo-se da narrativa que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser feita a partir da análise do caso concreto, tem-se que apesar de contribuir para a escolha adequada ao tempo da decisão administrativa, também pode contribuir para o surgimento de insegurança jurídica dos administrados, à medida que vai de encontro à busca por uma uniformização das decisões.

4 NORMAS PROIBITIVAS DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DA PARAÍBA

A disciplina militar e a hierarquia constituem a estrutura basilar das instituições militares. Ressalta-se que não existe a possibilidade de manutenção desses princípios se não estiver correlacionada uma sanção que obrigue o militar. Nesse contexto, a disciplina, como valor, passou a ser codificada no século XVI, quando surgiram os primeiros códigos militares, sendo tutelada, de forma mais específica, pelos Regulamentos Disciplinares.

Nesse universo, destacamos a imposição constitucional de previsão em lei das transgressões disciplinares punidas com prisão ou detenção, enriquecendo a necessidade de análise do princípio da legalidade aplicado aos regulamentos disciplinares, dentro do contexto das relações especiais de sujeição que caracterizam o ambiente militar.

4.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como afirmado anteriormente, no Estado Democrático de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, obrigando-a à satisfação do interesse público. Nesse contexto, diz-se que, na atividade privada, pode-se fazer tudo o que não é proibido, enquanto que, na atividade administrativa pública, só se pode fazer o que é permitido. Isto significa que além da relação de não contradição (não infringir normas de conteúdo proibitivo), faz-se necessário uma relação de subsunção (fazer aquilo que está previsto em lei).

A lei, nesse cenário, nas palavras de Mello (2015, p. 989) “é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, sob pena de violação do Direito”. Em outras palavras, significa o marco de um comportamento permitido e o entrave para o exercício de comportamentos proibidos.

Todas as decisões ou atos unilaterais da Administração, dotados de eficácia jurídica externa, quer assuma o caráter de atos individuais e concretos (atos administrativos sensu stricto), quer assumam o caráter de atos genéricos e

abstratos (atos regulamentares), têm que basear-se numa norma legal, têm, em suma, que ter o seu pressuposto na lei. (QUEIRÓ, 1969, p.1)

Por esse prisma, a legalidade que orienta e limita toda a atividade da Administração Pública também condiciona, de várias formas, a função administrativa punitiva. Mas quais seriam as normas que fundamentam a exigência da legalidade frente ao direito administrativo sancionador?

O princípio da legalidade aplicável aos atos administrativos encontra substrato na Constituição Brasileira, especificamente nos art. 5º, inc. II, e no art. 37. No primeiro dispositivo fica clara a relação de não contradição quando assegura que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Já o art. 37 traz explicitamente que a Administração direta e indireta dos três Poderes, sujeitar-se-á ao princípio de “legalidade”.

De acordo com Osório (2019, p. 223), “especialmente no Direito Administrativo Sancionador vigora a legalidade dos tipos sancionadores, porém com importantes distinções em relação à legalidade penal, em virtude das fontes diversas de aplicação”. Ou seja, a atividade administrativa sancionatória, além de ser aplicada pela Administração, que já é um campo amplo, também pode ser aplicada por autoridades judiciárias. E nesse sentido, há garantias mínimas a serem observadas, por isso é interessante reconhecer na dogmática jurídica o papel decisivo de identificação dos conteúdos das normas sancionadoras.

A doutrina entende que a legalidade da atividade administrativa possuiu uma certa flexibilidade, se comparada às normas penais, como bem explora Osório (2019, p. 225) quando afirma que as normas de Direito Administrativo Sancionador, manejadas e tratadas historicamente dentro do chamado poder de polícia da Administração Pública, ainda remetem à discricionariedade das autoridades competentes, decorrendo pois, uma “flexibilidade da legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público.”

Com efeito, os tipos do Direito Administrativo Sancionador são, em regra, mais elásticos que os tipos penais, dada a utilização da dinâmica própria do terreno administrativo e a permanente inspiração dos interesses públicos e gerais a orientar feitura e aplicação das normas. (OSÓRIO, 2019, p. 225)

Nesse contexto de flexibilidade, comumente são encontradas nas normas das infrações e nas sanções administrativas, cláusulas gerais, princípios ou conceitos jurídicos indeterminados que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora. Porém, sempre se deve observar o respeito ao princípio da tipicidade, formal e material, limitando a competência tipificante da autoridade administrativa, a fim de não causar o esvaziamento do princípio da legalidade.

Segundo Mattos (2010, p. 231) não se admite a imposição de uma penalidade disciplinar ao servidor público, a qual por óbvio pressupõe uma condenação, sem a descrição circunstanciada e detalhada da conduta infracional praticada e da classificação do tipo legal tido como infringido, pois, o princípio da legalidade estabelece essa mínima obrigatoriedade para a acusação.

Logo assim, a identificação de uma conduta ilícita a ser reconhecida por um servidor público se dá mediante um tipo estabelecido previamente em lei. Nesse diapasão, Osório (2019, p. 229) afirma que “sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana ou jurídica, que se expõem ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais”. Isto significa que a falta de definição precisa dos conceitos leva à possibilidade do arbítrio.

A tipicidade é e há de ser considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete, com maior ou menor rigidez, dependendo do bem jurídico tutelado e dos direitos fundamentais em jogo, bem assim da natureza da relação de sujeição entre o Estado e o infrator. (OSÓRIO, 2019, p. 230)

Seguindo esse mesmo norte, Medauar (2018, p. 112) afirma que as condutas consideradas infrações “devem estar legalmente previstas: ainda que indicadas mediante fórmulas amplas, sem a tipicidade rígida do Código Penal, hão de ser adotados parâmetros de objetividade no exercício do poder disciplinar para que não se ensejem arbítrio e subjetividade”.

Apesar de ilustres administrativistas defenderem que o princípio da tipicidade (*tatbestand*) não se aplica ao processo disciplinar, após o advento da Constituição de 1988, onde o direito administrativo foi constitucionalizado, o princípio da legalidade (art. 37, CF e o art. 5º, II, CF) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) não permitem uma acusação genérica, sem ponto de apoio em uma norma legal descritiva que reprema a conduta tida como ilícita. Na atual fase do direito constitucional administrativo não mais vigora a

visão de que a acusação no processo disciplinar pode ser ampla e dissociada de um tipo legal. (MATTOS, 2010, p. 236)

Por conseguinte, dentro do contexto do princípio da legalidade e tipicidade, faz-se necessário realizar uma análise dos elementos do tipo das condutas proibitivas, cujo foco do nosso trabalho direciona-se para o uso dos conceitos jurídicos indeterminados, que suscitam grandes controvérsias na comunidade jurídica.

A previsibilidade de condutas violadoras dos deveres e obrigações funcionais está associada à segurança jurídica e à dignidade da pessoa humana. E nesse contexto, os tipos legais que apresentam as condutas proibidas exercem algumas funções relacionadas a essas unidades principiológicas, como bem explora Osório (2019, p. 231), entre elas, destacam-se: (i) busca da segurança jurídica aos jurisdicionados e administrados, visto assegurar uma previsibilidade mínima acerca das possibilidades de exercício da pretensão punitiva estatal; (ii) proporciona fundamento para análise da vontade individual sob uma perspectiva de responsabilidade subjetiva; (iii) papel preventivo, de ameaça legítima àqueles que poderiam querer violar o comando normativo.

As leis, porém, são hoje, em todos os domínios jurídicos, elaboradas por tal forma que os juízes e funcionários da administração não descobrem e fundamentam suas decisões tão somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador. (ENGISH, 2001, p. 207).

A partir desse enunciado, enfatizamos a relevância da necessidade da previsibilidade de condutas proibitivas, reclamada pelo princípio da taxatividade. Posto que viabiliza a segurança jurídica, em face da presença de conceitos jurídicos indeterminados que podem proporcionar, diante do caso concreto, discricionariedade, conferindo à autoridade administrativa a possibilidade de valoração.

4.2 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

As relações especiais de sujeição são aquelas estabelecidas entre o Estado e o indivíduo titular do direito fundamental que implicam maior proximidade e submissão a deveres específicos em função de uma sujeição diferenciada, subordinado a um

estatuto especial, e por vezes caracterizadas por uma diminuição do exercício de determinadas garantias fundamentais. Entretanto, “apesar de os indivíduos estarem submetidos ao poder estatal, as relações especiais de sujeição não estão isentas de se conformar aos ditames constitucionais e observar os limites impostos pelos direitos e pelas garantias fundamentais”. (ADAMY, 2018, p. 364)

A ordem disciplinar das Instituições enseja o aparecimento de relações especiais de sujeição, com normativa própria e mais intensa, voltada à restrição de direitos individuais, em homenagem aos interesses defendidos ou confiados à Corporação, o que não significa, nem poderia significar, abandono da obrigação de respeito ao núcleo normativo da Carta Magna, o qual vincula o poder punitivo do Estado, seja ele qual for. (OSÓRIO, 2019, p. 79)

A nova concepção de relação especial de sujeição positivada na Constituição Federal de 1988 afasta-se daquela concepção de que a Administração poderia estabelecer um espaço não sindicável pelo poder judiciário. Porém, algumas condições marcam essa virada de posição. De acordo com Adamy (2018, p. 365), uma das condições predominantes “diz respeito ao pertencimento ou submissão do indivíduo a algum ente estatal, que funda e estabelece uma relação de proximidade entre o particular e o estado”. Mas o que poderíamos entender como pertencimento? Pertencimento insere-se dentro do contexto de uma relação jurídica surgida de forma legal e legítima, e submissa por ser imposta pela Constituição e outras leis.

Estudiosos do tema defendem que os princípios do regime jurídico sancionador devem ser aplicados de modo peculiar, no âmbito das relações especiais de sujeição, visto que há valores que constituem verdadeiros pilares nessas relações. Nesse contexto, Oliveira (2010, p. 69) afirma que “na função militar, particularmente, a relativização dos princípios sancionadores acentua-se, por conta da proteção de valores morais e cínicos, próprios da atividade militar e em razão dos rígidos princípios da hierarquia e da disciplina a que estão submetidos”.

Nesse diapasão, é oportuno destacar que no âmbito disciplinar tem-se uma preocupação com valores especificamente ligados à ordem interna das instituições, como a disciplina e a hierarquia e a tutela de peculiares deveres profissionais, de modo que, por vezes, observa-se um maior direcionamento para proteção desses valores internos. Todavia, essas características não sujeitam as infrações administrativas a princípios próprios, elas não constituem fonte autônoma de proibições.

Quanto a aplicação do princípio da legalidade nas relações especiais de sujeição, Osório (2019, p. 237) nos informa que as pessoas que estão submetidas aos vínculos de sujeição especial ficam expostas a uma legalidade mais flexível e aberta, visto que ostentam uma primária restrição comportamental à medida que suas atuações dependem de permissões legais e a disciplina normativa do Estado pode ser encarada, na perspectiva sancionatória, de modo mais rigoroso.

Categoria de maior expressão nesse contexto de relações de sujeição especial são as polícias militares, dada a sua vinculação ao regime estatutário e às normas de conduta (Regulamento Disciplinar), de forma que as sanções disciplinares militares se pautam por rígidos sistemas de hierarquia e disciplina. Mas, mesmo diante desse cenário, exige-se normas fundamentais mínimas para balizamento das atividades punitivas do Estado. Então, necessário observar o respeito ao princípio da tipicidade, de forma que

O tipo sancionador deve conter grau mínimo de certeza e previsibilidade acerca da conduta reprovada, o que exige do intérprete uma movimentação racional pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade na definição do conteúdo proibitivo da norma jurídica. (OSÓRIO, 2019, p. 239).

Com pensamento semelhante segue Vitta (2003) ao reconhecer um abrandamento da tipicidade administrativa nas relações especiais de sujeição, a partir da utilização de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, contanto que se observem alguns limites, adequando o interesse público à liberdade do indivíduo.

A constitucionalização de garantias e direitos acaba por aproximar todas essas categorias (relações jurídicas gerais e especiais) e, de algum modo, torna questionável essa divisão, mas não a elimina do ponto de vista utilitário, eis que analiticamente existem diferenças substanciais entre certos tipos de tratamento dispensados a certas classes de funcionários ou categorias ou vínculos jurídicos outorgados, o que ocorre em face do liame estabelecido com o Estado. (OSÓRIO, 2019, p. 247)

A tipicidade do Direito Administrativo Sancionador é limitada, em primeiro plano, pelos direitos fundamentais da pessoa humana. Não se toleram proibições que atinjam liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão do pensamento, de ir e vir, de associação, enfim, aquelas liberdades básicas dos indivíduos, que resultam, ademais, consagradas na Constituição, sem que haja fundada e razoável justificativa. Nas palavras de Osório,

A especialização das relações, ainda que conduza a níveis intensos e profundos de restrições aos direitos, com toda normativa concentrada, não elimina a recondução do raciocínio aos patamares constitucionais, e, portanto, ao núcleo garantista fundamental do Direito Punitivo. (OSÓRIO, 2019, p. 220)

Sendo assim, sabendo-se que as relações especiais de sujeição operam importantes e fundamentais efeitos, como por exemplo, a diferenciação quanto ao alcance das normas proibitivas. É imperioso estabelecer que a atividade disciplinar, e consequentemente, a prática punitiva do Estado requerem normas fundamentais e garantias mínimas, mesmo diante da especialização das relações.

4.3 REGULAMENTO DISCIPLINAR DA POLÍCIA MILITAR DA PARAÍBA

O policial militar no exercício de suas funções está sujeito a diversas leis especiais, entre as quais destacamos: o Código Penal Militar, o Estatuto dos Policiais Militares e o Regulamento Disciplinar. O Código Penal Militar, aprovado pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, traz em sua Parte Especial os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra. Na Paraíba, a Lei nº 3.909, de 14 de julho de 1977, remete ao Estatuto das Policiais Militares do Estado da Paraíba, que regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos policiais militares desse Estado. Temos também o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba, previsto no Decreto nº 8.962, de 11 de março de 1981, tendo por finalidade especificar e classificar as transgressões disciplinares, estabelecer normas relativas à amplitude e à aplicação das punições disciplinares, à classificação do comportamento policial militar das praças e à interposição de recursos contra a aplicação das punições. Como podemos observar, todos esses diplomas são anteriores a Constituição Federal de 1988 e continuam em vigor.

Sob a perspectiva disciplinar, Rocha (2007, p. 94) nos diz que “a norma sancionatória deve ser perfeita, ou seja, deve trazer uma conduta considerada irregular quando praticada por agente público, imputando a este uma sanção de natureza administrativa”. E complementa a análise nos informando que a transgressão disciplinar detém requisitos formais essenciais que a integram, qual seja, a tipicidade e a antijuridicidade. De forma que a tipicidade está relacionada com a correspondência

entre a conduta ilícita de natureza administrativa praticada pelo policial militar e a efetiva descrição legal presente no regulamento disciplinar. Enquanto a antijuridicidade, seria a contrariedade relacionada entre o ato praticado pelo militar tipificado no regulamento e o ordenamento jurídico vigente, violando valores e deveres previstos.

Como objeto do presente trabalho, analisaremos o Regulamento Disciplinar que traz, em seu art. 13, a definição de transgressão disciplinar, entendida como sendo

Qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres e das obrigações policiais militares, na sua manifestação elementar e simples e qualquer omissão ou ação contrária aos preceitos estatuídos em leis, regulamentos, normas ou disposições, desde que não constituam crime. (PARAÍBA, 1981).

Em seu art. 14, item 1, por meio do Anexo I, temos a relação das transgressões, que se caracterizam por serem ações ou omissões contrárias à disciplina policial militar. Essas transgressões apresentam-se tipificadas, ou seja, com as elementares do tipo definidas no próprio regulamento, totalizando 126 (cento e vinte e seis) tipos.

Dentre as transgressões disciplinares constantes no rol do anexo I, verificamos que algumas delas trazem em suas elementares termos com vagueza semântica, como conceitos jurídicos indeterminados. Entre elas, destacamos os itens:

[...]020 – Trabalhar mal, intencionalmente ou por falta de atenção, em qualquer serviço ou instrução.[...]
 031 – Contrair dívidas ou assumir compromisso superior às suas possibilidades, comprometendo o bom nome da classe. [...]
 042 – Portar-se sem compostura em lugar público.
 043 – Frequentar lugares incompatíveis com o seu nível social e o decoro da classe. [...]
 051 – Espalhar boatos ou notícias tendenciosas. [...]
 082 – Desrespeitar em público as convenções sociais. [...]
 099 – Ofender a moral por atos, gestos ou palavras. (PARAÍBA, 1981)

Complementando a definição de transgressão disciplinar, o item 2 do art. 14 nos informa que também são consideradas transgressões:

Todas as ações, omissões ou atos, não especificados na relação de transgressões do Anexo I, que afetem a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais-Militares, leis e regulamentos, bem como aquelas praticadas contra regras e ordens de serviço estabelecidas por autoridades competentes. (PARAÍBA, 1981).

A partir da transcrição do art. 14 do RDPM, percebemos haver algumas transgressões devidamente tipificadas, a despeito de apresentar em sua estrutura

conceitos jurídicos indeterminados que lhe impõem uma vagueza semântica. Como também, há uma norma genérica que autoriza considerar eventual conduta como ilícito administrativo à medida que afetem a honra pessoal, o pundonor policial-militar, o decoro da classe ou o sentimento do dever e outras prescrições contidas no Estatuto dos Policiais-Militares, leis e regulamentos. Percebe-se, nesse caso, que as transgressões disciplinares se apresentam de forma genérica, posto que a norma legal não expõe a sua delimitação, cabendo ao julgador, preencher motivadamente, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o sentido do ilícito administrativo.

Nesse cenário, forma-se uma ampla discussão sobre a funcionalidade do princípio da taxatividade à luz das notáveis aberturas semânticas nos tipos, promovidas pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e sua disposição para ensejar atuação discricionária.

Consoante Rocha *et. al* (2007, p. 97), “não existe em matéria disciplinar o efeito da taxatividade referente ao princípio da legalidade”, pois “é impossível o legislador enumerar com exatidão a infinita gama de transgressões abstratas passíveis de cometimento”. Considerando esse entendimento, não existe ilegalidade na aplicação de sanção disciplinar ao militar que cometer a transgressão disciplinar prevista no item 020, do item 1 do art. 14 do RDPM, “trabalhar mal, intencionalmente ou por falta de atenção, em qualquer serviço ou instrução”, havendo, apenas, necessidade da autoridade administrativa julgadora fazer a interpretação e determinação do que venha a ser “trabalhar mal”, preenchendo motivadamente o sentido do ilícito administrativo citado.

Nessa perspectiva do regime punitivo militar, Rosa (2011, p. 13) afirma que as autoridades administrativas não aceitam como regra a aplicação do princípio da legalidade, sob o argumento de que a discricionariedade é necessária para a manutenção do respeito às Instituições Militares. Porém, o referido autor discorda dessa percepção, ao afirmar que “a observância da hierarquia e da disciplina não pressupõe o descumprimento dos direitos fundamentais que foram assegurados ao cidadão”. Nesse universo, o princípio da legalidade aplicado às transgressões disciplinares é primordial para se evitar o desmando e arbítrio no julgamento das infrações disciplinares.

Opinião semelhante extraímos de Medauar (2018, p. 112) que diz:

No tocante ao poder disciplinar, soa estranho atualmente associá-lo à discricionariedade: de início, em virtude dos parâmetros que norteiam o poder discricionário em geral, em segundo lugar, porque o poder disciplinar há muito vem se exercendo sob moldes processuais, justamente para impedir arbítrios e subjetivismos.

Por conseguinte, ao flexibilizar a tipificação das normas proibitivas, sob a justificativa da permissão diante da especialização da relação, além de ofender diretamente o princípio da legalidade, contribui para o enfraquecimento da segurança jurídica e abre espaço para possíveis desvios de finalidade e arbitrariedades.

5 FUNCIONALIDADE DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NAS NORMAS PROIBITIVAS DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DA PMPB

5.1 DISCRICIONARIEDADE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Importante salientar que o Direito Administrativo Sancionador lida com garantias ímpares, tais como a liberdade e a propriedade, posto que diante do cometimento de ilícitos administrativos, os agentes sujeitam-se a sanções disciplinares que limitam tais garantias. Esse é um dos motivos pelo qual devemos manter um olhar atento e humano, seguindo as diretrizes do devido processo legal, oportunizando a ampla defesa e o contraditório e fazendo uso da razoabilidade e proporcionalidade, quando da apuração da falta mediante procedimento administrativo disciplinar. Evitando, pois o arbítrio, o desvio de finalidade e interesses escusos.

Nesse contexto, analisamos o tema a partir do estudo da presença de discrição ou não, considerando como fonte da discricionariedade a presença de conceitos jurídicos indeterminados, seja nas hipóteses do fato ou na consequência jurídica, tendo em vista, portanto, a estrutura lógico-normativa.

Para tanto, nos filiamos à tese proposta por Mello (2015) de que a Administração goza de um poder discricionário na intelecção dos conceitos jurídicos indeterminados, de forma a considerar como ocorrido ou não o motivo autorizador da aplicação da sanção disciplinar, a partir da análise do caso concreto. Por vezes, a presença de conceitos vagos sugere em abstrato certa discrição, porém apenas após inteligência, entendimento de seu conteúdo, conclui-se pela presença ou ausência da discricionariedade.

Dentro desse cenário, o conceito de transgressão disciplinar, constante no art. 13 do RDPM, é bastante amplo, posto que abrange qualquer violação da ética, dos deveres e das obrigações policiais-militares. O desígnio está em abranger uma pluralidade de situações fáticas, diante da impossibilidade da Administração prever e regulamentar todos os casos que exigem uma atuação célere e eficaz. Nessa conjuntura, utópico seria uma predefinição normativa que regulasse vinculadamente

todas as condutas do administrador, tornando invariável uma mesma solução para realidades distintas. Surge daí a necessidade da discricionariedade, justamente para, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios da autoridade administrativa, dá satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal (MELLO, 2015).

Notabiliza-se que são as circunstâncias concretas e após esgotadas as possibilidades da mente humana encontrar uma solução ótima, é que por meio de critérios próprios e subjetivos, que se elegerá a solução para o caso, fazendo surgir assim, a discricionariedade. Dentro dessa perspectiva, trazemos à baila a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, onde a zona de certeza positiva ou negativa corresponderia aos locais onde a intelecção humana seria capaz de decidir pela solução unívoca, objetiva, ao passo que na zona de incerteza existe, ao menos, dois pontos de vista sobre o caso, fazendo-se necessário o uso da subjetividade para a escolha. Portanto, diante da suposta incapacidade da mente humana, mesmo diante de casos concretos, para diferenciar se o fato se subsume ou não à hipótese legal, haveria discricionariedade para a autoridade administrativa classificá-la ou não como transgressão disciplinar.

Observando por essa dinâmica, o preenchimento da norma e a sua interpretação a partir dos elementos do caso concreto conduzem à uma impossibilidade de interpretação apriorística acerca do juízo de aplicação. Tal circunstância favorece a escolha da solução adequada ao tempo da decisão administrativa, mas em contrapartida, perde-se em coerência administrativa, em isonomia de tratamento e em segurança jurídica, pois são autoridades distintas que realizam esse juízo de valor, fazendo uso de pensamento próprio, pessoal.

5.2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A TIPICIDADE ABERTA DOS TIPOS DE CONDUTAS PROIBIDAS

No Estado Democrático de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, obrigando-a à satisfação do interesse público. No caso do Direito Administrativo Sancionador, o interesse público é a aplicação de punição àquele que cometer um ilícito

administrativo. Portanto, tem-se que as normas proibitivas ensejadoras de sanção disciplinar devem estar previstas em lei, porém esse tema, por ser bastante controverso na doutrina, merece uma análise pormenorizada.

A doutrina entende que a legalidade da atividade administrativa possuiu uma certa flexibilidade, se comparada às normas penais, decorrendo, pois, uma “flexibilidade da legalidade permeada por competências discricionárias, sempre voltadas à direção do interesse público” (MELLO, 2015, p. 225).

Fazendo-se uma análise do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba (RDPM) tem-se que o art.14, que define quais são as transgressões disciplinares, está dividido em dois itens, sendo o primeiro preenchido por uma relação de transgressões disciplinares, ou seja, apresenta um rol taxativo de ilícitos administrativos, enquanto que o segundo item, além da indefinição de quais ações, omissões ou atos que constituem faltas disciplinares, ainda faz uso de conceitos jurídicos indeterminados tais como “honra pessoal”, “pundonor policial-militar”, “decoro da classe” e “sentimento do dever”, de forma que antes de analisar a conduta propriamente dita, a autoridade administrativa tem que interpretar o conteúdo e extensão desses palavras para contextualizá-la com a conduta praticada no caso concreto, a fim de classificá-la ou não como transgressão disciplinar. Isto significa uma abertura do tipo com fins de abarcar uma pluralidade de circunstâncias fáticas impossíveis de serem tipificadas. Não obstante, entendemos que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica, expondo ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais (OSÓRIO, 2019, p. 229).

Ante o exposto, compreendemos a necessidade de se fazer uso de conceitos jurídicos indeterminados diante da impossibilidade material de o legislador prever todas as situações fáticas, levando-o, então a socorrer-se de fórmulas flexíveis. Contudo, a abertura proporcionada pela norma acima referida contraria frontalmente o princípio da tipicidade das infrações administrativas, o qual decorre de um princípio ainda mais amplo, qual seja, o da legalidade fundamentadora do Estado de Direito, assim dizendo, da garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixa de fazer alguma senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88). Nessa perspectiva, além da observância do princípio acima referido, é necessária à tipificação da infração, uma correta e adequada

especificação do conteúdo da norma proibitiva, dentro da estrutura garantista de direitos fundamentais (OSÓRIO, 2019, P. 230).

Nessa lógica de garantia dos direitos fundamentais, importante lembrar que ao violar uma norma, o policial militar está sujeito a consideráveis consequências jurídicas, como reparação do dano, responsabilidade do Estado perante terceiros e responsabilidade pessoal. Portanto, existe todo um complexo de responsabilização que reivindica a segurança jurídica, inerente à ordem constitucional brasileira e, para tanto, faz-se necessário que se cumpra a legalidade, em especial a tipicidade das infrações administrativas.

Nesse contexto que envolve direitos e garantias individuais e o vínculo entre os policiais militares e a Administração, denominada relação especial de sujeição, entendemos sim que a responsabilidade disciplinar decorre da relação jurídica estabelecida, porém deve ocorrer dentro dos ditames legais, incluindo o princípio da legalidade, especificamente ao que tange a tipicidade das transgressões disciplinares. Isto significa que precisam ser expressamente estabelecidas em uma lei formal. Discordamos, pois, das palavras de Osório (2019, p. 237) quando afirma que as pessoas que estão submetidas aos vínculos de sujeição especial ficam expostas a uma legalidade mais flexível e aberta. Compreendemos, pois, que apesar de ostentar uma restrição comportamental à medida que suas atuações dependem de permissões legais, isto não deve ser interpretado que o regime jurídico sancionador deve ocorrer ao arrepio da lei. A constitucionalização de direitos e garantias proporciona essa legalização e estabelece os limites para as restrições.

Levando em consideração que uma das funções primordiais dos tipos legais de condutas proibidas é a busca de segurança jurídica aos administrados, tal garantia é proporcionada pela previsibilidade mínima acerca da conduta proibida, permitindo ao agente a escolha de comportar-se em conformidade com a norma jurídica, implementando assim, a função pedagógica e preventiva. Concordamos com Osório (2019, p. 232) quando afirma que “os tipos devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo”. Nessa conjuntura, não basta estruturar as condutas proibidas em normas vagas e imprecisas, ainda que se admitam conceitos jurídicos indeterminados, como no caso do item 2 do art. 14 do

RDPM. Faz-se necessário uma previsibilidade básica, caso contrário tem-se uma afronta à legalidade e à tipicidade, princípios constitucionais imanentes ao devido processo legal punitivo.

Quanto aos tipos legais de condutas proibidas constantes na relação de transgressões disciplinares, no Anexo I, do item 1 do art. 14 do RDPM, observamos que apesar de alguns deles conterem em sua estrutura conceitos jurídicos indeterminados, proporcionando uma ampliação do campo de interpretação, não obstante assegura uma mínima previsibilidade, demarcando o ilícito objeto da norma sancionadora. Exemplificando, temos o item 020, que diz “trabalhar mal, intencionalmente ou por falta de atenção, em qualquer serviço ou instrução”. Neste caso temos um conceito vago e impreciso, qual seja, “trabalhar mal”. Mesmo diante dessa vagueza semântica, o homem médio consegue discernir limites para o que seria uma zona de certeza positiva, ou seja, o que constitui uma conduta inadequada, desarmoniosa ao serviço militar. Nesse âmbito, também é possível definir uma zona de certeza negativa, reunindo aquelas condutas apropriadas e convenientes. Deixando, quiçá, uma estreita margem para a discricionariedade, a qual pode ser preenchida pela vivência. Tal contexto entra em desarmonia quando temos normas genéricas, que não viabilizam uma antecipação de condutas proibidas, restringindo-se anunciar, de modo global, que ações ou omissões quando contrárias aos princípios e valores militares podem ser caracterizadas como transgressões disciplinares.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder administrativo sancionador representa o ponto máximo da intervenção estatal frente à liberdade e propriedade do administrado, salvaguardado pelo devido processo legal, portanto, submetido aos princípios constitucionais. Entre estes, destaca-se o princípio da legalidade, posto que no Estado Democrático de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, obrigando-a à satisfação do interesse público. Portanto, tem-se que as normas proibitivas ensejadoras de sanção disciplinar devam estar previstas em lei.

Ocorre que as infrações disciplinares são caracterizadas por uma flexibilidade da legalidade permeada por competências discricionárias, favorecidas pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados, especialmente nos casos em que há relações especiais de sujeição, como por exemplo, entre a Administração e os policiais militares. Sob essa ótica, entendemos que a utilização desses conceitos jurídicos imprecisos e vagos podem ou não conduzir à atribuição de discricionariedade à Administração. E para alcançarmos essa resposta, temos que considerar as circunstâncias do caso concreto, nas quais por vezes, a presença de conceitos jurídicos indeterminados sugerem, em abstrato, certa discricão, porém após inteligência, conclui-se pela presença ou ausência da discricionariedade.

Nessa conjuntura, diante da inexequibilidade de uma predefinição normativa que regule vinculadamente todas as condutas do administrador, opera-se a discricionariedade, justamente, para diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios da autoridade administrativa, dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Da análise do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba (RDPM), especificamente do seu art.14, em que constam as condutas designadas como transgressões disciplinares, vimos que existem duas conformações elencadas nos itens 1 e 2, em que no primeiro consta um rol taxativo de ilícitos administrativos, enquanto que no segundo, além da indefinição de quais ações, omissões ou atos constituem às faltas disciplinares, faz uso de conceitos jurídicos indeterminados tais como “honra pessoal”, “pundonor policial-militar”, “decoro da classe” e “sentimento do dever”, de

forma que antes de analisar a conduta propriamente dita, a autoridade administrativa tem que interpretar o conteúdo e extensão desses palavras para contextualizá-la com a conduta praticada no caso concreto, a fim de classificá-la ou não como transgressão disciplinar. Não obstante, entendemos que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica, expondo ao risco de proibições arbitrárias e contrárias aos comandos legais. Nesse contexto, deve-se, então, verificar a conduta ilícita do servidor público, para se estabelecer a devida adequação com um dos respectivos tipos legais, sob pena de violação ao princípio da legalidade, pois, se assim não proceder, a Autoridade administrativa estaria criando infrações disciplinares através de ato administrativo. Por tudo isso é que se deve exigir a descrição das condutas infracionais praticadas pelos policiais militares, a fim de subsumi-las a um dos tipos legalmente previstos na lei, garantindo-se a segurança jurídica, suporte do Estado Democrático de Direito no que pertine a condenação, imposição de sanções e restrições de direito.

Ante o exposto, compreendemos a necessidade de se fazer uso de conceitos jurídicos indeterminados diante da impossibilidade material do legislador prever todas as situações fáticas, levando-o, então a socorrer-se de fórmulas flexíveis. Contudo, entendemos que isso é possível nos tipos de condutas proibidas expostos pela taxatividade. Não obstante, entendemos inaceitável o emprego de normas gerais por contrariar frontalmente o princípio da tipicidade das infrações administrativas. Exigindo-se além da observância do princípio acima referido, uma correta e adequada especificação do conteúdo da norma proibitiva, dentro da estrutura garantista de direitos fundamentais, a fim de atribuir segurança jurídica aos administrados, por meio da previsibilidade mínima acerca da conduta proibida, permitindo ao agente a escolha de comportar-se em conformidade com a norma jurídica. De igual forma, reduzindo a possibilidade do excesso de subjetivismo e arbítrio, características que não podem coexistir com a mentalidade de concretização e manutenção dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 360-376, 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados. **THEMIS: revista da esmec**, v. 2, n. 2, p. 61-78, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminada discricionariedade administrativa. **Revista Justitia**, São Paulo, jan/mar, p. 34-54, 1989.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 179, p. 51-67, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, trad. Baptista Machado, v. 3, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. Malheiros Editores, 2005.

JÚNIOR, René Zamlutti. Subsunção e tipicidade no processo disciplinar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo - procedimentos disciplinares**, v. 85, jan/jun, p. 25-44, 2017.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**. Recife, v. 8, 2004.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade - Fundamentos, natureza e limites. **Revista de Direito Administrativo**, v. 122, p. 1-20, 1975.

NETO, Pedro Bentes Pinheiro. Em que consistem os conceitos jurídicos indeterminados no Novo Código de Processo Civil? Uma divagação sobre a vagueza pragmática ou indeterminação cauística? **Revista Forense**, v. 424, p. 317- Rio de Janeiro: Forense, 2016.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 97, p. 1-8, 1969.

ROCHA, Abelardo Júlio et al. **Regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: Suprema Cultura, 2007.

ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. **Encyclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo), v. 1, 2017.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar**: teoria e prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto Nº 4.346/2002). **Revista da SJRJ**, v. 17, n. 27, p. 57-77, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PARAÍBA. **Decreto nº 8.962**, de 11 de março de 1981. Regulamento Disciplinar da Polícia Militar da Paraíba.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciação técnica da administração. **Revista de Direito Administrativo**, v. 231, p. 217-268, 2003.

SOUZA, António Francisco. Os “conceitos legais indeterminados” no Direito Administrativo alemão. **Revista de Direito Administrativo**, v. 166, p. 276-291, 1986.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.